

UNIÃO ESTÁVEL

SEMY GLANZ

SUMÁRIO: 1. Conceito de família. 2. Inovação constitucional. 3. Origem da expressão. 4. Direito comparado. 5. Conceito. 6. Evolução. 7. A conversão em casamento. 8. Modos de conversão. 9. Sugestões para a conversão. 10. Norma auto-aplicável. 11. A questão do juiz competente. 12. Jurisprudência. 13. Conclusões.

1. CONCEITO DE FAMÍLIA

O conceito de família apresenta dificuldades, porque é antes um conceito sociológico e, como se sabe, variam as sociedades no tempo e no espaço. Num recente tratado de Direito Civil, os autores observam que é complexa a sua noção. Assim, dizem JEAN HAUSER e DANIELE HUET-WEILLER: todos concordam em que a família é um grupo de pessoas, mas ao precisar a noção, surgem os óbices. Por laços de sangue? E a adoção? Enfim, concluem que “é um grupo de indivíduos que reconhecem entre si os laços morais e materiais, ligando mutuamente suas pessoas e patrimônios, sem limite de duração”.¹ Assim, JOSÉ ARTHUR RIOS: “dá-se o nome de família a um grupo caracterizado pela residência em comum

¹ HAUSER, Jean, e HUET-WEILLER, Danièle — *Traité de Droit Civil — La Famille — Introduction*, p. 1, LGDJ, 1989, Paris.

e pelo convívio de pais e filhos, isolados dos demais parentes”. Após comentar os diversos estudos sobre a origem e evolução da família, diz o autor: “Tudo isso mostra como a família pode ser considerada uma espécie de processo no tempo, sujeita a múltiplas mudanças e adaptações dentro das transformações gerais da sociedade.”²

2. INOVAÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição da República, no art. 226, § 3º, após tratar, no *caput*, de família, introduziu o conceito de *união estável*, estando o artigo no Capítulo VII, que cuida “Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso”. Assim, o termo *família* passa a abranger, não apenas a chamada *família legítima*, como qualquer outra, com ou sem casamento formal, pois todas as famílias passam a ter proteção do Estado. Para fins de proteção estatal, todas as famílias são equiparadas.

3. ORIGEM DA EXPRESSÃO

A doutrina já empregava a expressão “união estável”. Assim, ORLANDO GOMES, desde a 1ª ed. de seu Direito de Família, o Senador NELSON CARNEIRO, PINTO FERREIRA e ALVARO VILLAÇA AZEVEDO.³

Quanto à Constituição, foi a expressão usada pela primeira vez no Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (art. 362): “A família, constituída pelo casa-

² RIOS, José Arthur — Família, in Dicionário de Ciências Sociais, Fund. Getúlio Vargas, Rio, 1986, págs. 457 e segs.

³ GOMES, Orlando — Dir. de Família, 1968, nº 14, p. 33; 3ª ed., nº 21, p. 52; idem, nas demais; CARNEIRO, Nelson — Parecer às Emendas do Senado ao Livro IV do Projeto de Lei da Câmara nº 118, de 1984, em DCN, Supl.; PINTO FERREIRA, Investigação da paternidade, concubinato e alimentos, 1980, p. 113; AZEVEDO, Álvaro Villaça — Do Concubinato ao Casamento de Fato, 2ª ed., 1987, p. 280.

mento ou por uniões estáveis, baseada na igualdade entre o homem e a mulher, terá a proteção do Estado”.

O texto serviu de base ao Projeto, que, ao ser transformado no Projeto B (2º turno), já teve a redação atual no art. 229, § 3º (atual art. 266, § 3º). No direito estrangeiro, a expressão também já era usada.

4. UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO COMPARADO

A antiga Constituição de Cuba, de 1940, art. 43, § 6º, permitia a equiparação ao casamento, por equidade, da união estável e singular. A nova Constituição de Cuba é omissa (data de 15.2.76), mas o seu Código de Família (Lei 1.289, de 14.2.75), na Seção Terceira, que cuida “*De Matrimonio no Formalizado*”, diz, na segunda parte do art. 18: “*Cuando la unión matrimonial estable no fuere singular. . .*”

A primeira parte do mesmo artigo informa que a união matrimonial, com requisitos de singularidade e estabilidade, surtirá todos os efeitos do matrimônio formalizado, quando reconhecido por tribunal competente.

A antiga Constituição de Guatemala, de 1945, no art. 74, 2ª parte, falava em união com estabilidade, mas a de 1956 é omissa. No entanto, o Código Civil deste país, no art. 173, fala em união estável com três anos.

A Constituição do Peru, de 12.7.79, diz no art. 9º:

Artículo 9º La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable.”

Cabe lembrar que a “*sociedad de gananciales*” corresponde à nossa comunhão parcial de bens no casamento, embora com variantes de cada país (a do Peru é regulada no novo Cód. Civil de 1984, arts. 301 a 326).

A Constituição do Panamá de 1946, em seu art. 56, fala em união de fato... em condições de singularidade e estabilidade”.

A Constituição de Nicarágua, de 18.11.86, diz em seu

Art. 72. El matrimonio y la unión de hecho estable están protegidos por el Estado; descansan en el acuerdo voluntario del hombre y la mujer y podrán disolverse por mutuo consentimiento o por la voluntad de una de las partes. La Ley regulará esta materia.

A expressão, portanto, não é nova e já vinha sendo utilizada em constituições latino-americanas.

5. CONCEITO DE UNIÃO ESTÁVEL

A redação não deixou claro o conceito de união estável. O texto se refere a ela “como entidade familiar”. Tudo indica que seja uma união de companheiros, não passageira, mas que se destine a durar ou já tenha durado algum tempo, portanto, união não transitória.

Conclui-se que união estável é *união duradoura entre homem e mulher formadora de família, sem casamento*. Impõe ainda a Constituição, como veremos adiante, que a lei facilite sua conversão em casamento.

A Constituição, portanto, não reconhece a união de duas pessoas do mesmo sexo, ao dizer: entre o homem e a mulher. Mas as transformações têm sido tão grandes, que em alguns países já têm sido reconhecidas tais uniões. Assim, segundo notícias publicadas, em 2.10.89, o Parlamento dinamarquês havia aprovado o casamento de homossexuais. Logo, para usar a expressão de PONTES DE MIRANDA,⁴ a união estável, agora reconhecida, só pode ser do par andrógino.

⁴ PONTES DE MIRANDA — “Tratado de Dir. Privado” — tomo VII, § 759, nº 9, p. 171, Borsoi, 1955. Não se segue daí que ficaram sem qualquer proteção as relações de homossexuais. Limitam-se ao direito obrigacional, como o caso da sociedade de fato, que pode haver entre quaisquer pessoas.

