

DIREITO CIVIL

UNIÃO ESTÁVEL – JURISPRUDÊNCIA, EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E NOVO CÓDIGO CIVIL*

Álvaro Villaça Azevedo

RESUMO

Aduz que o casamento civil, criado pelo Decreto-lei n. 181, de 1890, tornou ineficazes, ante o Estado brasileiro, as formas naturais de constituição de família, que, há aproximadamente 3.000 anos, vinham sendo praticadas, como o casamento de fato, ou concubinato puro (atualmente denominado de “união estável”).

Demonstra ter-se dado o reconhecimento da união estável apenas com o advento da Constituição Federal de 1988, uma vez que, anteriormente à sua edição, a jurisprudência negava quaisquer direitos decorrentes da relação concubinária. Após, ocorreu uma evolução jurisprudencial nesse sentido, com a regulamentação da união estável pelas diversas leis que se sucederam e pelo novo Código Civil, ao estabelecer as regras de acolhimento desse instituto e definir os direitos e deveres dos companheiros.

Afirma haver uma crescente rejeição por parte da sociedade atual aos excessos de formalismo, que se concretiza na tendência ao casamento simples, do passado, cabendo ao Estado regulamentar o que existe, a fim de impedir lesões de direito.

PALAVRAS-CHAVE

Concubinato; união estável; novo Código Civil; STF – Súmula n. 380, Súmula n. 382; casamento; Decreto-lei n. 181; *more uxorio*; desquite; separação judicial; adultério.

* Conferência proferida na “II Jornada de Direito Civil”, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, nos dias 24 e 25 de novembro de 2003, no auditório do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em Porto Alegre-RS.

1 ESPÉCIES E CONCEITO DE CONCUBINATO

A classificação primitiva de concubinato puro e impuro¹, anteriormente à Constituição de 5/10/1988, nasceu pela impossibilidade de existir do casamento de fato, a partir do Decreto n. 181, de 1890, que secularizou o casamento, só admitindo, depois dele, o civil.

Pelo casamento de fato, que existiu na antiguidade e especialmente, depois, no Direito Romano (*usus*), e, ainda, nas Ordenações do Reino de Portugal (casamento clandestino ou de fato), bastava a vida em comum *more uxorio* (como marido e mulher), para que existisse o casamento.

Com a criação do casamento civil, quem se separasse judicialmente (à época desquite, hoje separação judicial), não podendo contrair novo matrimônio, constituía novo lar, de fato.

Essa relação concubinária, já que o vínculo matrimonial persistia após a separação, até o advento do divórcio, com a Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, considerei-a pura, porque não-adulterina e nem incestuosa. E continuou existindo, como sempre, o concubinato impuro (adulterino e incestuoso).

O concubinato puro é, portanto, uma união duradoura, sem casamento, entre homem e mulher, constituindo-se a família de fato, sem detrimento da família criada pelo casamento. Como acontece, por exemplo, na união entre solteiros, viúvos, separados judicialmente ou de fato (neste caso, cessam os efeitos decorrentes do casamento). O concubinato, nesse caso, puro, foi denominado de "união estável" pela Constituição Federal de 1988 (art. 226).

2 ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Antes de editada a Constituição Federal de 1988, a jurisprudência negava quaisquer direitos decorrentes da relação concubinária. Depois, passou a conceder indenização à concubina, por serviços domésticos prestados a seu companheiro.

Finalmente, com fundamento, entre outros, no art. 1.363 do Código Civil de 1916 (art. 981 do novo Código), editou-se a Súmula n. 380 do Supremo Tribunal Federal, do teor seguinte: *Comprovada a existência de sociedade de fato entre os*

concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Por ela, considerou-se, de um lado, o concubinato; de outro, a sociedade de fato entre concubinos.

O referido princípio sumulado criou, em nosso direito de família, a "teoria da sociedade de fato", exemplo do ocorrido na jurisprudência francesa.

Desse modo, não bastava a prova da vida concubinária pura, mas a existência de sociedade de fato entre os concubinos, para justificar-se a partilha de seus bens.

O intuito foi mostrar a necessidade de uma participação extraconcubinária na aquisição patrimonial, a título oneroso (não-gratuito). Caso contrário, não haveria de fazer-se essa diferenciação entre sociedade concubinária e de fato, pois esta última pode ocorrer, independentemente de relação familiar, com o somatório de esforços e/ou recursos para a obtenção de fins comuns, numa sociedade civil ou comercial.

Malgrado esse entendimento da necessidade de colaboração da concubina, para o aumento do patrimônio do casal concubinário, com uma visão muito mais econômica do que pessoal, a Constituição Federal de 1988 contribuiu para uma interpretação mais justa nas relações concubinárias.

Assim, o enunciado da Súmula n. 380 do Supremo Tribunal Federal, com a evolução jurisprudencial ocorrida nessa mais alta Corte de Justiça, entendeu como harmonizado com a orientação consagrada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se percebe por julgados deste, desde sua instalação, que se deu por obra do legislador constituinte. Por essa evolução, começou-se a admitir a contribuição indireta para a formação do patrimônio dos concubinos.

Julgou-se, então, reiteradas vezes, no Superior Tribunal de Justiça, que a participação, para a formação do patrimônio comum, não necessita de existir com contribuição em dinheiro, materialmente, mas pode consistir na realização de trabalhos no âmbito doméstico, de cunho eminentemente pessoal.

Nesse ponto, destaca-se decisão do Superior Tribunal de Justiça, de 21/8/90, por sua 3ª Turma, relator o Ministro Cláudio Santos², na qual se reconheceu a *contribuição indireta para a formação do patrimônio do casal* e a *inexistência de dissídio com a Súmula n. 380/STF*, com a conse-

quente partilha de bens entre os concubinos.

Em excelente pesquisa, nesse aludido julgado, quanto ao entendimento de nossa Corte Suprema, aponta o mesmo Ministro Cláudio Santos, em seqüência, que *apenas o Ministro Leitão de Abreu se posicionou favorável à presunção de sociedade de fato, quando provada a vida more uxorio, admitindo, em consequência, o direito à partilha dos bens adquiridos durante o concubinato*³.

Menciona-se, ainda, nesse acórdão sob análise, decisão da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na apelação cível n. 3.600/88, relator o Desembargador Carlos Alberto Menezes Direito, na qual se reconheceu a união estável acolhida, constitucionalmente, como entidade familiar. Provada essa união, *pela longa convivência comum, é cabível a meação dos bens adquiridos na constância desta*.

