

# Inconstitucionalidade das leis sobre concubinato

CARLOS ALBERTO BITTAR

## SUMÁRIO

*1. O Sistema constitucional de família. 2. A inconstitucionalidade das recentes leis sobre concubinato.*

### 1. O sistema constitucional de família

A Constituição vigente promoveu modificações sensíveis na estrutura das relações familiares, que discutimos, em todos os seus meandros, no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, com seletos grupo de estudiosos e de pesquisadores da matéria, e durante a própria e regular tramitação do processo de elaboração legislativa: daí se originou o livro *O Direito de Família e a Constituição de 1988* (Bittar, 1989), em que se plasmaram os respectivos resultados.

Acentuamos, então, com base nos estudos e nos debates havidos, que a nova disciplinaçãopartia de certas premissas, que da evolução da vida em sociedade se podiam detectar, respeitadas, no entanto, as idéias centrais que da tradição romano-cristã defluem: a) a da família como base da sociedade e b) a do casamento como meio natural e legal para constituição de família (CF, art. 226 e §§ 1º e 2º).

Ora, são os seguintes os pressupostos em que se assentou o novo Direito de Família: a) o da igualdade entre os cônjuges, quanto ao exercício de direitos, nas relações desenvolvidas no seio familiar (art. 226, § 5º); o da paridade de direitos entre filhos, inclusive adotivos, vedando-se quaisquer designações discriminatórias (art. 227, § 6º); c) o da dissolubilidade do vínculo

Carlos Alberto Bittar é Professor Titular de Direito da Faculdade de Direito da USP e Juiz do 1º Tribunal de Alçada Civil

conjugal, em face do reconhecimento da natureza contratual do casamento, nas hipóteses e condições descritas em lei (art. 226, § 6º).

De outro lado, mais na defesa da mulher e da prole, reconheceu, para efeito de proteção do Estado, como entidade familiar, a união estável entre o homem e a mulher (art. 226, § 3º), bem como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (§ 4º).

Salientamos, então – no que fomos, depois, acompanhados pela melhor doutrina –, que passaram a coexistir, juridicamente, dois regimes diversos: a) o da família e b) o da entidade familiar, ou a) o do casamento e b) o da união estável, o primeiro, com as solenidades e as garantias decorrentes da legislação própria e o segundo, apenas, para submissão do par ao denominado Direito Tutelar ou Assistencial.

Ora, persistem intactas as ponderações então feitas, não se justificando, em nosso entender, movimento, iniciado em alguns Estados, para a submissão de questões concubinárias à Justiça especializada em família, bem como para a atribuição de direitos aos companheiros, em nível legislativo, que, tradicionalmente, se reconhecem apenas a casados.

Com efeito, união estável ou concubinato sem impedimento forma entidade familiar (art. 226, § 3º) e não família (*caput*). O reconhecimento se prendeu à meta de sujeição do par ao sistema estatal de assistência e não ao Direito de Família, como se acha expresso na Carta (art. 226, § 3º). Essa é, aliás, a linha seguida por todos os países da Europa Ocidental, que fizeram reforma nesse campo (década de 70).

Não houve – e nem haverá – equiparação entre as duas noções, pois diversas, como das regras da hermenêutica jurídica se pode detectar: a) a primeira, de que não lobriga a lei palavras inúteis (*ora, a Carta de 1988 usa “família”, no caput do art. 226, e entidade familiar, nos §§ 3º e 4º*); b) a segunda, de que a própria Constituição faculta, sob certas condições, a conversão da relação concubinária em casamento (§ 3º), e, portanto, a convalidação de “entidade familiar” em “família”.

Choca-se com a *mens legis* a referida diretriz, que, em verdade, almeja conferir tratamento igual a relações jurídicas absolutamente diversas, contrariando, assim, a própria natureza das coisas.

A união concubinária relaciona-se à postura de liberdade absoluta e egoística, que alguns

assumem, porque o par pode ser desfeito e refeito, a qualquer tempo, e sem qualquer obstáculo da legislação estatal própria. A vontade individual é levada ao extremo de sua potencialidade criadora de relações. As partes afastam-se, deliberadamente, do direito estatal, parecendo-nos, no fundo, que a própria submissão de questões à Justiça estatal se afigura, antes de tudo, como incoerente: mas, admitida, em face do comando constitucional geral, somente podem ser decididas pela Justiça comum. Como se justifica, pela lógica, a submissão à Justiça especializada de debate sobre relação que não é de uma família?