Por outro lado, a expressão *entidade familiar* indica um eufemismo, para contornar *família* ou *família de fato*. É que antes só se reconhecia a família “constituída pelo casamento”, preferindo o legislador, ignorar a outra, sem casamento, que no entanto, existe aos milhões em nosso país. Mas evidente que existe a outra família, embora sem casamento, pela união de fato ou união estável. Assim, esta expressão (união estável) é sinônima de *família* ou *família sem casamento*. O Código Civil de 1916, para não mencionar concubinato, usou da expressão “posse do estado de casado”. Agora, chama-se “união estável”, expressão que, como vimos, já era usada em outros países e na doutrina. Note-se que, pelo § 4º, a expressão abrange a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Por outro lado, os parágrafos devem ser interpretados consoante o *caput*. Se este cuida da família, as diversas entidades dos parágrafos são também famílias. Neste sentido, a recente obra, em que diz FRANCISCO JOSÉ FERREIRA MUNIZ: “Ora, da conjunção do *caput* do art. 226 da Constituição (omissis) com o § 3º do mesmo artigo, ressalta que a proteção particular do Estado se dirige à família baseada no casamento, como também à família de fato.”⁵

6. EVOLUÇÃO

Não iremos, no âmbito deste estudo, historiar a evolução das diversas formas de família. No direito romano, o casamento era mais fenômeno sociológico que jurídico, diz MAX KASER: “o matrimônio romano não é uma relação jurídica, mas um fato social; os princípios referentes à celebração, dissolução e proteção do matrimônio, não constituem regulamentação propriamente jurídica, mas que melhor se enquadram no campo da ética”.⁶

⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de — e MUNIZ, Francisco J. F. — “Direito de Família” — Sérgio Fabris — P. Alegre, 1990, p. 88.

⁶ KASER, Max, *Derecho Romano privado*, trad. da 5ª ed. alemã, *apud* Alvaro Villaça Azevedo — Do Conc. ao casam. de fato, p. 116.

Havia, conforme os grupos sociais, formas de matrimônio, como a *confarreatio*, a *coemptio*, o *usus*. Este último consistia em vida em comum durante um ano, findo o qual considerava-se existir casamento *cum manu*. Se a mulher não quisesse passar para a família do marido, embora continuando casada, bastava que dormisse três noites fora de casa, antes do prazo terminar. Mas o casamento resultava destas formalidades. A nosso ver, o fato de viver com o marido durante um ano indica, a nosso ver, a chamada união estável, que se convertia em casamento. Os costumes, claro, eram outros e, bem pensando a mulher era quase uma coisa, mas tinha certa valia, segundo anota FUSTEL DE COULANGES, para o qual “à *coemptio* corresponde o *usus*; são duas formas de um mesmo acto”, pois, como o objeto pode ser adquirido por compra e por uso, o mesmo ocorria com “a propriedade fictícia da mulher”.⁷ Adita o famoso autor que a coabitação era precedida do casamento, que era efetuado por consentimento e afeto das partes. Para os plebeus, nenhuma formalidade civil ou religiosa se realizava. A união conjugal se fazia pelo consenso e pelo afeto prometido. O *usus* era a conversão do casamento plebeu em casamento *cum manu*.

Também no direito moderno evoluem as formas de união conjugal. Num congresso realizado em Bruxelas, em 1976, sobre “Família, direito e mudança social nas sociedades contemporâneas”, comparou-se o direito ocidental ao direito socialista. O relatório americano do Prof. M. A. GLENDON, da Universidade de Boston, indicava mudanças rápidas e profundas no direito de família da época. Segundo ele, dois aspectos eram intrigantes: o casamento e a sua “*shadow institution*”, a união livre ou “casamento não jurídico”. Discutia-se, então, nos EUA, um Projeto de Lei Uniforme sobre Casamento e Divórcio (*Uniform Marriage and Divorce Act UMDA*), que simplificava a habilitação para o casamento e até a substituiu por simples registro. Tendia-se a eliminar impedimentos,

⁷ COULANGES, Fustel de — “A Cidade Antiga” — Liv. Clássica, Lisboa, 10ª, ed., pág. 383.

salvo os indispensáveis, e reduzir formalidades. Para ele, o que se chamava, na época, *living together* era uma das formas de casamento de fato. O direito era adaptado, e os juizes admitiam guarda de filhos de casamento anterior e discutiu-se o direito de assistência entre concubinos. Concluía o professor que os americanos estavam saindo do casamento jurídico para as uniões livres, embora houvesse ainda “bom vinho velho na garrafa do casamento formal”.⁸

No relatório final, M.T. MEULDERS-KLEIN, organizador do conclave, lembrava que na Suécia, o Ministro da Justiça, no ano de 1969, apresentara nova definição de casamento: “a união voluntária de duas pessoas independentes”, lembrando que, segundo o relator sueco — Prof. JACOB W. F. SUNDBERG, o casamento só poderia ser livre se desprovido da maior parte de seus efeitos jurídicos, pois os princípios de liberdade e igualdade, para dominar o casamento, não coexistem com as regras da solidariedade.

Por outro lado, na URSS* e na China buscava-se proteger o casamento, colocando os cônjuges em igualdade e regulando o direito dos filhos. A lei chinesa, então, afirmava que “os esposos são companheiros de vida comum, iguais ante o estatuto familiar” e tinham o dever de amar-se, respeitar-se e ajudar-se mutuamente. Indagava o relator como poderia a lei obrigar a amar-se, respeitar-se e ajudar-se, concluindo que a lei chinesa era educativa.

Alguns anos após, a revista americana TIME, de 9.7.79, p. 41, noticiava a acentuada mudança nos costumes. Costumava chamar-se “viver em pecado”, diz o texto. Mas agora é simplesmente “viver juntos” e o Escritório de Recenseamento disse que o número de casais vivendo juntos superou mais que o dobro desde 1970. O censo de 1970 indicava 530 mil casais vivendo juntos (número considerado baixo, pois muitos não in-

⁸ GLENDON, M. A. — *La transformation des rapports entre l'Etat et la famille dans l'évolution actuelle du droit aux Etats-Unis*, in “*Famille, Droit et Changement Social dans les sociétés contemporaines*” — Bruxelles, 1978, p. 11

* N. E. — Trabalho anterior às últimas reformas políticas mundiais.

dicavam tal fato). Mas em 1979, havia mais de 1,1 milhão de casais, a maioria desde 1977, na faixa de 25 anos. O demógrafo atribuíam o fato “a um crescente desejo entre os jovens adultos de perseguir interesses não familiares”. Desde 1970 o número de famílias chefiadas por mulheres subira 43%, de 5,6 para 8 milhões. O divórcio era então tão comum que metade das crianças então nascidas passariam antes dos 18 anos com um dos pais apenas. Nada se disse quanto aos efeitos psicológicos, diz a revista. Um em cada cinco lares era formado de uma pessoa, mas outros estudos mostravam que a vida em comum era um caminho para passar do estado de solteiro ao matrimônio.

Segundo JOSÉ FERREIRA MUNIZ, “Nos países da Europa Ocidental, a coabitação juvenil é o modo de vida em comum sem casamento mais difundido. Assim, a coabitação entre os jovens precede muitas vezes o casamento em proporções que não cessam de crescer. Atualmente, por exemplo, na Suécia e Dinamarca fica ao redor dos 100%, na França em 50%, na Alemanha em 30% e na Inglaterra em 20%.⁹”

7. A CONVERSÃO EM CASAMENTO

Tal como o reconhecimento da união estável, a conversão em casamento é também nova em nosso direito. Assim, cabe esclarecer o que é facilitar a conversão em casamento. O termo quer dizer “tornar fácil”, afastar as dificuldades, segundo os dicionários. Conversão é mudança, alteração, modificação ou passagem de um estado a outro. A Constituição diz: devendo a lei facilitar; portanto, a lei ordinária não poderá dificultar ou tornar de tal forma complicada a conversão, a ponto de negá-la. O verbo “devendo” indica forma imperativa, não uma simples recomendação, de modo que, se a lei dispuser diversamente, poderá ser tida como inconstitucional. Por outro lado, o legislador constituinte, sentindo a reação das correntes

⁹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de, e MUNIZ, Francisco José Ferreira — “Direito de Família”, Sérgio Fabris Editor, 1990, p. 82.

conservadoras, quer impedir a lei que dificulte tal conversão. Por exemplo, se a lei impuser prazos muito longos para a conversão, estará dificultando-a.