O Ministro Cláudio Santos, relator desse último citado caso, destaca: *O tema em si, não foi abordado, eis que não conhecido o recurso, porém, em meu voto fiz as seguintes considerações, inclusive, transcrevendo trecho do brilhante voto do relator na instância ordinária: No que tange à contrariedade ao art. 1.363 do Código Civil, a versar sobre a celebração do contrato de sociedade, não demonstrada está a violação, tanto mais que não cogitou a decisão desse tipo de sociedade mas sim dos efeitos da união estável, com a aparência de casamento.* Efetivamente, é a seguinte a fundamentação do acórdão, na lavra do Des. Carlos Alberto Menezes Direito: *É certo que a interpretação construtiva que buscou escólios no art. 1.363 do Código Civil, tende necessariamente a encontrar amparo no fato natural da vida em comum, deslocando-se do cenário meramente econômico.* Como anota Álvaro Villaça Azevedo, *litteris: Mesmo a admitir-se, com a citada Súmula n. 380, que é indispensável o esforço comum dos concubinos nessa formação de seu patrimônio, há de entender-se esse esforço em sentido amplo, pois, nem sempre ele resulta de natureza econômica, podendo implicar estreita colaboração de ordem pessoal, às vezes de muito maior valia*⁴.

Muitos outros julgados surgem sem a exigência do exercício do trabalho remunerado da companheira, ao tempo da aquisição patrimonial pelo companheiro⁵.

Tenha-se presente exemplar acórdão da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 17/12/91, relator o Desembargador Cezar Peluso⁶, no qual se entendeu que, *adquirido patrimônio durante a união estável, sujeita aos princípios jurídicos do direito de família, têm os concubinos, ou ex-concubinos, direito à partilha, ainda que a contribuição de um deles, em geral da mulher, não haja sido direta, ou pecuniária, senão indireta, a qual tanto pode estar na direção educacional dos filhos, no trabalho doméstico, ou em serviços materiais doutra ordem, como na ajuda em termos de afeto, estímulo e amparo psicológico.*

No livro *Do Concubinato ao Casamento de Fato*, defende-se a necessidade de inserir-se o concubinato puro sob proteção da Lei Maior e de admitir-se a presunção de condomínio dos bens adquiridos onerosamente na constância do concubinato pelo esforço dos concubinos, tanto de caráter econômico (material) ou pessoal (imaterial, espiritual).

Ressalte-se o texto do art. 10, proposto em meu esboço de Anteprojeto: *Patrimônio - Os bens móveis e imóveis, adquiridos por um ou por outro ou por ambos os concubinos, na constância do concubinato e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio, e em partes iguais, salvo estipulação contratual escrita, em contrário.*

Com a edição da Lei n. 9.278/96, que instituiu o Estatuto dos Concubinos, minha posição doutrinária ficou consolidada, desaparecendo a razão de ser, em matéria de Direito de Família, de diferenciar entre concubinato puro e sociedade de fato, pois a simples convivência concubinária pura, nos moldes dessa legislação, assegura aos conviventes o direito de propriedade, em igualdade de condições, sobre os bens adquiridos, onerosamente, na constância do concubinato, salvo prova escrita em contrário. Esse é o entendimento do novo Código Civil.

3 ANÁLISE DA LEI N. 8.971/94 (PRIMEIRA REGULAMENTAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL)

Com a edição da Lei n. 8.971, de 29/12/1994, regulou-se o *direito dos companheiros a alimentos e à sucessão.*

O art. 1º dessa lei concedia à companheira ou ao companheiro, na

união estável (concubinato puro), após a convivência de cinco anos ou a existência de prole, o direito a alimentos, nos moldes da Lei n. 5.478, de 25/7/1968, *enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.*

No Esboço de Anteprojeto de "Estatuto dos Concubinos", não fui favorável à concessão de direito a alimentos entre conviventes, a não ser quando contratados, por escrito.

Já existia uma tendência jurisprudencial à concessão desses alimentos, após a edição da Constituição de 1988; talvez, por ela recomen-

Com a edição da Lei n. 9.278/96, (...), minha posição doutrinária ficou consolidada, desaparecendo a razão de ser, em matéria de Direito de Família, de diferenciar entre concubinato puro e sociedade de fato, pois a simples convivência concubinária pura, nos moldes dessa legislação, assegura aos conviventes o direito de propriedade, em igualdade de condições, sobre os bens adquiridos, onerosamente, na constância do concubinato, salvo prova escrita em contrário. Esse é o entendimento do novo Código Civil.

dar, em seu art. 226, § 3º, que a lei facilite a conversão da união estável em casamento.

Desse modo, concedendo direito alimentar aos conviventes, reconheceu a lei sob cogitação os mesmos direitos e deveres, existentes entre cônjuges, constantes da Lei de Alimentos, Lei n. 5.478, de 1968.

Todavia, entre os conviventes, esse direito-dever alimentar surgia, tão-somente, após o decurso do prazo de cinco anos ou o nascimento de filho.

O dispositivo sob análise estabeleceu que o postulante de alimen-

tos comprovasse a necessidade destes; não sendo, portanto, à época, automática a aquisição desse direito alimentar. Estabeleceu, ainda, causa de cessação desse pensionamento, com a constituição, pelo alimentando, de nova união, fosse concubinária ou matrimonial.

Porém, esse art. 1º não mencionava a hipótese de mau comportamento do convivente alimentando, que é prevista, corretamente, pela jurisprudência, como causa de perda da pensão alimentícia. É errado a convivente que se entrega a maus costumes, como a prostituição, por exemplo, receber alimentos de seu companheiro.

Não é justo, também, que o convivente culpado da rescisão do contrato concubinário, escrito ou não, possa pleitear alimentos do inocente.

Ao seu turno, o art. 2º da lei sob comentário cuidava do direito sucessório dos conviventes, nos parâmetros mencionados em seus três incisos. Os dois primeiros reeditavam o preceituado no parágrafo 1º do então vigente art. 1.611 do Código Civil, de 1916, que tratava de iguais direitos, mas do cônjuge viúvo, que era casado sob regime de bens diverso do da comunhão universal (usufruto viudal).

Não é conveniente essa reafirmação, para os conviventes, do aludido direito a usufruto, pois, na prática, ele estorvava o direito dos herdeiros. Melhor seria tornar o convivente sobrevivente herdeiro, adquirindo sua parte na herança concorrendo com os aludidos filhos *loco filiae* ou *loco filii*, conforme o caso (como filha ou filho), como considerou o novo Código Civil, em seu art. 1.790. Assim, por exemplo, a(o) sobrevivente, concorrendo com dois filhos, receberia cota da herança correspondente a um terço, ficando cada qual com o seu, sem o atrapalho do usufruto, gravando direito dos filhos herdeiros.