De outra parte, as relações originárias do casamento é que constituem matéria de Direito de Família: as partes cedem, reciprocamente, em sua liberdade; aceitam o Direito estatal; assumem, dentre outras, a relevantíssima função social de preservação da espécie, cumprindo-se, assim, as finalidades todas do instituto do casamento. Foi para a proteção de seus membros que se criou Justiça especializada, somente se explicando, assim, a distinção feita pela legislação de organização judiciária.

## 2. A inconstitucionalidade das recentes leis sobre concubinato

Isso não obstante, editaram-se duas leis, recentemente, sobre essa temática, ambas, pois, contaminadas pela eiva da inconstitucionalidade, como procuraremos evidenciar.

De início, a nova esquematização sujeita litígios sobre concubinato à Justiça especializada da Família em franca exorbitância legislativa, pois não é da União a competência para isso.

Nem se argumente com proteção da pessoa, porque, se, espontaneamente, aceita a referida união, deve assumir todas as conseqüências que do sistema jurídico vigente decorrem, como, aliás, em qualquer regime de liberdade fundada em responsabilidade.

Não se pode, em verdade, através de técnicas oblíquas, atingir a célula básica da sociedade, ou seja, a família, alçando-se à mesma condição jurídica fenômenos que dela se distanciam, sob pena de tornar-se letra morta toda a multissecular formulação do Direito de Família.

Consideramos, assim, que as questões pessoais e patrimoniais entre concubinos devem ser resolvidas pela Justiça comum.

Por isso entendemos que é *inconstitucional*

a regra da submissão à Justiça da Família: a uma, porque contraria o espírito e a letra da Carta Magna uma tal diretriz; a duas, porque a matéria se insere no âmbito da competência do Estado, eis que respeita à organização judiciária (nesse sentido, aliás, tem-se ora por absolutamente inoperante a regra da legislação federal sobre falência, que submetia à Justiça penal o processamento de crimes falimentares, (art. 109); como se sabe, em São Paulo, a lei de organização judiciária determinou fossem no próprio Juízo Cível discutidas essas questões).

Aliás, as leis baixadas sobre proteção do concubinato se situam nesse diapasão de arpejo à Carta de 1988, por desconhecimento do real sentido da Lei Maior, do alcance das figuras envolvidas e da própria evolução dos institutos jurídicos referentes a essa temática. São, pois, integralmente inconstitucionais.

Procuraremos, em breves notas, evidenciar as falhas que entendemos haver, a par da já comentada, que, por evidente, deve, desde logo, ser exalçada.

Nessa tarefa, cumpre, de início, se fixem, com precisão, os conceitos básicos sobre o assunto.

Concubinato, ou união livre, é expressão que significa relacionamento entre homem e mulher, que se juntam para convivência sem impedimento e sem a celebração de casamento. É união sem casamento, ou seja, sem as formalidades do direito posto e, portanto, não submetida ao regramento estatal.

A noção é coerente com a origem da figura: já em Roma antiga, assim se entrelaçavam pessoas que não podiam, ou não queriam, adotar o regime jurídico das *justae nuptiae*. Nesse sentido, prosperou nos países civilizados, encontrando na melhor doutrina a formulação teórica.

Com a Carta de 1988, introduziu-se, no Brasil, nesse contexto, a idéia de união estável, para designar-se convivência em comum regular e consagrada por certo período de tempo.

Ora, que é união estável? É aquela consolidada pela convivência normal *more uxore*, pública e séria, entre pessoas de sexos diferentes.

Têm-se utilizado várias palavras para qualificação dos partícipes do instituto jurídico em causa: concubinos, companheiros, conviventes e equivalentes. Mas, todas têm o mesmo significado.

Apartaram-se, desse contexto, situações

outras de relacionamentos, fugazes ou mesmo duradouros, em que somente a busca do prazer, ou da satisfação pessoal, é o elemento comum. Não constituem concubinato, no sentido exato do termo.

Também não é de concubinato o relacionamento entre pessoas de sexo diverso, no qual haja impedimento matrimonial; alguns autores usam o termo “concubinato impuro” para essa modalidade. Mas, a rigor, não há a figura jurídica em questão, mesmo se a convivência for pública e duradoura.

