

Concubinato: Atualidades

JOÃO FRANCISCO MOREIRA VIEGAS
Promotor de Justiça - SP

1 - Primeiras considerações sobre o tema

Senhor Presidente da mesa, meus caros colegas:

Neste ciclo de debates organizado pelo Grupo de Estudos Adilson Rodrigues para os Promotores de Justiça da região de Osasco, compete-me falar sobre o concubinato. E, devo confessar, desde logo, que recebi com grande satisfação e desvanecimento esse convite para conversar sobre tema que reputo dos mais importantes no campo do moderno Direito de Família. Nesta oportunidade, procurarei fornecer a vocês - permitam-me tratá-los assim informalmente - algumas informações do que considero importante e atual sobre a matéria.

Sabemos que a questão do concubinato - união livre entre homem e mulher - não é nova no Brasil. Sua disseminação em nossa sociedade deve-se, sem dúvida, a dois principais fatores: a) recurso do casamento religioso com exclusão do civil (tais uniões, aos olhos da lei são meros concubinatos); e b) a inexistência, até poucos anos atrás, do divórcio a vínculo.

E, não obstante o grande número de uniões livres existentes em nosso país, o legislador insistia em ver esse tipo de relação como sendo puramente carnal e espúria, que, por isso mesmo, só merecia proteção legal para alguns aspectos, porquanto casamento de segunda classe. Deslocava o problema dos efeitos que lhe atribuem do campo do Direito de Família para o campo do Direito das obrigações procurando, como causa de conferir à concubina eventual direito à meação dos bens amealhados ou à remuneração por serviços prestados, embasamento no princípio que veda o enriquecimento sem causa ou na sociedade de fato.

2 - A revolução operada pela Carta Constitucional de 1988

Essa visão, tacanha e preconceituosa, caiu por terra com a edição da Carta Constitucional de 1988.

O novo texto atribuiu ao concubinato ou companheirismo a condição de entidade familiar (art. 226, § 3º). A família, doravante, se constitui não só pelo casamento, mas, também, pela união estável entre homem e mulher. Formal ou informal, com ou sem laços oficiais, é sempre entidade familiar, digna da proteção do Estado.

Muito embora a situação de companheira não seja igual à da mulher casada, não há negar que, de agora em diante, ambas integram no grupo familiar posição que lhes confere uma gama enorme de direitos.

Não há mesmo qualquer identidade ou semelhança entre a situação atual e a anterior à Carta de 1988. Se assim não fosse, a regra constitucional perderia sua razão de ser.

A intenção do legislador constituinte foi a de eliminar qualquer tipo de discriminação no âmbito da família.

A norma destacada tem único e claro objetivo: aproximar duas situações que, embora não idênticas, são bastante semelhantes.

O concubinato é, gostem ou não, uma entidade familiar. A concubina ou companheira ocupa, como já vimos, posição especial no seio dessa entidade, daí decorrendo consequências jurídicas.

Se assim é, força reconhecer que, hoje, a criação ou a dissolução dessa união estável entre homem e mulher implica alteração do estado familiar.

3 - A Lei nº 8.971, de 1994

A primeira tentativa de regulamentação da inovadora norma constitucional (a do art. 226, § 3º) só veio seis anos depois, com a edição da Lei nº 8.971, de 1994, que dispôs sobre alimentos, sucessão e meação de bens dos concubinos. Exigindo, no entanto, como requisitos caracterizadores da união estável: a) que o homem e a mulher fossem solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos; e b) a convivência pelo prazo mínimo de cinco anos, salvo havendo filhos dessa união.

4 - A Lei nº 9.278, de 1996

Em razão das deficiências e das muitas críticas feitas à lei anterior (dentre elas, destacando-se as feitas por só ter estabelecido direitos, sem qualquer alusão a deveres entre os companheiros e nada disposto sobre a conversão da união estável em casamento), logo se pensou na edição de nova lei, mais abrangente e sem os pecados da inaugural.

O objetivo buscado foi visto em um Projeto de Lei que já tramitava no Congresso desde 1991, o de nº 188, subscrito pela nobre Deputada Beth Azize, inspirado em modelo apresentado pelo Professor Alvaro Villaça de Azevedo. E dele se originou, embora com sensíveis modificações no texto, a Lei nº 9.278, de 1996, cujos artigos principais passo a transcrever:

"Art. 1º - É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Art. 2º - São direitos e deveres iguais dos conviventes:

I - respeito e consideração mútuos;

II - assistência moral e material recíproca;

III - guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

Art. 5º - 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.

§ 1º - Cessa a presunção do caput deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união.

§ 2º - A administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

Art. 7º - Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Parágrafo único - 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 a residência da família.