Nem para os cônjuges, a meu ver, deve existir essa espécie de usufruto, pois cria enorme transtorno no relacionamento dos herdeiros – filhos ou netos, que vêem obstado seu pleno exercício proprietário, pelo usufruto existente em seus bens, em favor de seus pais ou seus avós.

Pelo novo Código Civil, podemos dizer que o usufruto viudal foi substituído, integralmente, pela concessão de parte da herança ao cônjuge sobrevivente, solução de alta praticidade e de justiça. Também o companheiro é acrescentado no texto desse Código. Tudo, conforme

arts. 1.829, incs. I e II, e 1.790, incs. I a IV.

Destaque-se, ainda, quanto ao inc. III do art. 2º da Lei n. 8.971/94, em plena vigência, até o advento do novo Código Civil, no tocante ao direito sucessório, que ele concedia direito ao(à) companheiro(a) sobrevivente sobre a totalidade da herança do falecido, quando este não deixasse descendentes e ascendentes. Atualmente, pelo inc. IV do art. 1.790 do novo Código Civil, o(a) companheiro(a) participará da sucessão do outro, recebendo a totalidade da herança, quando não houver parentes sucessíveis.

Nessa hipótese de sucessão hereditária, entendia que o companheiro ficou com mais direitos do que o cônjuge, pois aquele que, em vida de seu convivente, em caso de rescisão do contrato de união estável, tinha só direito à partilha dos bens adquiridos onerosamente, na constância concubinária, e em igualdade de condições, receberia, salvo disposição em contrário, em caso de sucessão, na qualidade de herdeiro necessário, todos os bens do convivente morto, inclusive os adquiridos a título gratuito, e os adquiridos pelo falecido antes da relação concubinária. Tudo em detrimento dos herdeiros colaterais.

Ante o citado texto do inc. IV do art. 1.790, o(a) companheiro(a) só terá direito à totalidade da herança se o falecido não deixar parentes na linha sucessória, inclusive os herdeiros colaterais.

Por sua vez, o art. 3º da lei sob foco, revogado, em caso de sucessão por morte, concedia ao sobrevivente direito à metade dos bens adquiridos pelos concubinos, quando esse patrimônio resultasse de "atividade em que haja colaboração" daquele. Cuidava-se, nesse caso, portanto, de meação e não de herança.

Todavia, não esclarecendo sobre que espécie de colaboração devesse considerar-se, acabava esse artigo por reeditar o preceituado na Súmula n. 380 do Supremo Tribunal Federal (*Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum*). Por essa mesma Súmula, exige-se a comprovação de sociedade de fato entre os concubinos e a prova da aquisição do seu patrimônio por esforço comum, de natureza econômica.

Ante esse art. 3º, sob comentário, revogado, cogitava-se da suces-

são por morte de concubino, quando existissem herdeiros necessários (descendentes ou ascendentes), situação em que, sobre a aludida herança, teria o concubino sobrevivente direito à metade do que ajudou a adquirir, salvo estipulação escrita, em contrário. Essa ajuda é presumida, quanto aos bens adquiridos onerosamente, na constância da União; pois, como visto, a Súmula n. 380 – STF foi revogada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, e, ainda, se alguma dúvida pairasse, pelo disposto no art. 5º da Lei n. 9.278/96, adiante comentada, embora revogada pelo novo Código Civil, que cuidou inteiramente da matéria sobre união estável.

4 ANÁLISE DA LEI N. 9.278/96 (SEGUNDA REGULAMENTAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL)

A Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, que regulamentava o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, reconhecia, em seu art. 1º, como familiar, como união estável ou concubinária propriamente, a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

Na verdade, o artigo em pauta regulava a união estável ou concubinária, pois a expressão "entidade familiar" é mais ampla, uma vez que o § 4º do art. 226 da Constituição Federal a ela se refere, também, como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Aqui, não existe a presença do casal concubinário.

Para provar isso, no § 3º do citado artigo do texto constitucional, o legislador se refere à união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar.

Essa modificação terminológica ocorreu no projeto do Senado, pois, no da Câmara dos Deputados, como visto, constava a expressão "união estável" (*Considera-se união estável o concubinato more uxório.*)

Fica clarividenciado, ainda, que o comentado art. 1º, sob exame, não reconhecia a união entre o mesmo sexo, como apta a receber a proteção do Estado, como órgão familiar, embora exista projeto nesse sentido da então Deputada Marta Suplicy.

Esse mesmo art. 1º não estabeleceu prazo certo para a existência da união estável, devendo, é óbvio, em cada caso, verificar-se se realmente existia essa espécie de ca-

samento de fato, pela posse recíproca dos concubinos, com intuito de formação do lar, desde que a convivência fosse duradoura, a demonstrar a existência da família.

Além disso, o citado artigo não aludia, expressamente, à união estável pura, ou seja, não-incestuosa e não-adulterina, a qual, inegavelmente, foi objeto de sua regulamentação.

O § 3º do art. 226 da Constituição Federal também não especifica nesse sentido; contudo, ambos os dispositivos legais apontam o objetivo de constituição familiar, o que impede a existência do concubinato impuro (contra o casamento preexistente de um dos concubinos ou em situação incestuosa) ou concubinato desleal (em concorrência com outro concubinato puro).

Desponta nítido o conceito de união estável, traçado nesse art. 1º, como pudemos observar. Por ele, desse modo, a união estável é a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, para a constituição de uma família de fato. Mais completo o conceito do art. 1.723 do novo Código Civil, adiante analisado.

Ao seu turno, o art. 2º dessa mesma lei enumerava os direitos e deveres iguais dos conviventes, tais como o respeito e consideração mútuos (inc. I), a assistência moral e material recíproca (inc. II), a guarda, o sustento e a educação dos filhos comuns (inc. III). Esses deveres, com melhor redação e de modo mais sucinto, apresentam-se no art. 1.724 do novo Código Civil. Os direitos e deveres mencionados nos incs. I e II são recíprocos, demonstrando-se não só no tratamento íntimo dos conviventes, mas também em seu relacionamento social.

Assim, podem ser descumpridos os deveres de respeito e de consideração, quando existe conduta injuriosa grave de um dos conviventes, atingindo a honra ou a imagem do outro, com palavras ofensivas, com gestos indecorosos ou com deslealdade.

Por outro lado, a assistência moral é de suma importância, principalmente na atualidade, quando as pessoas pouco se comunicam no lar, descuidam-se do companheiro, sem diálogo e sem considerá-lo, em verdadeiro estado de abandono moral. É a vida de um convivente, como se o outro não existisse.