Por isso, não pode ingressar no plano da união estável, cujos elementos realçamos em outro livro, *Direito de Família*, apresentando sugestões quanto aos requisitos para a conversão em casamento (p. 43 e seq.).

Nesse sentido, não há falar em união estável, ou concubinato, para a obtenção de favores legais para os respectivos integrantes.

Num tal posicionamento fere a Constituição, que declara, solenemente, a família como célula básica da sociedade e o casamento como seu único fato gerador (art. 226 e §§).

Em conseqüência, mostram-se incompatíveis com o nosso sistema constitucional e com o direito codificado (especialmente no que pertine à teoria dos impedimentos) quaisquer interpretações extensivas, que, a título de disciplinação da união estável, procuram abarcar, nesse contexto, até pessoas impedidas de casar.

Não se pode, em verdade, admitir que simples convivência venha a gerar, legitimamente, direitos, que são reconhecidos apenas às pessoas ligadas entre si por vínculos conjugais, ou de parentesco, tais como o de alimentos e o de sucessão.

Levando-se em conta que: inúmeras formalidades cercam o casamento, para a segurança da união; há toda uma gama de impedimentos para defesa de valores sociais e pessoais imposteráveis; existem direitos e deveres específicos quanto aos cônjuges, seus filhos e parentes; é absolutamente refratária à ordem posta a atribuição de privilégios do direito estatal a pessoas que a ele, voluntariamente, não obedeceram em sua conjugação de vida.

Entendemos, assim, que as disposições das Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 sobre não solucionar adequadamente o problema das uniões livres se chocam, frontalmente, com o sistema jurídico vigente, devendo, ambas, ser revistas e ajustadas ao esquema legal próprio.

São insuscetíveis de invocação, em face das eivas apontadas. Têm vigência, mas não são – e não poderão ser – eficazes. O próprio Governo federal já reconheceu a ausência de compatibilização, tendo nomeado comissão especial para elaborar projeto, que virá substituir os textos citados.

Anote-se, aliás, que, a prosperar o regime por elas criado, teríamos a possibilidade de surgimento de situações esdrúxulas, como, por exemplo: as de sagração de uniões espíritas; a duplicidade de estatutos pessoais a um mesmo ser (como os de casado e de convivente); a fruição, por pessoa convivente, de direitos superiores àqueles reconhecidos a casados, e sem os ônus que do casamento defluem; a burla indireta às vedações do art. 183 do Código Civil, em face do instituto da conversão (que entendemos somente possa haver caso não existam impedimentos, embora os textos legais referidos silenciem a respeito).

Ora, com isso não pode sobreviver nenhum sistema jurídico que desrespeite os valores eleitos pela sociedade.

Não é admissível que um Estado, por meio de leis inadequadas e inconstitucionais, aceite o verdadeiro solapamento do regime do Direito de Família, edificado ao longo dos séculos sob a égide de sólidos e profundos valores da cristandade e da moral pública, a pretexto de proteção a conviventes.

Acolher-se a extensão que alguns sustentam é colaborar para a desestruturação social, que tem na família, regularmente formada, a sua base e a sua sustentação.

Lembre-se que impérios poderosos ruíram ante a quebra dos valores familiares e da dissolução de costumes!...

Que se outorguem certos direitos a conviventes, embora consideremos desnecessária a regulamentação, em face da legislação especial existente e da jurisprudência formada sobre essa temática. Mas, se a isso se chegar, devem ser: a) preservados os conceitos tradicionais; b) bem definidos os conceitos novos; c) observados a Constituição e o regime codificado; d) respeitados os direitos dos casados, como limite natural e necessário (pois se submeteram, espontaneamente, ao direito posto e com objetivos sociais e pessoais definidos *ab initio*).

Não se faz necessário esforço interpretativo para observar-se a incongruência das leis

referidas e o evidente conflito que há entre suas disposições.

Com efeito, enquanto a Lei nº 8.971/94 traça os limites da união, a Lei nº 9.278/96 traz conceito aberto sobre entidade familiar e, de outra parte, não contempla, nesse contexto, como o deveria, a situação da convivência entre genitor, ou genitora, e filho, ou filhos (CF, art. 226, § 4º).

