

UNIÃO ESTÁVEL E O DIREITO PENAL

Marcel Maia Montalvão, advogado.

RESUMO: A proposta deste trabalho remonta a necessidade de se verificar a interdependência entre o Direito de Família e o Direito Penal, mais propriamente no tocante à relação em que se situa de um lado a instituição familiar proveniente da União Estável e sua proteção estatal e de outro a legislação penal e sua interação com o citado instituto.

SUMÁRIO: 1. União Estável. 2. União Estável e o novo Código Civil. 3. Princípio da Legalidade. 4. Direito Penal e Família. 4.1 Possibilidade. 4.2 Impossibilidade. 5. Crítica. 6. Conclusão.

1. UNIÃO ESTÁVEL

Muito se avançou acerca do conceito de União Estável. O antigo Código Civil bem como as Constituições anteriores à atual não reconheciam como entidade familiar as uniões de fato. Com o advento da atual Lei Maior este instituto passou a ser reconhecido como berço familiar. E não poderia ser diferente. Tal correção deu-se exatamente porque a realidade da dinamicidade social caminha a passos largos e, via de regra, o ordenamento jurídico precisa ser alterado para acompanhar as evoluções de uma determinada sociedade.

De um conceito estático (Lei 8.971/94) a uma definição dinâmica (Lei 9.278/96) o instituto da União Estável encontra-se hoje definido pelo artigo 1.723 do Código Civil como aquele fruto de uma convivência pública, contínua e duradoura, entre um homem e uma mulher, objetivando a constituição de uma família. Não obstante, muito ainda se deve avançar neste conceito, pois as relações homoafetivas também podem constituir-se tal qual uma família dos tempos presentes pois o amor, a solidariedade e o sentimento familiar não são privilégios dos ditames legais.

A família surge, então, do casamento, da União Estável bem como da simples formação por qualquer dos pais e sua prole. É o comando constitucional do artigo 226, parágrafos terceiro e quarto.

A convivência (conviver, viver com) no seio da União Estável, além de estar revestida de notoriedade social, vale dizer, de publicidade, deve pautar-se por uma *continuidade sem interrupções*, denotando durabilidade no relacionamento, isto é, relação não-eventual. Desnecessários para a sua caracterização o tempo de convivência, habitação sob mesmo teto ou a existência de prole. Primordial visualizar-se a intenção de constituição de uma família. Ou seja, não é União Estável aquela união passageira, furtiva, fugaz, volátil. Há que ser duradoura.

Também chamada de concubinato puro, por alguns doutrinadores pátrios, impossível o reconhecimento da União Estável se houver qualquer impedimento para o casamento, salvo caso de separação judicial ou de fato, a teor do artigo 1.723, parágrafo primeiro, do Código Civil. O informalismo na sua constituição e dissolução e a diversidade de sexos campeiam como essências não menos importantes que o objetivo de constituir uma família.

Impõe a Constituição Federal em seu artigo 226, parágrafo terceiro:

Para efeito da proteção do estado, é reconhecida a União Estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

A CF/88 ampliando o conceito de família nada mais fez que curvar-se, como dito, à realidade fática. A atual Carta Política foi a primeira a reconhecer a união, com estabilidade, entre um homem e uma mulher como entidade familiar e desta forma gozar da proteção estatal. Pouco importa como aquela seja formada: se advinda de casamento ou de uma estável união entre duas pessoas de sexo oposto. Reconhecida como tal, será a União Estável equiparada quanto aos efeitos jurídicos (logo, também penais) e sociais ao casamento civil. Com isto, não se poderá dar maior ou menor tutela a um instituto ou ao outro, embora de sinônimos não se tratem, pois a própria Constituição da República ordena que a lei facilite a transformação da União Estável em casamento (art. 226, parágrafo terceiro).