Já a assistência material mostra-se no âmbito do patrimônio, dos alimentos entre conviventes, principal-

mente. Nesse passo, a mesquinha-ria, a sovinice, a avareza configuram, certamente, injúria de caráter econômico.

Tanto o dever de assistência material, quanto imaterial, dos companheiros, estão previstos no aludido inc. II do art. 2º sob análise, expressamente. Nenhuma dúvida, portanto, de que devam ser respeitados pelos conviventes, também porque são repetidos no novo Código Civil.

Os direitos e deveres mencionados no inc. III do dispositivo legal em apreço, são dos conviventes em relação a seus filhos comuns. A guarda dos filhos tem a ver com a posse que seus pais, em conjunto ou isoladamente, em caso de sua separação, exercem, em decorrência de seu poder-dever familiar (antigo pátrio poder). O sustento são os alimentos materiais indispensáveis à preservação da subsistência e da saúde, bem como os relativos à indumentária. A educação são os alimentos de natureza espiritual, imaterial, onde incluem-se, o ensinamento escolar, os cuidados com as lições, no aprendizado, no âmbito familiar e de formação moral dos filhos.

O art. 3º, embora vetado, será objeto de análise, com o texto do último projeto de lei da Câmara (n. 1.888-F/91), para melhor entendimento global da lei ora analisada.

Esse artigo referia-se a contrato escrito de que poderiam valer-se os conviventes, para regular seus interesses (direitos e deveres), principalmente de ordem patrimonial. Poderiam estabelecer, por exemplo, regras quanto a seus bens, considerando, como particulares, alguns ou todos os bens adquiridos na constância concubinária, prevendo, de modo genérico, seu destino patrimonial, em condomínio ou em estado de separação parcial ou total.

Malgrado o veto do art. 3º, não estavam obstados os companheiros, como nunca estiveram, e atualmente não estão, de programar o regime de seu patrimônio, como podem os cônjuges, no casamento, pactuar seu regime de bens (pacto antenupcial).

Como a união estável é situação de fato, esse contrato escrito pode ser feito a qualquer tempo, e tal não ocorre com o casamento, em que o pacto é anterior a este e imutável.

O art. 5º da lei em foco admitia, expressamente, a possibilidade de realização de contrato por escrito, entre os companheiros, como faculta o art. 1.725 do novo Código Civil.

Podem os conviventes, livremente, ainda, assegurar, pelo contrato, outros direitos e deveres, entre si e com relação a seus filhos, existentes ou futuros, distintas hipóteses de pensionamento e de seguros; entre outras situações.

Logicamente, e como assentado nesse vetado art. 3º, as normas contratadas não podiam contrariar o preceituado nessa lei emergencial, as normas de ordem pública relativas ao casamento, os bons costumes e os princípios gerais de direito, conforme acontece atualmente.

(...), se os concubinos, ao comprarem um imóvel, por exemplo, quiserem ressaltar direito de um maior do que o do outro, poderão mencionar na escritura pública ou no compromisso particular dessa aquisição percentual diferente, como, exemplificativamente 70% ideal do imóvel para um e 30% para outro. Poderão, também de modo genérico, fazer contrato, programando toda a sua vida econômico-financeira (...).

A presente lei estabelecia certos parâmetros em defesa dos concubinos, para que, em sua liberdade convivencial, não ofendessem direitos um do outro, colocando em risco a estabilidade da família brasileira. Contendo algumas normas de ordem pública, como as relativas ao casamento, não podem ser modificadas pelas partes, sendo cogentes, portanto. As normas dispositivas, ao seu turno, autorizam essas alterações, expressamente, como também as que se apresentam em caráter facultativo. No artigo sob análise, *os conviventes poderão* realizar contratos.

Está implícito que não são eles obrigados à realização dessas contratações convivenciais; pois, na ausência da convenção, a lei assegurava a proteção indispensável, para que se evitassem lesões de direito. E, por força do citado art. 5º da mesma lei, era-lhes permitido realizar contratos, como podem, ainda hoje, ante o art. 1.725 do novo Código Civil.

Vê-se nítida a preocupação do legislador, nesse artigo, de impedir qualquer ofensa às normas reguladoras do casamento civil; porquanto cogentes.

Quanto aos bons costumes e aos princípios gerais de Direito, devem ser eles preservados em qualquer contratação, inclusive e, principalmente, no âmbito do Direito de Família.

Mesmo com o veto desse artigo, repita-se, não estiveram, como não estão atualmente, os conviventes impedidos de realizar contratos de convivência.

O Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, certamente, ao vetá-lo, quis evitar muitas formalidades previstas na legislação, asseverando: *a amplitude que se dá ao contrato de criação da união estável importa admitir um verdadeiro casamento de segundo grau, quando não era esta a intenção do legislador, que pretendia garantir determinados efeitos a posteriori a determinadas situações nas quais tinha havido formação de uma entidade familiar. Acresce que o regime contratual e as precauções contratuais do projeto não mantiveram algumas das condicionantes que constavam no projeto inicial.*

Em verdade, a união estável não é um casamento de segundo grau, ainda que regulado, quanto aos interesses concubinários; é um resquício do casamento de fato, como demonstrado historicamente (sua norma mais próxima, entre nós, é das Ordenações Filipinas).

O contrato é um meio flexível para garantia dos concubinos, nesse mar de incertezas e de injustiças em que navegou nossa doutrina e jurisprudência.

Minha idéia era a de que, mantido o Estatuto dos Concubinos, fosse revogada, expressamente, a Lei n. 8.971, de 29/12/94, que apenas concedeu aos concubinos os mesmos direitos dos cônjuges, ali mencionados.

Quanto ao veto, se tivesse nosso Presidente o intuito de proibir essas contratações, por completo, tê-

lo-ia feito, expressamente. Ao invés, admitia a existência desse contrato escrito, na parte final do *caput* do art. 5º, e de seu § 2º, tal como admitido atualmente no novo Código Civil (art. 1.725).

Não pretendeu, portanto, o Presidente Fernando Henrique Cardoso eliminar a contratação; preocupou-se em não criar uma nova espécie de concubinato, quando assenta: *não se justifica a introdução da união estável contratual nos termos do art. 3º, justificando-se pois o veto em relação ao mesmo e, em decorrência, também, no tocante aos arts. 4º e 6º.*

Em verdade, não se cuidou de criar espécie de concubinato contratual, pois todo ele nasce de um contrato verbal. Não sendo escrito, não tem o alcance de proteção de que muitos concubinos necessitam. O contrato escrito dá a quem quiser e tiver muitos interesses a tranqüilidade em seu relacionamento. Esse contrato já está arraigado no uso social, principalmente quando existe, em jogo, patrimônio de alto valor.