Assim, a Lei nº 8.971/94 preserva, na delimitação do concubinato, de um lado, a teoria dos impedimentos, mas depois, com a admissão de direitos à concubina pela simples existência de prole, contrapõe-se a todo o sistema legal codificado.

Cria, então, regime em que põe por terra a idéia de parentesco como um dos pressupostos da obrigação alimentar (Código Civil, art. 396).

Depois, em uma penada, afronta a norma da ordem sucessória (art. 1.603), erigindo a companheira em componente da escala hereditária, com redação que sugere, inclusive, afastamento de eventual cônjuge.

Ora, enquanto não formalmente desfeito o casamento, sucederá o cônjuge, quando não existir descendentes ou ascendentes (art. 1.603, III).

Não há, pois, como se sustentar a postura referida, muito menos se admitir co-participação, que, em verdade, seria absolutamente incompatível com o regime de direito hereditário consagrado no mundo ocidental.

Bastava, a propósito, a sagração da jurisprudência, construída, ao longo do tempo, em defesa da mulher e da prole, pois nela o equilíbrio é a tônica das orientações traçadas.

Outrossim, mais falha ainda é a Lei nº 9.278/96, que, infeliz na qualificação de entidade familiar, evidencia que, em verdade, desconhece-se o significado de união estável, embora a melhor doutrina tenha delineado seus contornos (conforme anotamos em *Direito de Família*, p. 43 e seq. e p. 201 e seq.).

De fato, definir-se como tal “a convivência, pública e contínua, de um homem e uma mulher”, “estabelecida com objetivo de constituição de família”, é: a) de um lado, incorrer-se em contradição: ou se trata de família, ou se trata de entidade familiar, pois, como apontamos, são conceitos diversos; e b) de outro, aceitar-se, enfim, qualquer tipo de convivência entre pessoas de sexos diferentes, porque os qualificativos usados não permitem

a fixação dos exatos contornos da figura em tela. Com isso, chega-se à aberração de protegerem-se relacionamentos espúrios e incestuosos.

Anote-se, ainda, que a repulsa voluntária ao regime do casamento faz pressupor que não desejam os interessados viver como marido e mulher e ter uma família, pela própria ausência do compromisso público. A convivência pode ter reprováveis fins experimentais, ou mesmo a constituição de núcleo familiar, mas, por si só, não pode designar a estabilidade a que a Carta se refere. Os termos “duradura”, “pública” e “contínua” não têm o alcance pretendido.

Realmente, quão desconhecida se mostra essa noção!...

Outra crítica que merece a lei em questão é a relativa ao condomínio instituído sobre bens adquiridos. O caráter genérico da redação cria, de início, dificuldades para a preservação das regras de exclusão dos regimes patrimoniais que nosso Código admite: daí, a situação de maior privilégio para a companheira, que acaba dispondo da plenitude da meação.

Mas, de outro lado, possibilita a lei em tela estipulação em contrário, que pode frustrar, na prática, o direito mencionado. Aqui também é justa e bem melhor a orientação jurisprudencial prevalecente.

É de perguntar-se, então, como ficam os credores eventuais de um ou de ambos os conviventes à ausência de regras sobre a questão patrimonial?

Com respeito ao desfazimento da união, a par de problema técnico de redação – uso da palavra “rescisão”, que tem conhecido sentido próprio e no direito contratual –, insiste a lei em falar em alimentos e institui o direito real de habitação sobre imóvel de residência, sem, no entanto, atentar para as exigências do Código quanto à constituição de um tal direito.

Pecado imperdoável, ainda, é o cometido quanto à conversão da união em casamento.

Desde logo, deve-se registrar que a possibilidade de conversão está a evidenciar a primazia que a Carta Maior confere ao casamento (art. 226, § 3º), pois o fenômeno em destaque importa em assunção de novo e mais qualificado *status*. Esse é, aliás, outro fator importante na distinção entre família e entidade familiar.

Ora, o legislador não só não definiu as condições para a conversão, embora delineadas no direito comparado, como também não especificou, como o deveria, o procedimento necessário.

Observa-se, portanto, que não é adequado à realidade jurídica e social brasileira o regime ora discutido, pois arrepia as tradições de nossa cultura e milenares conquistas da inteligência humana.

Não se podem, à guisa de inovação, desprezar, com penas nem sempre bem ponderadas, conquistas que resultaram de longa e tortuosa evolução da própria espécie humana em sua missão terrena!...