8. MODOS DE CONVERSÃO

Como irá a lei regular a conversão não sabemos. No direito comparado há duas formas: o *processo judicial* e o *processo administrativo*. O primeiro submete a questão ao exame de um juiz, que profere a sentença. No Brasil, temos, em sentido inverso, a conversão da separação judicial em divórcio. Há dois países que adotam a conversão judicial: a República do Cabo Verde e Cuba. Em Cabo Verde, a Lei 69, de 1967, regula os requisitos para a conversão: vida em comum, capacidade legal para casar (art. 9º); eficácia retroativa ao início da convivência (art. 10); e a jurisdição voluntária, como faculdade (art. 11) do requerimento por ambas as partes.

O Código de Família de Cuba regula a matéria nos arts. 18 a 20. No primeiro fala em união estável e singular, sem impedimentos para o casamento; reconhecida pelo tribunal, produz os efeitos do casamento. A seguir cuida da união não singular, se um dos dois ainda era casado anteriormente; o reconhecimento produz os efeitos a favor da pessoa de boa-fé e dos filhos. O art. 19 impõe o efeito retroativo ao início da união, segundo os cônjuges, testemunhas e a sentença. O art. 20 manda inscrever o reconhecimento no registro civil.

Aí temoso processo judicial.

Segundo informa DANIEL A. PERAL COLLADO, em Cuba, o art. 43 da Constituição de 1940 permitia que os tribunais, por equidade, equiparassem a união estável ao casamento civil. Mas adita:

“En el primer caso, el tribunal podía solo por razón de equidad equiparar la unión (que el precepto no la califica de matrimonial) al matrimonio civil. En el segundo caso, cuando el tribunal reconoce que existe realmente una unión matrimonial (el precepto así específicamente lo califica en concordancia con el concepto que do matrimonio establece en el

artículo 2), esa unión no se equipara al matrimonio civil, sino que se reconoce como tal matrimonio y en consecuencia surte todos los efectos (los mismos) del matrimonio formalizado legalmente".¹⁰

Apesar disso, cabe notar que a matéria já foi objeto de tentativa legislativa no Brasil. Com efeito, o Projeto de lei nº 3845, apresentado em 4.8.66 pelo Senador NELSON CARNEIRO (observe-se: 22 anos antes da nova Constituição, já previa tal conversão judicial. Vale a pena transcrever o Projeto, que o próprio autor intitula de "amaldiçoado":

Art. 1º A mulher solteira ou viúva que viva há mais de cinco anos, como casada, com homem solteiro ou viúvo, poderá requerer ao juiz competente que registre dita união, como casamento, para todos os efeitos legais, inclusive a legitimação dos filhos comuns.

Parágrafo único. Idêntico pedido poderá ser feito pelo filho maior ou pelo Ministério Público, representando o menor ou o interdito.

Art. 2º Recebendo a petição, o juiz mandará ouvir, em quarenta e oito horas, a outra parte, importando o silêncio em assentimento.

§ 1º Havendo impugnação, observar-se-á o disposto no art. 685 do Código de Processo Civil, funcionando o Ministério Público.

§ 2º Quando o registro for pedido pelo filho maior ou pelo Ministério Público, serão citados os pais ou seus representantes legais.

§ 3º A certidão do casamento religioso é prova hábil do início do prazo de cinco anos, previsto no artigo anterior.

Art. 3º Ao deferir o registro, o juiz determinará que dele constem a declaração de que o regime de bens é o da comunhão dos *adquiridos* na constância da união e a legitimação dos filhos comuns.

Art. 4º A presente lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

¹⁰ PEIAL COLLADO, Daniel A. — *Derecho de Familia* — 1984, Havana, pág. 73 — Editorial Pueblo y Educación.

Segundo o eminente Senador, “uma onda de reprovação, açulada pelos setores mais conservadores, desabou sobre a proposição, oferecida ao exame da Câmara dos Deputados. A Constituição de 1988 (art. 266, § 3º) manda “a lei facilitar a conversão (da união estável) em casamento”.

O Projeto como se vê, era de reconhecimento judicial.

O outro modo de conversão é o processo administrativo. Temos exemplo no Panamá, pela Lei de 12.12.56, que exige o tempo de dez anos consecutivos de união estável, bastando que as partes requeiram ao Registrador Geral do Estado Civil a inscrição do matrimônio de fato. O oficial, examinando o pedido de ambas as partes e, não havendo impedimentos, faz o registro, convertendo-se a união em casamento.

Fato assemelhado ocorre nos países africanos, que admitem o chamado casamento costumeiro. Assim o Código de Família do Senegal (Lei 61, de 12.6.72), que assim dispõe:

Art. 114. Segundo a escolha dos futuros esposos, o casamento pode ser celebrado pelo oficial do estado civil ou constatado por ele ou seu delegado nas condições previstas pela lei.

Portanto, se o oficial “constata” o casamento costumeiro, a pedido dos cônjuges, pode ser registrado.

O mesmo ocorre no Tchad (lei de 2.6.61), no Togo (Lei de 2.7.62, art. 13) e nos demais países africanos que conservam as antigas leis costumeiras, além de adotar o sistema de influência européia, especialmente os de colonização francesa, conforme o Prof. GUY ADJETÉ KOUASSIGAN.¹¹

Aí temos os modos de conversão administrativa, que nos parecem mais práticos. É bem mais fácil dirigir-se a um oficial ou cartório de registro civil do que ter de requerer ao juiz, bastando lembrar que o acesso ao juiz depende de advogado ou do Defensor Público, o que, entre nós, ainda representa uma dificuldade. Assim, se a Constituição manda facilitar, a lógica manda afastar a conversão judicial.

¹¹ KOUASSIGAN, Guy Adjeté — *Famille, Droit et changement social en Afrique Noir francophone* — in *Famille, droit et changement...* citado na nota 8.

9. Sugestões para a conversão

Vimos os dois sistemas: judicial e administrativo. Evidente que, havendo dúvidas ou questões a sanar, sempre resta o caminho judicial, pois a lei não pode excluir qualquer lesão do exame judicial (Constituição, art. 5º, XXXV). Mas não se pode ignorar a sobrecarga do Poder Judiciário, seja pela inadequada infraestrutura, seja pela falta de juízes, seja pela demorada forma de recursos. Por outro lado, ir a juízo, lembra sempre litígio e, se um casal pretende casar-se não quer litígio. Se dois companheiros encontram dificuldades em converter sua união estável em casamento, acabam desistindo. Tudo indica que o melhor é adotar o sistema administrativo. As partes vão ao Registro Civil, como se fossem casar-se; apurada a ausência de impedimentos, estarão aptos a converter sua união em casamento, que será registrado, com efeito retroativo.

Por analogia, pode-se adotar o disposto para os chamados efeitos civis do casamento religioso, com habilitação posterior. Diversamente só há a prova do início da convivência. A matéria é hoje regulada pelo art. 74 da Lei de Registros Públicos (Lei 6015/73).

Feita a habilitação, as partes poderão indicar o início da convivência. Eventualmente, poderão atestar o fato duas testemunhas.