Também o art. 4º foi vetado, à época, sob a mesma mencionada justificativa, merecendo análise, entretanto, o texto do projeto final, referido. Esse artigo cuidava do registro do contrato de convivência no cartório do registro civil de residência de qualquer dos conviventes, com comunicação ao cartório de registro de imóveis, para averbação, caso integrassem a contratação bens imóveis de um ou de ambos os concubinos.

Assentava o dispositivo sob estudo que esse registro poderia ser feito, para que o contrato tivesse validade contra terceiros. Tais contratos poderiam ser registrados para terem eficácia contra terceiros, todavia, têm eles força obrigatória entre os contratantes, independentemente de qualquer registro, como já acontece.

Há mais de vinte anos, elaboro contratos para salvaguarda dos interesses dos meus clientes, tendo as avenças sido reconhecidas em juízo, inclusive para concessão de alimentos. Nessa longa experiência, em que firmavam essas contratações os concubinos e seus parentes e amigos, estes últimos como testemunhas, presenciaram os conviventes a recusa de tais documentos nos registros públicos, sob alegação de que eram "casamento em escritório"; nulos, portanto.

Essas avenças sempre foram válidas, porque, baseadas no art. 1.363 do Código Civil, atualmente art. 981, como contrato de sociedade, em

que os conviventes declaram o somatório dos esforços e/ ou recursos para o fim específico de criar sua família de fato. Também se utilizam das regras do condomínio, quando pretendem que a sociedade conceda direitos patrimoniais, discriminando os percentuais ideais de propriedade que devam existir etc.

Valha, então, o princípio da obrigatoriedade dos contratos, expressamente consagrado no art. 928, do Código Civil de 1916 (*pacta sunt servanda*).

O art. 5º, analisado, mostrava que até o legislador se fez sensível a esse aspecto patrimonial, estabelecendo norma dispositiva no sentido de que, não havendo estipulação em contrato escrito, os bens móveis e imóveis, adquiridos, onerosamente, por um ou por ambos os concubinos, enquanto durar a união estável, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, pertencendo a ambos, em condomínio e em partes iguais. Preceito semelhante, no mesmo sentido, é o constante do art. 1.725 do novo Código Civil.

Desse modo, se os concubinos, ao comprarem um imóvel, por exemplo, quiserem ressaltar direito de um maior do que o do outro, poderão mencionar na escritura pública ou no compromisso particular dessa aquisição percentual diferente, como, exemplificativamente 70% ideal do imóvel para um e 30% para outro. Poderão, também de modo genérico, fazer contrato, programando toda a sua vida econômico-financeira, como possibilitam, expressamente, os citados artigos.

A presunção estabelecida nesses artigos é *iuris tantum* (e não *iuris et de iure*), pois admite prova em contrário. A união pode ser conturbada, de tal sorte, por um dos concubinos, que reste comprovada sua completa ausência de colaboração, como, por exemplo, a vida irresponsável, de má conduta ou de prodigalidade; a de mero companheirismo, na relação aberta; a pautada por vícios de embriaguez, de jogo etc.

Assim, o legislador presume a situação de condomínio natural ou de situação semelhante ao regime de separação de bens, no que couber, nessa aquisição de bens, como regra; todavia, para que ocorram as referidas exceções, deverão ser elas provadas, judicialmente.

O §1º desse mesmo art. 5º estabelecia outra causa de cessação da aludida presunção, a de que sejam os bens adquiridos na constância do

concubinato, com o produto dos bens adquiridos anteriormente a este.

Cuida-se, nesse caso, de subrogação real, ou seja, uma coisa nova substituindo a antiga. Suponhamos, por exemplo, que o bem antigo, anterior à convivência ou de propriedade exclusiva de um dos conviventes, seja vendido por 100 e que o novo seja adquirido por 200; nesse caso, a subrogação será no valor correspondente a 100, tão-somente.

Esse mesmo espírito subsiste com o novo Código Civil.

No § 2º desse art. 5º, estabelecia o legislador outra presunção *iuris tantum*, pois, embora a administração do patrimônio comum dos conviventes fosse atribuída a ambos, poderiam estes dispor, diferentemente, conforme suas conveniências, em contrato escrito. Mais uma vez, nesse ponto, assegurado o direito dos concubinos de regularem seus interesses por contratação escrita, o que pode ocorrer presentemente.

Se um dos conviventes perder a confiança depositada no outro, quanto à administração do patrimônio comum, poderá interpelá-lo, fazendo cessar o fenômeno dessa representação, pedindo prestação de contas.

Embora vetado o art. 6º, entendo conveniente comentá-lo para que se tenha a noção completa do Estatuto dos Concubinos, como existiu entre nós.

Esse art. 6º cuidava da dissolução da união estável, pela vontade das partes, em razão de morte de um dos conviventes, por rescisão ou em razão de denúncia do contrato. Aliás, essas são causas de extinção dos contratos em geral, inclusive do contrato de casamento, regulado no Código Civil, por normas de ordem pública.

Pela primeira hipótese, os conviventes extinguem a união estável, amigavelmente e por escrito, estipulando, nesse acordo, o que for de seu interesse. Trata-se, nesse caso, de resilição bilateral ou distrato, por escrito, mediante transação (acordo), para extinguir a relação concubinária, sem quebra dos preceitos legais. Esse acordo escrito é possível, mesmo sem contrato escrito de concubinato (§1º). Essa situação existe independentemente de lei.

Exigia o vetado art. 6º, sob análise, que, se os conviventes tivessem firmado contrato escrito de convivência e averbado em cartório, qualquer dos concubinos deveria requerer a averbação do acordo dissolutório da união estável (§ 2º).

Sem essa exigência, o contrato e o distrato que forem firmados, atualmente, não necessitam constar de registro público. Essa falta de registro, para valer contra terceiros, produz clima de insegurança nos negócios, de alto risco para a sociedade. Sim, porque, por exemplo, se um companheiro vende um bem imóvel do patrimônio concubinário, sem a assinatura de sua consorte, ficará esta prejudicada, caso o terceiro adquira, esteja de boa fé. Supondo-se que esse imóvel esteja registrado em nome do vendedor, tão-somente.

Desse modo, se houvesse, nesse registro imobiliário a averbação do contrato concubinário ou de declaração do estado convivencial, o terceiro adquirente não poderia alegar boa-fé.