2. UNIÃO ESTÁVEL E O NOVO CÓDIGO CIVIL

É de ver-se, a olhos de águia, que o atual Código Civil estreitou, no que pôde, os institutos do casamento e da União Estável. Em seus diversos artigos, aquele Diploma Legal dispensa inúmeros tratamentos sob o manto da igualdade quando coloca em voga tanto um instituto quanto outro e não sem razão: consubstancia o conceito de família tão propugnado pela Lei Suprema e sua devida proteção estatal.

Sem modificar o conteúdo da definição de União Estável, o novo Código Civil alterou, ainda que quase imperceptível, a redação da Lei 9.278/96. Em sua forma primitiva esta citada lei assim dispunha:

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

Hoje, aquela é definida segundo o artigo 1.723 do CC:

É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Acrescentando o dever de lealdade como obrigação entre os companheiros o atual Código Civil manteve os deveres de respeito e assistência, guarda, sustento e educação dos filhos, sem impor, assim como dantes, a observância da vida em comum sob o mesmo teto. O regime da comunhão parcial de bens foi imposto, salvo contrato escrito em contrário, com a participação nos bens adquiridos apenas onerosamente durante a União.

Os alimentos entre os companheiros decorre exatamente do dever de mútua assistência segundo o critério da necessidade e possibilidade, ainda que configurada a culpa, sendo, neste caso, somente o tanto para a sua subsistência. Configurada nova União, desobriga-se o credor.

Os direitos sucessórios foram restringidos em certos aspectos tais como o direito real de habitação no imóvel que servia de residência e a participação somente nos bens adquiridos de modo oneroso na constância da União, o que se avulta, em nossa opinião, como contrários aos comandos constitucionais.

3. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O Estado Democrático de Direito exige uma verdadeira submissão de todos perante a Lei e, portanto, Estado de Direito e princípio da Legalidade guardam, entre si, perfeita sintonia.

Conforme Rogério Greco, em sua obra *Curso de Direito Penal*, 2ª Edição, 2003, pg. 102, assim Paulo Bonavides leciona:

O princípio da Legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa 'legibus solutus'

e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas.

Impede o citado Princípio, dentre outros, que uma lei penal possa retroagir em prejuízo de alguém, tipifique-se uma conduta não prevista legalmente ou que se empregue analogia para criar crimes, fundamentá-los ou agravar comportamentos

4. DIREITO PENAL E FAMÍLIA

Pelo exposto, se é verdade que os dispositivos constitucionais e legais emprestam à família um conceito amplo, também pode-se afirmar que pelas mesmas razões a tutela protetiva penal remonta mais atenção e cuidado.

O Código Penal alinha em quatro capítulos os crimes contra a família, quais sejam: “crimes contra o casamento”, “crimes contra o estado de filiação”, “crimes contra a assistência familiar” e os “crimes contra o pátrio poder (hoje chamado de poder familiar), tutela ou curatela”. Preocupou-se, em especial, com os crimes contra a assistência familiar, pois segundo a Exposição de Motivos, “a instituição essencial que é a família atravessa atualmente uma crise bastante grave. Daí, a firme, embora recente, tendência no sentido de uma intervenção do legislador, para substituir as sanções civis, reconhecidamente ineficazes, por sanções penais contra a violação dos deveres jurídicos de assistência que a consciência jurídica universal considera como assento básico do status familiae. Virá isso contribuir para, em complemento de medidas que se revelaram insuficientes para a proteção da família, conjurar um dos aspectos dolorosos da crise por que passa essa instituição. É, de todo em todo, necessário que desapareçam certos fatos profundamente lamentáveis, e desgraçadamente cada vez mais frequentes, como seja o dos maridos que abandonam suas esposas e filhos, deixando-os sem meios de subsistência, ou o dos filhos que desamparam na miséria seus velhos pais enfermos ou inválidos”.