Quanto ao prazo da convivência, a nosso ver, não é o prazo que importa, mas a união em si, a vontade de conviver como marido e mulher, não havendo impedimento. A lei de Cabo Verde fixa o prazo de três anos; a do Panamá, dez anos. O Código de Família de Cuba não fixa qualquer prazo. A imposição de prazo pode dificultar a conversão. Ora, se duas pessoas desimpedidas, podem habilitar-se para casar, por que, se já tiverem convivido e concluem que devem casar-se, deverão ainda aguardar certo prazo? Se houver filho ou filha então, a nosso ver descabe sempre qualquer exigência, salvo se houver impedimento. Assim, o exame dos impedimentos (ou sua inexistência) é o dever do oficial. Se a questão traz dúvida, deve haver um processo sumário para que o juiz, sem formalidades

decida. Por outro lado, dispensar exigências supérfluas e, se possível, baratear as custas para os pobres é o modo de facilitar a conversão.

Cabe lembrar ainda o exemplo francês da emissão de certificados de companheirismo. Vários casos surgiram em que os companheiros se dirigem à Prefeitura local de sua residência e pedem certificados de que são ambos companheiros. Apresentam testemunhas e prova de domicílio ou residência. Dizem JEAN HAUSER e DANIELE HUET-WEILLER que tais certificados são apenas oficiosos e só se limitam aos interessados, não sendo garantia, mas trazem a aparência de oficialidade. Os motivos são os mais variados, como seguros, seguro social, benefícios familiares, pensões e outros. Sugerem os autores que seja regulada a emissão de tais certificados.¹²

10. NORMA AUTO-APLICAVEL

Cabe indagar se a norma do § 3º do art. 226 da Constituição é ou não auto-aplicável, e em que aspectos. A matéria já foi abordada em artigo do eminente Juiz e Professor gaúcho SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA, que afirma:

“O concubinato mereceu consagração constitucional, sob a denominação de “união estável”. Evidente, não precisa o Judiciário aguardar lei regulamentadora para definir os requisitos da união estável, como nunca esperou para elaborar a sistemática do concubinato. Se a lei vier a divergir em certos critérios, será levada em conta quando editada.”¹³

Concordamos com o ilustre jurista, porque, como sabemos, as novidades jurídicas são lentamente assimiladas e, em geral, não são aceitas com facilidade. As pessoas recebem uma carga cultural e emocional pela educação e não conseguem

¹² HAUSER, Jean, et HUET-WEILLER — *La Famille — Fondation et vie — Traité de Droit Civil* — dir. de Jacques Ghestin — LGDJ — n. 404, p. 174 e seg., Paris, 1989.

¹³ PEREIRA, Sérgio Gischkow — “Algumas questões de direito de família na nova Constituição” — *Rev. dos Tribs.* — 639, p. 248.

aceitar os novos tempos. Os velhos costumam dizer: “no meu tempo...” Também a influência religiosa tem seu papel nos fatos sociais. Mas, se entendemos que se trata de regular uma situação social largamente difundida e que cresce dia a dia, o que a lei não pode ignorar, nem o juristas e menos ainda os juizes, conclui-se que os fatos sociais exigem solução imediata, como também os direitos da personalidade não podem aguardar apenas o reconhecimento de leis ordinárias. Não se pode obrigar ninguém a casar, mas é natural que se duas pessoas convivem como marido e mulher devem ter direitos assegurados, ainda mais que agora a própria Constituição Federal reconhece a união estável como família. Cabe aos juizes dar a solução adequada aos conflitos de interesses com os olhos abertos para a realidade. Como vimos, o fenômeno não é apenas brasileiro, mas universal. Para sermos fiéis ao sistema, começemos por cumprir a Constituição. Assim, venha ou não a lei reguladora (e, provavelmente irá demorar), cabe aos tribunais aplicar a norma da lei mais alta e dar a quem precisa a “proteção do Estado”.

11. A QUESTÃO DO JUÍZO COMPETENTE

Tal assunto só diz respeito às grandes comarcas, onde a lei de organização judiciária cria varas ou juízos especializados para questões de família. Para as pequenas comarcas, onde um juiz cuida de tudo, ou, pelo menos, de questões cíveis, não importa o presente estudo.

No entanto, tanto no Rio de Janeiro, como em São Paulo, onde existem tais juízos especializados, surgiu debate sobre qual o juízo competente para julgar questões e conflitos sobre a chamada união estável. Deve continuar sendo o juízo cível, em que se julgavam as questões referentes às sociedades de fato entre concubinos, ou devem, já agora, passar para as Varas de Família? Esta a questão.

Vários juizes paulistas, aceitando que a norma constitucional é auto-executável e auto-aplicável, suscitaram conflitos de competência, ao remeter para as Varas de Família questões referentes à união estável.

A matéria suscitou novas discussões e o Tribunal de Justiça paulista acabou decidindo que a jurisprudência anterior continua válida, ou seja, a união estável não é família e continua a competência das Varas cíveis. Diz a ementa de um acórdão majoritário que a Constituição “não equiparou o concubinato à família legítima e nem o tornou parte do direito de família” (Agr. de Inst. 121.528-1, Rev. de Jur. do TJESP, vol. 123, p. 244, julgado em 12.9.89). A revista cita, no mesmo sentido, outros acórdãos.

Como veremos ao cuidar da jurisprudência, a questão é semelhanteno Rio de Janeiro, em que apenas a minoria aceita tal entendimento. O egrégio Tribunal de Justiça, em sua maioria, ainda não assimilou o novo direito e continua a entender que a união estável não é “família”, apesar dos termos claros da Constituição, que apenas resolveu usar do eufemismo “entidade familiar”.

A Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, de fevereiro de 1990, publicou dos trabalhos sob o título: “Polêmica: concubinato e família”. Os juízes BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO e EUCLIDES BENEDITO DE OLIVEIRA, sustentam que:

“O concubinato continua uma sociedade de fato, regidos os direitos e obrigações apenas pelo direito obrigacional”.

Já o outro artigo, intitulado “União Estável e Juízo competente”, de RICARDO PENTEADO DE FREITAS BORGES e CAETANO LAGRASTA NETO, o primeiro advogado e o segundo juiz e Secretário da Escola da Magistratura em São Paulo, conclui inversamente:

“A dissolução da união estável entre homem e mulher deve ser processada nas mesmas condições criadas para o casamento.”

Concluem que, não mais limitando a família àquela constituída pelo casamento, a Constituição abrange as uniões estáveis. E dizem:

“Forçosa é a conclusão, portanto, de que a despeito de não ter havido a equiparação dos institutos casamento civil e

união estável, houve o estabelecimento de uma isonomia em face do tratamento que o Estado deve dispensar a tais entidades basilares da sociedade.”

(Revista da AMB, fev. 90, pág. 30).

Dizem mais adiante:

“Por trás da disposição que define a matéria de competência do juízo de família, existe um comando maior que determina que a família tem especial proteção do Estado, residindo aí uma boa razão para que tais questões, em Comarcas que possuam tais condições, sejam tratadas por um juízo especializado, órgão jurisdicional este que tenha, ao seu lado, devidamente estruturada uma Curadoria de Família e toda uma série de características, criadas para o atendimento de litígios de tal natureza.” (loc. cit., p. 31).

A questão enseja outras considerações. No interior, onde não há juízes especializados, não temos o problema. A população é menor e o juiz local busca resolver da melhor forma os conflitos. Nas grandes cidades, onde há tais juízos especializados, surge a questão do número de juízes. São sempre insuficientes. No Rio de Janeiro, no momento, temos 44 Varas Cíveis, mas as de Família não chegam à metade. As Varas de Família já estão sobrecarregadas e, com os novos processos, ainda mais o serão. Não é fácil aumentar o número de juízes, porque em diversos concursos, realizados sucessivamente, poucos são os candidatos aprovados. Por outro lado, a questão depende de outros fatores, que se resolvem com apoio econômico, como o número de serventuários, também insuficientes, enfim, não depende apenas de boa vontade.