A lei poderá, de futuro, mencionar, ainda, a necessidade de que os companheiros, sempre em negociações com bens cadastrados, declarem, em conjunto ou isoladamente, seu estado concubinário, sob pena de cometimento de crime (de omissão ou de falsas declarações).

No § 3º, seguinte, cuidava-se da rescisão, em caso de ruptura da união estável por violação dos deveres constantes dessa lei e do contrato escrito, se existir. Em tal caso, tem-se em mira o inadimplemento culposo da regra legal ou contratada. Não há falar-se em rescisão, sem que exista culpa do que a provocou.

A ausência desse parágrafo, assim, em nada altera a situação presente, pois os deveres dos concubinos estão retratados na lei, ou poderão constar, também, com outros, do contrato escrito.

Havendo descumprimento culposo dos deveres, estará acarretada a ruptura da contratação, escrita ou verbal.

Por outro lado, declarava o § 4º, vetado, que a denúncia do contrato concubinário, escrito ou verbal, ocorria pela simples separação de fato dos conviventes. Tal pode, ainda, acontecer, quando, sem culpa de qualquer deles, ocorrer dita "separação", pois a denúncia é a rescisão unilateral, autorizada pela lei ou pelo contrato, em que a parte exerce o direito de extinguir o contrato, exercício de direito esse que não se coaduna com a idéia de culpa. Nesse caso, a denúncia ou rescisão unilateral é imotivada, vazia, pelo simples fato da separação, sem qualquer cometimento ilícito, que possa ter dado causa à rescisão desse contrato.

Sem esse dispositivo legal, haverá de perquirir-se se a separação ocorreu por abandono injustificado do companheiro, o que configura quebra de dever assistencial, previsto no inc. II, do art. 2º, da analisada lei, bem como do atual art. 1.724 do novo Código, ou se o abandono foi justificado ou a deixa do casal concubinário foi consentida, situações em que, ausente de culpa, não existirá ato ilícito.

O art. 7º tratava de prestação de assistência material, de caráter alimentar, em caso de rescisão contratual, a ser paga pelo concubino culpado ao inocente, quando este

A união estável, reconhecida como entidade familiar, é entre homem e mulher, não comportando convivência homossexual, principalmente pela conceituação constitucional. (...)

A união estável nasce com o afeto entre os companheiros, constituindo sua família, sem prazo certo para existir ou para terminar. Em cada caso concreto, deverá o juiz perceber se houve, realmente, ou não, duração suficiente para a existência da união estável.

necessitasse do pensionamento. Os alimentos regulam-se, atualmente, pelos arts. 1.694 e seguintes do novo Código.

Entretanto, se a união estável fosse dissolvida por morte de um dos conviventes (parágrafo único), o sobrevivente teria direito real de habitação do imóvel destinado à residência da família, enquanto vivesse ou não constituísse nova união ou casamento. O novo Código Civil, em seu art. 1.831, assegura direito real de habitação, referindo-se tão-somente ao cônjuge sobrevivente.

O direito real de habitação consiste na utilização gratuita de imóvel alheio. O titular desse direito deverá residir, com sua família, nesse imóvel, não podendo alugá-lo, emprestá-lo. Isso se depreende do art. 1.414 do novo Código Civil (art. 746 do Código anterior).

Esse direito era concedido ao concubino sobrevivente, condicionalmente, sob termo ou condição resolutivos. O direito existirá, enquanto viver o titular (termo resolutivo, sempre certo; a morte ocorrerá, mas não se sabe quando) e enquanto não concubinar-se ou não se casar (condição resolutiva, *ex lege* – o evento é futuro e incerto, pois poderá ou não ocorrer novo concubinato ou novo casamento).

Como era de esperar-se, o art. 9º eliminava a possibilidade de que as causas relativas ao concubinato fossem da competência das varas comuns. Esse artigo fixou a competência das varas de família, para tratamento das questões concubinárias, assegurando o segredo de justiça.

Com isso, acrescentava-se ao inc. II, do art. 155, do Código de Processo Civil mais essa hipótese legal de admissão de segredo de justiça. A redação do art. 155 e de seu inc. II existe como determinada pela Lei n. 6.515, de 26/12/1977 (Lei do Divórcio), no seguinte teor: *Art. 155 - Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos:... II - que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores e matéria relativa à união estável* (conforme Lei n. 9.278/96, art. 9º). Atualmente, encontra-se revogado esse último citado art. 9º.

Destaque-se, nesse passo, que, por esse artigo, resgatara-se o dever do Estado brasileiro de assegurar ao concubinato puro ou união estável, a natureza familiar do instituto, sempre considerada, e a caracterização de casamento de fato, até o Decreto n. 181, de 1890. Desse modo, o legislador respeitou as tradições da família brasileira.

Todavia, a matéria relativa à união estável é assegurada pela Constituição como forma de constituição de família, regulamentada no novo Código Civil como instituto próprio desse ramo do Direito Civil.

É recomendável que se continue a existir o segredo de justiça nas relações de união estável e concubinárias, dada a natureza íntima que a

matéria encerra. O juiz poderá decretar esse segredo, a qualquer tempo.

Poderá, agora, com maior segurança, um concubino pleitear contra o outro medida cautelar de separação de corpos, que vinha sendo admitida, com alguma relutância, pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, o casamento, que, atualmente, realizar-se só perante a autoridade religiosa (católica, protestante ou judaica, por exemplo), considerado concubinato puro ou união estável, se não for registrado, com os procedimentos da habilitação ao casamento civil, terá a mesma proteção, concedida pela lei sob comentário, e pelo atual Código Civil.

5 UNIÃO ESTÁVEL NO NOVO CÓDIGO CIVIL⁸

5.1 CONCEITO

O conceito de união estável trata-se no art. 1.723 do novo Código sendo o mesmo do já mencionado art. 1º da Lei n. 9.278, de 1996, com os seus elementos essenciais.

A união estável, reconhecida como entidade familiar, é entre homem e mulher, não comportando convivência homossexual, principalmente pela conceituação constitucional.

Outro elemento conceitual é a convivência pública, contínua e duradoura entre os companheiros, devendo a união estável, como um fato social, ser evidenciada publicamente, tal como acontece com o casamento, no qual os parceiros são conhecidos no local em que vivem, nos meios sociais, principalmente de sua comunidade, junto aos fornecedores de produtos e serviços, apresentando-se, enfim, como se casados fossem. Diz o povo, em sua linguagem autêntica, que só lhes falta o papel passado.