Sabe-se que o nosso Código de Rito Penal alinha em seus dispositivos pertinentes uma maior ou menor reprimenda aos autores de delitos praticados no próprio seio familiar, ora conferindo como circunstâncias agravantes (artigo 61, inciso II, alínea ‘e’) ora como nuclear tipificação penal (bigamia, artigo 235), embora confira-lhe tratamento privilegiante, como política criminal, ao excluir a culpabilidade, ora como no caso do artigo 181, inciso I, ao isentar de pena o autor que praticar crime contra o patrimônio de seu cônjuge na constância do casamento.

Em relação à União Estável o Código Penal continua, ainda, ignorando-a. E como a desconhece surge uma limitação quanto ao seu emprego no campo material. É preciso o exegeta recorrer a uma aplicabilidade contida. E assim o é devido ao Princípio da Legalidade restrita, condutor mor do Direito Penal, impe-

dindo qualquer interpretação extensiva em prejuízo do agente pela ausência de tipificação legal.

É forçoso, então, indagar-se: se casamento e União Estável não são sinônimos, e não o são, poder-se-ia equiparar, para efeitos penais, companheiros a cônjuges? Em quais dimensões o Direito Penal atual o permitiria?

Prima facie imperativo uma breve passagem pelas regras de Interpretação e Integração das normas.

Interpretar uma norma jurídica é a flagrante busca de uma solução para um caso concreto ou o encontro ao significado daquela. E este, às vezes, é tormentoso uma vez que o intérprete pode deparar-se com uma interpretação insuficiente. É dizer, lacunosa. E esse vazio jurídico deverá ser preenchido segundo o artigo 4º da LICC:

Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a **analogia**, os costumes e os princípios gerais de direito. **(grifei)**

Ou conforme também o mandamento processual civil do artigo 126:

O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à **analogia**, aos costumes e aos princípios gerais de direito. **(grifei)**

Lança mão o magistrado, nestes casos, das regras de experiência comum, no dizer do artigo 335/CPC:

Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressaltando, quanto a esta, o exame pericial.

Ou seja, havendo normatização específica, deve-se interpretá-la. Se esta inexistir e a autoridade entender tratar-se de lacuna, deve trilhar pelos caminhos da integração e utilizar-se, no caso em exame, da analogia.

A analogia de interpretação não se trata, mas de integração. Aqui, o aplicador da lei encontra solução para o caso concreto em outra norma pertinente por ser semelhante, análoga. Na seara penal o emprego e o uso da analogia encontram determinadas restrições. Não é de aplicabilidade ampla e irrestrita pois deve obediência à legalidade estrita penal. E assim o é por força constitucional do artigo 5º, inciso XXXIX:

Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

O Código Penal, em seu artigo 1º, já dispunha:

Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

A própria lei processual penal em seu artigo 3º assim se expressa:

A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e **aplicação analógica**, bem como suplemento dos princípios gerais de direito. **(grifei)**

É de ver-se que a aplicação da analogia pode redundar em prejuízo para o réu (*in malam partem*) ou em benefício (*in bonam partem*). E aqui deve-se atentar para as normas penais incriminadoras e para as normas penais não-incriminadoras. As **primeiras** são aquelas que definem comportamentos injustos e culpáveis, estabelecendo consequências jurídicas. As **segundas**, dizem respeito a excludentes de ilícitos penais, de culpabilidade, atenuantes. Nesta esteira e em atenção ao Princípio da Legalidade, a analogia somente poderá ser aplicada em relação às **segundas** afluindo a espécie *in bonam partem*, isto é, em benefício do agente. A aplicação aqui reforça o alcance social da ciência jurídica, de acordo com o artigo 5º da LICC:

Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

É permitido no Direito Penal tudo aquilo que não for expressamente proibido. Logo, quando o legislador quer proibir o faz de modo limpidamente descrito para que o agente, de antemão, conheça as consequências dos seus atos. Portanto, se não há vedação expressa daquela conduta é porque o legislador não o quis. E se assim ocorre o Direito Penal não intervém pois a sua interferência deve ser mínima e fragmentada, sempre verificando o princípio da Adequação Social que limita a abrangência do tipo penal. Pelo exposto, a analogia – que é simples forma de integração – não pode ser utilizada à revelia da legalidade. Daí, porque, aquela na espécie *in malam partem* não encontra guarida em nosso ordenamento jurídico.