Mas, vencida esta questão, vemos que a maior dificuldade, pelos acórdãos analisados, é a resistência contra a inovação.

12. Jurisprudência

Até o momento, poucos casos foram julgados, em que se questiona a aplicação das novas normas. No início, os recur-

sof ainda não são abrangidos por elas, porque os conflitos ocorreram ainda no regime da lei anterior, que continua sobrevivendo. Mas ainda os casos já ocorridos na vigência da nova lei, por natural força de inércia e por ser difícil a assimilação de novos conceitos, não conseguem ser julgados à luz do novo direito. Muitos juizes, acostumados a julgar os fatos sob a ótica da lei anterior, continuam a fazê-lo, sem atentar para as novas regras, seja porque não as estudaram devidamente, seja porque não se conformam com a mudança. Vejamos alguns exemplos:

O egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo diz num acórdão:

“Sociedade de fato. Concubinato. Reconhecimento. Competência da Vara Cível. Art. 226, § 3º da Constituição da República, que não equiparou o concubinato à família legítima e nem o tornou parte do direito de família. Recurso provido”.

Agravo de instrumento 121.528-1 — RJTJESP 123:244.

A mesma revista indica mais quatro julgados no mesmo sentido.

Não importa agora a questão da competência, mas a afirmação de que a Constituição “não o tornou (ao concubinato) parte do direito de família”. Ora, lendo-se com atenção a Constituição, vemos que o art. 226 cuida apenas da FAMÍLIA, que considera base da sociedade. Como é natural, os parágrafos deste artigo TAMBÉM cuidam da família. Logo, o § 3º também cuida de família, embora, e aí concordamos com a afirmação, não equiparou a chamada “união estável” ao casamento. Mas, sem dúvida, incluiu a união estável, esta espécie de concubinato, no Direito de Família. A negativa apenas indica a resistência de quem não queria que isto assim fosse, ou seja, de que não fosse incluída a união estável no direito de família. Mas a Constituição aí está e queiram ou não, a nosso ver, com a vênha cabível, incluiu no conceito de família tal união.

Cabe notar que, no direito estrangeiro, também tem sido assim, embora o progresso seja aceito com maior facilidade. Assim, para citar autor em edição recente, ouçamos o Prof. MICHEL DE JUGLART, da Universidade de Paris II:

“Bonaparte disait: “Les concubins se passent de la loi; la loi se passe d’eux!” Ces temps semblent bien lointain; le droit français, qu’on le déplore ou non, a considérablement évolué sur ce point. Il prend en compte le concubinage (2.700.000 personnes environ), dont les effets doivent être envisagés à double point de vue: en premier lieu, dans les rapports des concubins entre eux (Chapitre I); en second lieu, dans les rapports des concubins avec les tiers (Chapitre II).”

(Cours de Droit Civil — Tome I, 1^o v., p. 565-1991).

No Rio de Janeiro também a maioria pensa assim. Mas há vozes discordantes. Assim, o acórdão unânime da 1^a Câmara Cível do eg. Tribunal de Justiça:

“União estável. Interpretação do § 3^o do art. 226 da Constituição Federal de 1988.

O que se tratava como sociedade concubinária, produzindo efeitos patrimoniais, com lastro nadisciplina das sociedades de fato do Código Civil, passa ao patamar da união estável, reconhecida constitucionalmente como entidade familiar. Como tal, gozando da proteção do Estado, está legitimada para o efeito da incidência das regras do direito de família, devendo a lei facilitar a sua versão em casamento.

Provada a união estável pela longa convivência comum, é cabível a meação dos bens adquiridos na constância desta.

(Rev. de Direito do T. J. do E. RJ, nº 5, p. 140, 1990)”

Este acórdão unânime, que tem como relator o ilustre Desembargador Carlos Alberto Menezes Direito, foi também pu-

blicado na coletânea — “Questões de Direito Positivo”, em que colaboram, além do citado desembargador, os Des. N. Doreste Baptista e Renato Maneschy (Editora Renovar, Rio, 1990, p. 202).

Convém resaltar alguns trechos deste acórdão:

“A nova Constituição brasileira veio agasalhar esta postura jurisdicional, ao tratar da família, base da sociedade, dispendo no § 3º do art. 226, inovadoramente: (segue-se a transcrição).

“Assim, o que se tratava como sociedade concubinária, produzindo efeitos patrimoniais, com lastro na disciplina contratual das sociedades de fato, do Código Civil, passa ao patamar da união estável, reconhecida constitucionalmente como entidade familiar.

“Com tal raciocínio, que certamente enfrentará dificuldades para alcançar aceitação em plenitude, o requisito para a participação patrimonial há de ultrapassar o preâmbulo das provas do esforço comum, de natureza econômica, para centrar-se na conceituação do que seja união estável, reconhecida como entidade familiar.”

Este acórdão pioneiro, a nosso ver, reflete a melhor doutrina e deverá inspirar outros embora, segundo sabemos, seja grande a resistência à normação inovadora.

Por outro lado, a egrégia 4ª Câmara Cível do mesmo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao julgar o Agr. de Instr. 561/89, entendeu que era competente a Vara de Família para dirimir questão de alimentos entre concubinos, durante quase cinte anos. Consta da ementa:

“Pretendendo exonerar-se da pensão alimentícia, peticionou ao Juiz da Vara de Família, que declinou de sua competência para o Juízo Cível. Acontece, porém, que a nova Constituição, no seu art. 226, §§ 3º e 4º, dando conceito amplo de família, dirimiu a questão, por isso que impõe-se o provimento do recurso para dar-se pela competência da Vara de Família”.

(Rel. Des. Ulysses Valladares — julg. 10.10.89 — unânime. Ver Ementário de Jurisp. do TJRJ nº 8, p. 28, nº 20.273).

No entanto, a egrégia 1ª Câmara Cível do mesmo Tribunal de Justiça do Rio, por maioria, veio a julgar que:

“Alimentos. No estágio atual de nosso Direito, o direito aos alimentos decorre de relação de parentesco ou do casamento. A eles não tem direito a concubina. O preceito contido no § 3º do art. 226 da Constituição de 1988 se dirige ao Estado e não ao companheiro, de sorte a criar por si só, para este, em relação à concubina, uma obrigação alimentar.” (Ap. cível 5.016/88 — Rel. Des. Renato Maneschy — julgado em 23.5.89 — Vencido o Des. Carlos Alberto Direito).

No mesmo sentido foi a ap. cível 3.099/90, julgada pela egrégia 2ª Câmara Cível, relator o eminente Des. Rebello de Mendonça.

Igualmente a egrégia 5ª Câmara Cível do mesmo Tribunal entendeu igualmente que:

“O art. 226, § 3º da Constituição federal de 1988 não eliminou a diferença entre o casamento e a união estável entre o homem e mulher nem submeteu esta última para todos os efeitos, à disciplina do direito de família”. (Embs. inf. na ap. civ. 4.998/89 — Reg. 11 — 1090, Relator o Des. Barbosa Moreira — Ementário 39/90 — D.O. — RJ 8.11.90, p. 147).

Como se vê deste último acórdão, já não se nega a inclusão da união estável no direito de família; apenas se diz que não se submeteu “para todos os efeitos” a este direito; logo, para alguns efeitos, a inclusão já é admitida.