Essa convivência, como no casamento, existe com continuidade; os companheiros não só se visitam, mas vivem juntos, participam um da vida do outro, sem termo marcado para separarem-se.

Quanto ao prazo para início da eficácia da união estável, voltou o legislador do novo Código Civil a preferir não fixá-lo, dizendo que essa união existe quando duradoura.

No Projeto do novo Código Civil, n. 118, já com a redação final de 1997, dada pelo Senado Federal, voltara a exigência, no seu art. 1.735, da duração da convivência dos companheiros para mais de cinco anos consecutivos, reduzindo-se o prazo a três anos, havendo filho comum

(§ 1º); devendo ainda a coabitação existir sob o mesmo teto. Nesse caso, se editado tal entendimento, teria sido revogada a Súmula n. 382 do Supremo Tribunal Federal, que admite os companheiros viverem sob tetos distintos.

Quanto ao referido prazo de cinco anos, existe inconveniente, por exemplo, se já estiverem os companheiros decididos a viver juntos, com prova inequívoca (casamento religioso, por exemplo), e qualquer deles adquirir patrimônio, onerosamente, antes do complemento desse prazo. Por outro lado, pode haver início da união já com filho comum!

O Decreto n. 181, de 1890, ao criar o casamento civil, no Direito brasileiro, como único modo de constituição da então "família legítima", tornou ineficazes, ante o reconhecimento do Estado brasileiro, as três formas de constituição de família que constavam nas Ordenações Filipinas (de 1603): o casamento religioso, o casamento por escritura, com duas testemunhas, e o casamento de fato ou clandestino. Este, sendo casamento, à época (atualmente é união estável), que sempre existiu desde a antiguidade, constituía-se pela simples convivência duradoura (... *per tanto tempo*...). Assim, as referidas Ordenações não mencionaram prazo certo para esse casamento de fato, atualmente união estável.

A união estável nasce com o afeto entre os companheiros, constituindo sua família, sem prazo certo para existir ou para terminar. Em cada caso concreto, deverá o juiz perceber se houve, realmente, ou não, duração suficiente para a existência da união estável.

Todavia, no intuito de constituição de família está o fundamento da união estável. Esse estado de espírito de viver no lar pode não existir, por exemplo, no relacionamento, que objetiva, além da companhia esporádica, relações sexuais ou sociais, com ampla liberdade de que tenham outras convivências os parceiros, não encarando os afazeres domésticos com seriedade. Nessa situação pode um casal viver mais de dez anos, sem que se vislumbre união estável. Os tribunais chamam esse estado de "mero companheirismo", de "união aberta" ou de "relação aberta".

Quanto à necessidade de dizer-se que a convivência existe como se "casados fossem" os companheiros, nada há de acrescentar a essa idéia do *more uxorio*; todavia ela está contida na expressão "convivência

pública, contínua e duradoura", com o objetivo de constituição de família (modo mais moderno de dizer-se dessa relação familiar, um homem e uma mulher, convivendo, seriamente, em família por eles constituída). A convivência sob o mesmo teto é, às vezes, evitada para que não se causem traumas em filhos, isso acontece até no casamento, principalmente, em segundas núpcias, em que os filhos do casamento anterior não querem aceitar um novo pai ou uma nova mãe. A Súmula n. 382 do Supremo Tribunal Federal pode até aplicar-se, analogicamente. Ela admite, na união estável, que os companheiros vivam sob tetos diversos.

A convivência pública não quer dizer que não seja familiar, íntima, mas sim de que todos têm conhecimento, pois o casal vive, também, com relacionamento social, apresentando-se como marido e mulher. Ademais, considera-se que as pessoas impedidas de casarem-se não podem viver em união estável, a não ser que separadas de seu cônjuge, judicialmente ou de fato.

A própria Lei do Divórcio, de 26/12/1977, já atestava, no §1º de seu art. 5º, a possibilidade de ruptura da sociedade conjugal, pela separação de fato do casal prolongada por mais de cinco anos consecutivos, com impossibilidade de sua reconstituição. Esse prazo de cinco foi reduzido para um ano, pela Lei n. 8.408, de 13/2/1992.

Por seu turno, a Constituição Federal de 1988 possibilita, pelo § 6º do art. 226, a dissolução do casamento civil, após prévia separação judicial por mais de um ano, nos casos expressos em lei, ou após comprovada separação de fato por mais de dois anos (divórcio direto).

5.2 DEVERES ENTRE OS COMPANHEIROS

Os deveres nas relações pessoais entre companheiros são: lealdade, respeito e assistência, bem como, quanto aos filhos, sua guarda, sustento e educação, previstos no art. 1.724 do novo Código.

O descumprimento do dever de lealdade provoca injúria grave; paralelamente à deslealdade, está, no casamento, o adultério, que implica a quebra do direito-dever de fidelidade.

É certo não existir adultério entre companheiros; todavia, devem ser eles leais. A lealdade é gênero de que a fidelidade é espécie; aquela figura no âmbito genérico da con-

duta dos casais, tanto que, muitas vezes, entre cônjuges, não se confiurando o adultério, de difícil prova, o mau comportamento de um deles, ainda que faça presumir, às vezes, adultério, já, por si, caracteriza-se como injurioso, apto a autorizar a dissolução da sociedade matrimonial, quando, por esse ato, torna-se, ao inocente, insuportável a vida no lar conjugal.

Também a deslealdade entre os parceiros, quando um deles mantém relação sexual ou, simplesmente, namora ou mantém relações íntimas com terceiro, pode causar repulsa de tal ordem, que torne insuportável a convivência ao companheiro inocente.

No tocante ao direito-dever de respeito entre os conviventes, é ele descumprido, quando existe conduta injuriosa grave de um dos companheiros, atingindo a honra ou a imagem do outro, com palavras ofensivas, com gestos indecorosos ou com deslealdade.

É também de suma importância o dever de assistência moral, principalmente na atualidade, em que as pessoas pouco se comunicam no lar, descuidando-se do companheiro, sem diálogo e sem considerá-lo, em estado de abandono moral. É como se um dos conviventes não existisse. Os companheiros devem manter clima de solidariedade, nos bons e nos maus momentos de sua convivência.

Já a assistência material mostra-se no âmbito do patrimônio, dos alimentos entre conviventes, principalmente. Nesse passo, a mesquinha, a sovínice, a avareza configuram, certamente, injúria de caráter econômico.

Tanto o dever de assistência material quanto imaterial dos companheiros estão previstos na palavra "assistência" do art. 1.724, sob cogitação. Nenhuma dúvida, portanto, de que devam ser respeitados pelos conviventes.