A doutrina hodiernamente – com fortes resistências – é favorável à aplicação da analogia em benefício dos companheiros em relação às normas não-incriminadoras. Cite-se, como exemplo, a possibilidade da extinção da punibilidade pelo casamento do agente com a ofendida, nos crimes de estupro, atentado violento ao pudor, posse sexual mediante fraude, atentado ao pudor mediante fraude, sedução, corrupção de menores e rapto, desde que não qualificados (artigo 107, inciso VII/CP). Ou no caso do artigo 107, inciso VIII/CP que trata da extinção da punibilidade pelo casamento da vítima com terceiros naqueles crimes contra os costumes descritos acima, desde que cometidos sem violência real ou grave ameaça e se a ofendida não requerer o prosseguimento do Inquérito Policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da

celebração. Em ambos os casos os companheiros seriam agraciados com a analogia em benefício próprio. E não poderia ser distinto pois a legislação ordinária equiparou a União Estável ao casamento por força das transformações sociais do mundo contemporâneo. Os efeitos jurídicos não podem se ater apenas e tão-somente à esfera cível, mas também devem incursionar-se na esfera penal, uma vez que a proteção constitucional é ampla.

Há outras hipóteses, tais como a do artigo 181/CP:

É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo:

I – do **cônjuge**, na constância da sociedade conjugal. **(grifei)**

Ou do artigo 348/CP:

Auxiliar a subtrair à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão.

Parágrafo segundo: se quem presta o auxílio é ascendente, descendente, **cônjuge** ou irmão do criminoso, fica isento de pena. **(grifei)**

É cristalino o benefício na aplicação da analogia *in bonam partem* aos companheiros ainda nestes casos.

Pelo exposto, seria inaplicável a analogia em relação à União Estável em caso de prejuízo ao réu. Exemplifico:

1) Artigo 61, inciso II, alínea 'e' do Código Penal:
São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

II – ter o agente cometido o crime:

e) contra ascendente, descendente, irmão ou **cônjuge**. **(grifei)**

2) Artigo 182, do Código Penal:

Somente se procede mediante representação, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo:

I – do **cônjuge** desquitado ou judicialmente separado. **(grifei)**

Nestas situações descritas, a invocação da analogia traria uma nova definição de crime ou simplesmente a aplicação de sanções não previstas de modo expresso na lei, uma vez que a conduta restaria tipificada na abrangência de norma incriminadora. Aqui, seria visível o prejuízo (*analogia in malam partem*) ao agente.

Em resumo, de testilha, assim comporta-se o Direito Penal na aplicação da analogia:

4.1 POSSIBILIDADE

Salta-se aos olhos o fácil entendimento doutrinário acerca da legalidade do emprego da analogia *in bonam partem*. A analogia é uma auto-integração de uma norma a uma hipótese não prevista legalmente no caso em concreto. Seu emprego permite a não utilização de raciocínio absurdo e a não configuração de soluções desiguais para casos não previstos em lei.

Nesta esteira, os conceitos de companheiros e cônjuges situam-se em harmonia e por isso estar-se-ia aplicando o conceito amplo de família perpetrado pela Norma Maior.

4.2 IMPOSSIBILIDADE

Na seara das normas incriminadoras a analogia *in malam partem* não encontraria guarida pois o seu emprego traria prejuízos ao agente pela não tipificação legal daquele fato subsumido.

E assim o é pois o Princípio da Legalidade impõe a impossibilidade de agravar, quer seja mediante qualificadoras quer qualificativas, hipóteses não contempladas no tipo penal. Portanto, seria atípico, penalmente, caso de companheiro que vivesse dupla União Estável ou crime de adultério por quem convivesse sob o manto da União Estável por ser atípico ou como a causa de aumento de pena do artigo 226, inciso III/CP o qual refere-se a crimes cometidos contra os costumes por agente casado.