Outros tribunais assim também pensam. Assim, o T. J. do Rio Grande do Sul:

“A circunstância de ter a CF recomendado a especial proteção do Estado para a união estável entre o homem e mulher, reconhecendo-a como entidade familiar, não tem o condão de alterar a Organização Judiciária dos Estados Federados, deslocando o julgamento das ações da Vara Cível para a Vara de Família. Mesmo antes da atual Carta, a sociedade de fato era assim reconhecida exatamente porque o homem e a mulher

viviam como se casados fossem, em verdadeiro grupo familiar. A norma constitucional do art. 226, § 3º, não é auto-aplicável, não podendo ser tida como incluída no COJE pela simples ocorrência da publicação da Lei Maior.” (Revista de Jurisp. do TJRGS — 138:112, relator Flávio Pâncaro da Silva).

No entanto, em questão julgada anteriormente, um dia após a vigência da nova Constituição (6.10.88), pelo mesmo eminente Desembargador Flávio Pâncaro da Silva, foi dito que:

“Pelo art. 226, § 3º da nova CF, a família é constituída não apenas pelo casamento, mas também por uma convivência estável entre o homem e a mulher, cabendo-lhe mútua assistência. Faz jus a alimentos provisionais o varão que se tornou inválido ou teve acentuada redução em sua capacidade de trabalho. Se o pedido cautelar é compatível com o pedido principal, é perfeitamente lógico e racional que ambos integrem os mesmos autos (*omissis*).”

(Rev. de Jur. do TJHGS — 136:139 e segs.).

Vemos, neste julgado, que já se admite conceito moderno e mais amplo de família (não apenas pelo casamento, mas também por uma convivência estável...) e o curioso: concedeu-se o pedido em favor do companheiro, que moveu ação de sociedade de fato, cumulada com ação de alimentos. Ora, a comarca era pequena e provavelmente não havia Vara de Família; mas foi admitida a ação de alimentos. O acórdão da egrégia 3ª Câmara Cível de Porto Alegre foi unânime.

Também o colendo STJ continua a aplicar a Súmula 380 do STF como se vê dos acórdãos, por exemplo, nas Revistas do Sup. Trib. de Justiça 9:361 e 11:34.

13. CONCLUSÕES

I) A união estável é matéria de Direito de Família.

Em estudo publicado em 1983 (Novas tendências do direito de família), dizia ORLANDO GOMES:

“Com a locução polimorfismo familiar significa-se a política legislativa tendente a estender, a situações vizinhas, a qualificação e a proteção, senão à dignidade, da família legítima.

Em outras palavras: o regime legal da família não deve se restringir à família constituída pelo casamento, muito menos ainda a seu modelo antigo de uma “sociedade fechada sobre si mesma, na qual se sucedem as mortes, os matrimônios e os nascimentos, assegurando entre as gerações uma continuidade biológica, social e econômica” (VITTORIO FROSINI, *Il Diritto nella Società Tecnologica*, Milão, 1981, p. 127). Igual tutela deve ser dispensada, na medida do possível, a toda sociedade aberta de convivência íntima entre seus componentes, ligadas a uma situação matrimonial constituída à imagem e semelhança do casamento.”

“Nestas condições assim se classificam, entre nós, as situações familiares:

- a) família legítima
- b) família quase-legítima
- c) família natural.¹⁴

Mais adiante, diz o mesmo autor:

“Por família natural se entende hoje o grupo familiar que não se constitui pelo casamento mas por união livre, tanto na formação como na dissolução. Tal é o concubinato, no qual a mulher é quase-esposa e tem o título simpático de companheira, já convertido em *nomen juris*, e que provém de causas diversas assim classificadas por VAN GENNEP: união livre ideológica, união livre de miséria união livre de facilidade, união livre de aristocracia, união livre de conveniência e concubinato rural.”

(Obra citada, p. 177).

O texto acima foi encontrado pelo saudoso autor em JEAN CARBONNIER, o qual ainda hoje em seu “*Droit Civil*”, 2 — *La Famille*, estuda-a, no primeiro título, no Casamento e, no Terceiro, Fora do Casamento.¹⁵

¹⁴ GOMES, Orlando — “Novos Temas de Direito Civil” — págs. 176 e seg., Forense, 1983.

¹⁵ CARBONNIER, Jean — *Droit Civil*, 2 — *La Famille* — 13ª ed., 1989, P.U.F. — Paris, nº 228, p. 319 e segs.

Na última edição, citada, CARBONNIER informa, sob o aspecto da Sociologia que pode haver um corte (uma clivagem, diz) das diversas espécies: a) a união livre por livre escolha; b) a união livre por constrangimento. No primeiro caso incluem-se a recusa do casamento por ideologia libertária e a coabitação juvenil; no segundo, por ser imposta por necessidades diversas (dificuldade de obter divórcio, miséria, aristocracia (classes diversas que impedem o casamento) pressão familiar, concubinato rural, etc.¹⁶

Por outro lado, os nossos civilistas sempre cuidaram da matéria nos volumes de Direito de Família. Assim: EDUARDO ESPÍNOLA, ORLANDO GOMES, ARNOLDO WALD, SÍLVIO RODRIGUES e WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO. Este último diz na 27ª ed. de seu Direito de Família: “Essa normalização (do concubinato) acaba de completar-se com o disposto no art. 226, § 3º da Constituição de 1988” (pág. 19, final). Outros, sem destaque, incluem-no em outros capítulos, como CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (Instituições de D. Civil, v. V, 7ª ed., 1991, p. 32, conceito de casamento; e p. 200, nº 413 — investigação de paternidade). ANTÔNIO CHAVES afirma: “Mas a família não é formada somente pelo casamento Civil, v. 5, tomo I, 1991, p. 22).

Também MARIA HELENA DINIZ cuida da matéria em seu volume de Direito de Família (Direito Civil Brasileiro, vol. 5).

No direito comparado também se verifica o mesmo. Assim, na França, já vimos CARBONNIER (*Droit Civil, La Famille*) JEAN HAUSER et DANIELE HUET-WEILLER (*Traité de Droit Civil — direction de Jacques Ghestin — La famille*); MICHEL DE JUGLART (*Cours de Droit Civil, tome 1. er — Famille*) e quase os demais autores. Na Itália, especialmente após a reforma da Lei 151, de 19.5.75, fala-se em família natural ao lado da família formada pelo casamento.

Legislações latino-americanas já admitem normas a respeito, como acontece com vários Códigos Civis do México (cada Estado mexicano tem um) e o novo Código Civil do

¹⁶ Idem, *op. cit.*, nº 236, p. 332 e seg.

Peru, de 1984, que regula os efeitos em seu art. 326, incluído no capítulo do principal regime matrimonial — *Sociedad de Gananciales*, e, portanto, dentro do Livro III — *Derecho de Familia*. Assim, a união de fato, com finalidades e deveres semelhantes ao matrimônio, com pelo menos dois anos contínuos, sujeitam ambos à chamada, entre nós, comunhão parcial de bens. O mesmo artigo admite ainda o direito a alimentos ou indenização, em caso de morte, ausência, mútuo acordo ou decisão unilateral, além do regime de bens. Se a união não reúne os requisitos exigidos, admite-se ação de enriquecimento sem causa.