Art. 8º - Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio.

Art. 9º - Toda matéria relativa à união estável é de competência do Juízo da Família, assegurado o segredo de justiça."

5 - Críticas à Lei nº 9.278

O primeiro pecado dessa lei é o de não ter regulamentado inteiramente a matéria, deixando em aberto campo de atuação para outras leis anteriores, em especial à Lei nº 8.971, de 1994. Os vetos presidenciais a certos artigos quebrou a espinha dorsal do projeto, fundado basicamente no pronto ingresso ao estado concubinário por simples ato contratual, fragilizando-o de forma inexorável. Certamente teremos, dentro em breve, mais um projeto de lei cuidando do assunto, fazendo crescer o tumulto legislativo que se acha instalado nesta área do Direito de Família.

O segundo, por mim já detectado nas seções de trabalho do grupo formado pela APMP para o oferecimento de propostas de aperfeiçoamento ao projeto, é o de usar designação diversa daquela já usual e de sentido técnico-jurídico bastante conhecido ("conviventes" no lugar de "concubinos" ou "companheiros"). Repete-se aqui o que já havia ocorrido com a Lei do Divórcio, na qual, por injustificado pejo, substituiu-se um termo preciso, o "desquite", por um vago, a "separação judicial".

Errou, também, quando dispensou a fidelidade recíproca para a caracterização da união estável. Evidente que não é qualquer ligação entre homem e mulher que irá caracterizar a entidade familiar a que se refere a Constituição, mas somente aquela em que ambos os parceiros estiverem imbuídos do animus de viverem como se casados fossem. E me parece o traço fundamental, sem o qual não poderemos falar em união estável. Essa relação, portanto, tenderá a se prolongar no tempo - exigindo fidelidade recíproca e respeito mútuo, envolvendo-se os parceiros numa estreita e íntima comunhão de afetos e interesses. A notoriedade da relação, a existência de filhos, o tempo prolongado são elementos consideráveis, mas que por si só, isoladamente, não caracterizam a solidez da união. Todavia, se aliados ao animus de vida matrimonial, constituirão prova imbatível da relação estável. Se assim não fosse, um homem e uma mulher que se envolvessem numa relação sem muitos compromissos - fruto de atração momentânea, e que, por azar ou descuido (o que é bastante comum), tivessem um filho, estariam enquadrados na posição constitucional, o que não parece lógico.

A Constituição Federal, torna a repetir, no intuito de proteger a entidade familiar, referiu-se à solidez da união entre homem e mulher.

Outra vez equivocou-se, quando, reconhecendo um terceiro gênero de "estado civil", deixou de ordenar sua averbação no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais do domicílio dos concubinos, com a consequente averbação em seus registros de nascimento.

Errou, novamente, quando, ao tratar dos alimentos devidos pelos companheiros por ocasião da separação, não falou em "culpa". É evidente, por identidade ao que ocorre

9 – Intervenção do Ministério Público

Em que pese o entendimento já manifestado pela nossa Procuradoria-Geral de Justiça no "Protocolado nº 55.996/96", da Comarca de Guariba (DOE de 7.11.96, pág. 26 da Seção I do Caderno do Executivo), tenho para mim como incontestável a obrigatoriedade da intervenção ministerial.

É que o artigo 82 do Código de Processo Civil não deixa qualquer dúvida quando afirma, no seu inciso II, competir ao Ministério Público intervir nas causas concernentes ao "estado de pessoa". E estado de pessoa, também conhecido como "estado civil", segundo preleciona Clóvis Bevilacqua, fundado em Marcel Planiol, é o seu modo particular de existir. É uma situação jurídica resultante de certas qualidades inerentes à pessoa (Teoria Geral do Direito Civil, 7ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1955, pág. 70). O estado civil é, assim, um somatório de qualidades inerentes à pessoa, que faz por qualificar a no meio social e da qual decorrem direitos e deveres. Pode-se mesmo afirmar, como ensina Robert Marquant, que o estado de pessoa é, de qualquer modo, um verdadeiro abrigo colado à pele de cada indivíduo desde o início de seu nascimento, até a sua morte ("L'état civil et l'état des personnes", Paris, Ed. Masson, 1977, pág. 69-70).

A Carta de 1988, indiscutivelmente, atribuiu ao concubinato ou companheirismo a condição de "entidade familiar". Se assim é, as pessoas que se encontram nessa situação passam a ocupar posição especial no seio da família. Decorrendo dessa posição inúmeras consequências jurídicas (direito de acréscimo do nome de família do companheiro, de ser chamada a concorrer na sua sucessão hereditária, de receber alimentos etc.).