5. CRÍTICA

Contudo, a unanimidade da doutrina pátria parece esquecer a inconsistência deste raciocínio jurídico, pobre, na nossa visão. Ora, a adotar-se, *ad infinitum*, a legislação presente estar-se-ia conferindo tratamento desigual ao mesmo instituto incerto em idêntico ordenamento jurídico penal: **em certo momento** reconhece-se a existência da União Estável adotando-se toda e qualquer aplicação analógica em benefício do agente, vale dizer, do delinquente e **em outro momento** nega-se a existência daquele instituto dando guarida legal a atos que fulminam a lei, a ordem e aos bons costumes tutelados, inclusive, pelo princípio da Adequação Social. Fulmina-se, às escâncaras, a razoabilidade, a proporcionalidade e a isonomia.

Se a legislação pertinente – e o Código Civil é exemplar, mormente nos Livros IV (Direito de Família) e V (Direito das Sucessões) – equipara a União Estável ao casamento, se ambos os institutos desfrutam da tutela constitucional da ampla proteção estatal, se a lei deve facilitar a conversão da União em casamento, conclui-se que aqueles que buscam a paz existencial e a felicidade no seio

familiar da União Estável não podem desfrutar, apenas e tão-somente, do bônus da sua existência mas também do ônus da sua escolha, sob pena de legalizar-se a burla da própria reprimenda penal.

6. CONCLUSÃO

Posto isto, urge alteração no Código Penal (bem como no de Processo Penal) para que o instituto da união estável alinhe-se, perfeitamente, nos dias de hoje àquele Diploma Legal. Aqui não se propugna por um retrocesso incriminatório haja vista que não se propõe novos tipos penais em sua essência ou agravamentos de penas ou comportamentos que já não sejam previstos no atual Código de Rito Penal.

Apenas e tão-somente igualitário tratamento dado hoje às situações de fato reconhecidas constitucionalmente como família. Se casamento e união estável constituem a mesma definição de entidade familiar, apesar de serem institutos diferentes, nada mais justo que recebam a mesma proteção, inclusive penal. Seria a decretação do fim de tantas decisões díspares acerca de um mesmo tema.

Senão, vejamos:

Legalidade da decisão do Tribunal de Contas da União, que excluiu, do benefício da pensão, a companheira do servidor público falecido no estado de casado, de acordo com o disposto no parágrafo 3º do art. 5º da Lei n. 4.069/62. A essa orientação, não se opõe a norma do parágrafo 3º do art. 226 da Constituição de 1988, que, além de haver entrado em vigor após o óbito do instituidor, coloca, em plano inferior ao do casamento, a chamada união estável, tanto que deve a lei facilitar a conversão desta, naquele. (STF – RTJ 163/116).

Homicídio culposo. Perdão judicial. Benefício concedido. Irrelevância de não provado ser a vítima esposa legítima do acusado, por não juntada a certidão de casamento. Estabilidade da união comprovada nos autos, inclusive com existência de prole. Extinção da punibilidade decretada, abrangendo os efeitos secundários da condenação. Aplicação dos arts. 107, IX, e 121, parágrafo 5º, do CP, 226, parágrafo 3º, da CF e 57, parágrafos 2º e 6º, da L. 6.015/73 e das Súmulas 380 e 382 do STF (TACRIM/SP – 5º Câmara – Apelação Criminal n. 495.093-8 – Rel. Juiz Paulo Franco).

Se a sociedade envelhece, as leis também...

BIBLIOGRAFIA:

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 2ª Edição. São Paulo. Editora Impetus. 2003.

OLIVEIRA, Euclides de. *União Estável – Do concubinato ao casamento*. 6ª Edição. São Paulo. Editora Método. 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Volume I – Parte Geral*. 3ª Edição. Editora dos Tribunais. 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Direito de Família*. 3ª Edição. Editora Atlas. 2003.