II) Não se equipara a união estável ao casamento

Apesar de tudo o que dissemos, pelo texto constitucional e pela lógica, não se equipara a união estável ao casamento. Realmente, do casamento decorrem várias relações jurídicas, que não são atribuídas à união estável. Por outro lado o texto da Constituição diz que a lei deverá facilitar a sua conversão em casamento, donde concluir-se que, se pode converter-se em casamento, não tem a mesma natureza. O que se pretende, como vem ocorrendo em outros países, é dar proteção às diversas famílias (que, lembre-se, são milhões entre nós) e não podem ser postas à margem do Direito, como se não existissem (o que se viu na frase atribuída a Napoleão).

Assim, os direitos e deveres oriundos do casamento surgem com o mesmo fato do casamento, desde que registrado (lembre-se que pode haver casamento religioso não registrado e, portanto, sem efeitos civis). Já os direitos e deveres da união estável dependem de algum tempo de convivência, salvo havendo acordo dos companheiros que, podendo, queiram casar-se ou converter a união em casamento.

III) Pode caber ação de alimentos

Como já vimos acima ao expor a questão da competência, alguns autores já admitem claramente a ação de alimentos entre os companheiros. Assim SÉRGIO GILBERTO PORTO,

Professor de Pós-Graduação da PUC-RS, da Escola Superior da Magistratura, do Ministério Público e Promotor gaúcho, defendeu tal tese em um Foro Internacional de Debates Jurídicos Brasil-Uruguaí-Argentina, em 23.6.89. Este autor defende que a concubina tem direito a alimentos, a partir da admissão da união estável, tendo em vista o dever de mútua assistência, ainda mais consagrada a igualdade de direitos e a conceituação como entidade familiar. Indica ele o trabalho de MARIA DA GLÓRIA VILLAÇA B. G. DE ALMEIDA, Promotora de Justiça de S. Paulo, ao equiparar os direitos e deveres, posto não se equipare a união estável ao casamento.¹⁷

Trabalho mais completo foi publicado por SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA, eminente juiz e professor da Universidade Católica e da Escola Superior da Magistratura no Rio Grande do Sul. Revendo o direito brasileiro e o direito comparado (especialmente a obra *Les Concubinages en Europe — Aspects Socio-Juridiques*, da Prof^a JACQUELINE RUBELIN-DEVICHI defende a “possibilidade de alimentos entre concubinos com o advento da Constituição Federal de 1988”, com argumentos de que se destacam: a Constituição consagrou juridicamente o concubinato; enquadrado-o como entidade familiar, em dispositivo que cuida da família; considerou-o forma de família e família legítima (ainda que sem igualdade com a família fundada no casamento); quer que o Estado a proteja; ora, o Judiciário é igualmente Estado; o dever de alimentos se funda em caridade e solidariedade familiares, em dever ético de assistência e socorro; se a união estável é forma de família, atua também o direito a alimentos; este diz com um direito fundamentalmente essencial, direito à vida e à vida com dignidade, princípio não apenas moral, mas jurídico. Cita Jürgen Habermas, mostrando que o respeito aos princípios éticos foram juridicizados pela Constituição; seria contraditório manter direito alimentar entre irmãos, muitas vezes afastados, e negá-lo aos companheiros, vivendo em íntima relação às vezes por longo

¹⁷ PORTO, Sérgio Gilberto — “Da União Estável dos Alimentos à Concubina” — Rev. AJURIS — nº 47, págs. 133 e segs.

tempo; se a relação concubinária provoca a perda dos alimentos de anterior casamento, pressupõe-se que haja um dever de alimentos entre os conviventes.¹⁸

Cabe notar que já ocorrem alguns casos, julgados em primeiro grau, no Rio de Janeiro, em que os juizes de família aceitam tais ações de alimentos, sendo aplaudidos pelo Senador Nelson Carneiro, em recente Congresso sobre Direito de Família.

IV) A competência, onde houver juízos especializados, é dos Juizes de Família.

Como já acima expusemos, ao cuidar da competência, entendemos que as discussões sobre conflitos entre os companheiros, que vivam em união estável, devem ser solucionados pelos juizes de família (Varas de Família) onde houver tais juízos especializados. A matéria, como expusemos, é de Direito de família, pois, no mundo moderno (como, aliás, também no mundo antigo) a família é um fato sociológico e não se forma, apenas, pelo casamento, mas também por uniões estáveis. Tais famílias, como se compreende, devem também merecer a proteção do Estado, embora não sejam equiparadas àquelas oriundas do casamento, como acaba de ser consagrado por norma constitucional.

Por outro lado, como vimos acima, a tendência universal é para tal regulamentação e para vencer os preconceitos, de várias origens, reconhecendo a existência de famílias sem casamento, mas com certos direitos, especialmente os que se destinam a proteger a dignidade humana.

V) Alterou-se e continua a alterar-se o conceito de família.

Como acabamos de ver, alterou-se o conceito de família, ou seja, admitiu-se em lei que a família não é apenas aquele

¹⁸ PEREIRA, Sérgio Guischkow — A União Estável e os Alimentos — Rev. dos Tribunais — 657:17 e segs.

conceito restrito, que limitava apenas um grupo social decorrente de enquadramento no casamento. Fato curioso ocorreu com a República, quando, em reação ao direito anterior, que praticamente só admitia o casamento religioso (embora teoricamente se admitisse o casamento misto e o casamento acatólico), inclusive pela tradição do povo e influência da religião, nossa lei pasou a admitir apenas o casamento civil. Descobriu-se depois que as pessoas continuavam a casar-se na Igreja, muitos ignorando o casamento civil, de modo que, perante a lei, eram concubinos. Isto apesar de ostensivamente viverem como casados e assim educando os filhos, enfim, tendo o que o Código Civil chamou eufemisticamente “posse do estado de casados” (art. 206). Por isto foi o legislador levado a admitir os efeitos civis do casamento religioso. Segundo EDUARDO ESPÍNOLA,

“Verificou-se entre nós o mesmo que ocorreu na França, quando o casamento se tornou uma instituição civil. Observam Planiol, Ripert e Rouast que, no momento em que o Cód. foi promulgado, a instituição do casamento civil era de data recente e receava-se que muitas pessoas se contentassem com a cerimônia religiosa, o que teria o grave inconveniente de uniões que aos olhos da lei não passavam de concubinato.¹⁹

Em estudo sobre as transformações do Direito de família, escrevia o Prof. SIMÃO ISAAC BENJÓ, citando WILLIAM J. GOODE (Revolução Mundial e Padrões de Família, 1963):

“Embora se coloque a favor dessas mudanças, ressalva Goode que não acredita que chegaremos a saber como equilibrar com os sistemas antigos o êxtase e a agonia dos sistemas de família que agora estão surgindo.” Diz mais adiante: “É levado, porém, a acolher prazerosamente as grandes mudanças que estão ocorrendo, por ver nelas e no sistema industrial que as acompanha a esperança de maior liberdade: sentir-se livre do domínio dos mais idosos, livre das restrições de castas e raças, livre das atitudes rígidas das classes. Liberdade

¹⁹ ESPÍNOLA, Eduardo — “A Família no Direito Civil brasileiro — Do casamento religioso com efeitos civis”, Ed. Conquista, 1957, p. 174, nota 2.

também para algo mais: para dar vazão à potencialidade pessoal, ao direito de amar, à igualdade da família, ao estabelecimento de novo casamento quando o antigo fracassou. Por ver, enfim, a revolução mundial nos padrões de família como parte de uma revolução mais importante ainda que está arrebatando o mundo de nosso tempo, a aspiração da parte de bilhões de pessoas a terem, pela primeira vez, o direito de fazer sua própria escolha, aspiração que derrubou governos antigos e novos e criou novas sociedades e novos movimentos”.²⁰

Os futurólogos, analisando as diversas teorias sobre a família, tal como os historiadores, prevêem grandes transformações.