Ora, se o "estado de família", indubitavelmente a mais importante das espécies de estado civil, sempre foi definido e entendido como sendo aquele pelo qual o indivíduo ocupa uma posição no meio familiar, frente aos demais membros de sua família, não há negar que estamos diante de uma nova modalidade de "estado familiar", o "estado concubinário".

De outra sorte, e com a devida vênia ao entendimento da Procuradoria-Geral, não é o fato de não ter a lei ordenado a averbação do concubinato nos assentos do registro civil, que o descaracterizará como "modalidade de estado de pessoa". O raciocínio desenvolvido no julgamento do Protocolado de Guariba não convence e tampouco resiste a uma análise mais séria.

O raciocínio desenvolvido na inusitada tese, força por simetria, a afirmação de que o divórcio de um casal não é alcançado pela sentença judicial transitada em julgado, mas sim, pela sua averbação. O absurdo da afirmação é evidente, desmerecendo maiores considerações. Confunde-se ali ato de publicidade com ato de constituição.

A dissolução da união estável entre homem e mulher modifica sua condição familiar, daí decorrendo a obrigatoriedade da intervenção ministerial. Ressalva feita, obviamente, a partilhas relegadas para a fase de execução, onde, aí sim, a discussão por ser meramente patrimonial e travada entre pessoas capazes, prescinde de nossa atuação. Procedimento já usualmente observado nas ações de separação e divórcio.

10 – Palavras finais

São estas, meus colegas, algumas observações que entendi oportuno trazer-lhes nesta ocasião. Procurei expor pontos do nosso dia-a-dia que me pareceram relevantes. Busquei elencar o prático, tão necessário à nossa profissão. E havia muito mais de que falar. Mas receio estar falando tudo o que já se sabia.

Recebam minhas palavras como as de um colega e um amigo interessado em encontrar soluções válidas para a prestação de bons serviços judiciais, para o bem do povo e para a tranquilidade da consciência.

com os cônjuges quando da separação ou do divórcio litigioso, alimentos só são devidos àquele que não deu causa à extinção da convivência.

E, o mais grave, acredito eu, errou quando, ao cuidar da conversão da união estável em casamento, silenciou sobre a questão dos impedimentos matrimoniais e das causas impositivas do regime da separação obrigatória de bens, tampouco fixando parâmetros para o processamento dessa conversão. A subsistência dos impedimentos e das causas impositivas do regime da separação de bens parece-me incontestável. E, frente ao não regramento da conversão, resta ao intérprete trilhar o mesmo caminho aberto àqueles que querem dar efeitos civis ao casamento religioso convolado sem habilitação prévia. Isso, aliás, é o que acabou acontecendo em São Paulo, onde recentemente foi baixado Provimento pela Corregedoria-Geral da Justiça (o Provimento nº 10, de 1996).

6 – Destinatários da proteção legal

A legislação especial e a norma constitucional, quando desenvolvem a tutela em torno do concubinato, têm em vista o denominado concubinato "próprio" ou "qualificado", também chamado de "não adúlterino". Nele encontramos pessoas unidas estavelmente, sob a aparência de casados, e sem impedimentos decorrentes de outra união.

Afasta-se o relacionamento superficial, eventual, de pura concubinação, em que não se vislumbra a aparência de casamento. Da mesma forma, as situações que envolvem ligações incestuosas e de casados, com terceiro, o chamado "triângulo amoroso".

7 – Provas da união estável

Todos os meios de prova admitidos em direito são hábeis para a demonstração da convivência em união estável. Embora a mais comum seja a testemunhal, não é difícil que prova documental venha em auxílio de quem queira demonstrar a união livre.

No tocante à prova documental, pode ela referir-se diretamente ao fato, como fotografias, cartas trocadas pelos companheiros e até por meio de documento expresso, como no caso do concubinato pactuado que, embora alcançado pelo veto presidencial, mantém íntegro o seu valor probatório.

A certidão de nascimento de filho comum também é elemento probatório importante. No entanto, por si só, não é hábil para a demonstração da relação concubinatória, pois é bem possível que tenha havido prole de contato eventual, transitório ou passageiro entre os genitores.

8 – Competência das Varas de Família

Com o advento da Lei nº 9.278, não há mais o que se discutir sobre o assunto. A matéria é mesmo de competência das Varas de Família, tendo assegurado, inclusive, o segredo de justiça (art. 9º).

Tal competência é válida não só para os processos novos, mas, também para aqueles em andamento.

A questão envolve competência material absoluta, não se aplicando a regra da perpetuação (CPC, art. 87).

Fica a ressalva das ações análogas decorrentes de uniões de pessoas do mesmo sexo, que não se enquadram no conceito de "entidade familiar". Ações deste tipo continuam sendo de competência das Varas Cíveis.