Assim, o conhecido estudioso da evolução da família — FRIEDRICH ENGELS, diz:

“Mas o que sobreviverá? Isso se verá quando uma nova geração tenha crescido: uma geração de homens que nunca se tenham encontrado em situação de comprar, à custa de dinheiro, nem com a ajuda de qualquer outra força social, a conquista de uma mulher; e uma geração de mulheres que nunca se tenham visto em situação de se entregar a um homem em virtude de outras considerações que não as de um amor real, nem de se recusar a seus amados com receio das conseqüências econômicas que isso lhes pudesse trazer. E, quando essas gerações aparecerem, não darão um vintém por tudo que nós hoje pensamos que elas deveriam fazer. Estabelecerão suas próprias normas de conduta e, em consonância com elas, criarão uma opinião pública para julgar a conduta de cada um. E ponto final.”²¹

Por outro lado, diz ALVIN TOFFLER:

“A família pode muito bem dar-se que *nem* desaparecerá *nem* entrará numa nova Idade de Ouro. Pode acontecer — e

²⁰ BENJÓ, Simão Isaac — “A Mudança Social e as Transformações do Direito de Família” — in *Direito e Mudança Social*, org. Felipe Augusto de Miranda Rosa — OAB — RJ — UERJ — Rio, 1984, pág. 147.

²¹ ENGELS, Friedrich — “A origem da família, da propriedade privada e do Estado” — 3ª ed., 1977 — trad. Viv. Bras. — pág. 90.

isto é infinitamente mais provável — que a família se esfaça, se estilhaça, se abala, apenas para ressurgir outra vez sob formas novas e extraordinárias”.²²

A seguir, analisa o autor as transformações, falando na “Família Aerodinâmica”, a que, por dificuldades industriais só poderia ter filhos após a aposentadoria, filhos obtidos por inseminação artificial ou de outro modo. Fala nos “Pais biológicos e Pais de Profissão”, os que seriam profissionais para criar os filhos de outros, que não poderiam dedicar-se à educação dos filhos. Fala das comunas e dos Papais Homossexuais, do Casamento Temporário (o casamento em série, que seria o do futuro); o casamento de experiência, que já começava a aparecer, enfim, de muitos tipos de família, a qual será totalmente diferente.

BIBLIOGRAFIA

- AZEVEDO, Alvaro Villaça — Do Concubinato ao Casamento de Fato — 2ª ed. — CEJUP, 1987.
- BENJÓ, Simão Isaac — A Mudança Social e as Transformações do Direito de Família —, in Direito e Mudança Social, org. Felipe Augusto de Miranda Rosa, OAB-UERJ, Rio, 1984.
- BORGES, Ricardo Penteado de Freitas e LAGRATA NETO, CAETANO — União Estável e Juiz Competente — Revista da AMB — fevereiro/90.
- CARBONNIER, Jean — *Droit Civil — La Famille* — 13ª ed., Paris 1989.
- CARNEIRO, Nelson — Parecer às Emendas do Senado ao Livro IV do Projeto de Lei da Câmara, nº 118, de 1984 — Direito de Família, Brasília, 1989.
- União Estável — Projetos e Justificações — Contribuição ao Congresso Internacional de Direito de Família — Rio, set/91.

²² TOFFLER, Alvin — “O choque do Futuro” — 2ª ed., Artenova, 1973, “A Família Fragmentada” — págs. 197 e segs.

- CHAVES, Antônio — Tratado de Direito Civil — vol. 5, Família, 1991.
- COULANGES, Fustel — A Cidade Antiga — trad. port., Lisboa, 10ª ed., 1980.
- DINIZ, Maria Helena — Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 5 — Família.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes — Da União Estável como Entidade Familiar — Rio, 1990 — (folheto) e acórdão em Questões de Direito Positivo, Renovar, 1990.
- ENGELS, Friedrich — A origem da família, da propriedade privada e do Estado — trad. de Leandro Konder — 3ª ed. Civilização Brasileira, Rio, 1977.
- ESPÍNOLA, Eduardo — A Família no Direito Civil Brasileiro — Ed. Conquista, 1957.
- FERREIRA, Pinto — vide PINTO FERREIRA.
- GLENDON, M. A. — *La transformation des rapports entre l'Etat et la famille dans l'évolution actuelle du droit aux Etats Unis, in Famille, Droit et Changement Social dans les sociétés contemporaines* — Bruxelles, 1978.
- GOMES, Orlando — Direito de Família — 1ª ed. e sucesivas edições — Forense.
- Novos Temas de Direito Civil — Forense, 1983.
- HAUSER, Jean et HUET-WEILLER, Daniele — *Traité de Droit Civil — La Famille* — I, Paris — LGDJ — 1989.
- JUGLART, Michel de — *Cours de Droit Civil* — tome I, 1º vol., 13ª ed., Paris — Montchrestien, 1991.
- KOUASSIGAN, Guy Adjeté — *Famille, Droit et Changement Social en Afrique Noir francophone* — in *Famille, Droit et Changement Social dans les Sociétés contemporaines* — Bruxelas, 1978.
- LAGRASTA NETO, Caetano e BORGES, Ricardo Penteadado de Freitas — v. Borges, Ricardo Penteadado de Freitas e...
- MEULDERS-KLEIN, M. T. — *Famille, Droit et Changement Social dans les Sociétés Contemporaines* — relatório geral — Bruxelas, 1978.
- MONTEIRO Washington de Barros, — Curso de Direito Civil — Direito de Família — 27ª ed., — Saraiva — 1989.

- MUNIZ, Francisco José Ferreira, — vide OLIVEIRA, José Lamartine.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa e MUNIZ, Francisco José Ferreira — Direito de Família — Sérgio A. Fabris — 1990.
- OLIVEIRA, Euclides Benedito de, vide Ribeiro, Benedito...
- PERAL-COLLADO, Daniel A. — *Derecho de Familia* — Havana — 1984.
- PEREIRA, Sérgio Gischkow — Algumas questões de direito de família na nova Constituição — Rev. dos Tribunais, 639, p. 248.
- A união estável e os alimentos — Rev. dos Tribs., 657 p. 17.
- PINTO FERREIRA — Investigação de paternidade, concubinato e alimentos, 1980.
- PONTES DE MIRANDA — Tratado de Direito Privado — tomo VII, 1955.
- PORTO, Sérgio Gilberto — Da união estável e dos alimentos à concubina — Rev. AJURIS, Posto Alegre — nº 47, p. 133 e sgs.
- RIBEIRO, Benedito Silvério e OLIVEIRA, Euclides Benedito de — Polêmica — concubinato e família — *in* Revista da AMB (Asoc. dos Magistrados Brasileiros — fevereiro de 1990.
- RIO, José Arthur — Família, *in* Dicionário de Ciências Sociais — Fund. Getúlio Vargas — Rio, 1986, págs. 457 e sgs.
- RODRIGUES, Sílvio — Direito Civil — vol. 6, Família — Saraiva.
- TOFFLER, Alvin — O Choque do Futuro — 2ª ed., Artenova — trad. bras., 1973.
- WALD, Arnaldo — Curso de Dir. Civil Brasileiro — Direito de Família — 8ª ed. ampl. e atualizada com Luiz Murillo Fábregas — Ed. Rev. dos Tribunais — 1991.