Os direitos e deveres por último mencionados são dos conviventes em relação a seus filhos comuns. A guarda dos filhos tem que ver com a posse que seus pais, em conjunto ou isoladamente, em caso de sua separação, exercem, em decorrência de seu poder-dever familiar (pátrio poder). O sustento são os alimentos materiais indispensáveis à preservação da subsistência e da saúde, bem como os relativos à indumentária. A educação são os alimentos de natureza espiritual, imaterial, incluindo não

só o ensinamento escolar, como os cuidados com as lições, no aprendizado, no âmbito familiar e de formação moral dos filhos.

5.3 REGIME PATRIMONIAL DE BENS

O art. 1.725 do novo Código Civil, procurando evitar o texto do art. 5º da Lei n. 9.278/96, muito mais rico em hipóteses, e úteis, e mais consentâneo com a realidade, adotou, em tese, o mesmo pensamento do *caput* do aludido art. 5º, com exagerada dose de atecnia.

O maior perigo está na alienação unilateral de um bem, por um dos companheiros, ilaqueando a boa-fé do terceiro, em prejuízo da cota ideal do outro companheiro, omitindo ou falsamente declarando seu estado concubinário. Nesse caso, o companheiro faltoso poderá estar, conforme a situação, se o bem for do casal, alienando, a *non domino*, a parte pertencente ao outro, inocente. Esse ato ilícito leva o faltoso, também, no âmbito civil, à necessidade de compor as perdas e danos sofridos pelo parceiro inocente.

Após a edição das leis sobre união estável, Leis n. 8.971/1994 e 9.278/1996, o Ministério da Justiça, pelo então Ministro Nelson Jobim, fez publicar, no Diário Oficial de 2/10/1996, o Anteprojeto de Lei sobre o Estatuto da União Estável, também com o propósito de regular o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

Nasceu esse Anteprojeto em razão dos vetos apresentados pelo Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, quando da sanção da Lei n. 9.278/96.

A posição desse Projeto do Governo, explica o então Ministro Nelson Jobim, na exposição de Motivos, tinha em mira harmonizar os textos das leis anteriores, já citadas, de 1994 e de 1996, com a seguinte justificativa: *Na realidade, não obstante as inegáveis qualidades dos projetos de lei que se transformaram na legislação atualmente vigente e, em particular, dos estudos do saudoso Senador Nelson Carneiro e do Professor Álvaro Villaça, a aprovação sucessiva dos dois textos legislativos criou insegurança jurídica para a sociedade brasileira, que se refletiu não somente nos meios jurídicos, mas também em todos os órgãos da imprensa.*

Em verdade, a crise, se existiu, veio em razão dos vetos na Lei n. 9.278/96, que truncaram aquele texto, retirando-se-lhe partes importantes.

No afã de aproximar o instituto da união estável ao do casamento civil, como se fosse aquela um casamento de segundo grau, inseriu o pré-legislador do aludido Projeto de Governo um capítulo sobre regime de bens na união concubinária pura.

Parte dessa idéia passou para o novo Código Civil, quando este se refere, pelo art. 1.725, à aplicação, *no que couber, do regime da comunhão parcial de bens.*

Embora não se tenha, no novo Código Civil, utilizado todo o capítulo sobre regime de bens, previsto naquele Projeto do Governo, constou essa utilização analógica do regime da comunhão parcial de bens, completamente destoante da situação de fato, em que vivem os companheiros.

Mesmo com o texto atual do art. 1.725 do novo Código Civil, está presente nele o art. 5º da Lei n. 9.278/96. Aliás, este mostra que o legislador se fez sensível ao aspecto patrimonial na união estável, estabelecendo norma dispositiva no sentido de que, não havendo estipulação em contrato escrito, os bens móveis e imóveis adquiridos, onerosamente, por um ou por ambos os companheiros, no período em que durar a união estável, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, pertencendo a ambos, em condomínio e em partes iguais.

Esse o espírito da nova legislação, em que está presente o primitivo esboço, de meu anteprojeto, elaborado um ano e meio antes da Constituição de 1988.

Assim ao analisar o aludido art. 5º, da Lei de 1996, se os concubinos, ao comprarem um imóvel, por exem-

plo, quiserem ressaltar direito de um maior do que o do outro, poderão mencionar na escritura pública ou no compromisso particular, dessa aquisição, percentual diferente, como, exemplificativamente, 70% ideal do imóvel para um e 30% para outro. Poderão, também de modo genérico, fazer contrato, programando toda a sua vida econômico-financeira, como possibilita, expressamente, esse artigo.

Já com a adoção do regime de comunhão parcial de bens, na união estável, salvo estipulação contrária, será permitida a utilização de outro regime patrimonial pelos companheiros, por menção no termo de aquisição, por documento à parte, seja, por exemplo, uma carta, uma declaração ou uma cláusula do contrato de convivência.

Ao aproveitar o modelo da comunhão parcial, *no que couber*, como mencionado no art. 1.725 do novo Código, acaba o texto voltando ao regime previsto no art. 5º da Lei de 1996, relativo a condomínio. É o único que atende à possibilidade de constante mutação no patrimônio dos companheiros, inclusive prevendo a possibilidade de alienação judicial para extinção do condomínio, impossível em qualquer regime de bens onde exista comunhão, regulada pelo Código Civil (condomínio de "mãos juntas"), que deve manter-se enquanto durar o casamento, ou enquanto os cônjuges de comum acordo não resolverem alienar o bem afetado.

Mesmo se equivocarem-se os companheiros, na aquisição de quaisquer bens, a título oneroso, a regra do art. 1.725 do novo Código Civil é dispositiva, podendo ser alterado, a qualquer tempo, o negócio por contrato escrito entre os adquirentes, modificando, por exemplo, os percentuais ou cotas condominiais entre eles existentes.

O mesmo contrato escrito pode ser utilizado pelos companheiros, para regularem outras situações não-patrimoniais, relativas à sua convivência.

O art. 1.725, portanto, admite, expressamente, a possibilidade de realização de contrato, por escrito, entre os companheiros.

5.4 RELAÇÕES COM TERCEIROS

Sugeriu-se a inclusão de um parágrafo único no art. 1.725, correspondente ao art. 5º do Anteprojeto de Lei do Governo, que pretendia unificar as Leis n. 8.971/94 e 9.278/96, inserido em seu item "Relações com Ter-

ceiros", do teor seguinte: *Parágrafo único. Nos instrumentos que vierem a firmar com terceiros, os companheiros deverão mencionar a existência da união estável e a titularidade do bem objeto de negociação. Não o fazendo, ou sendo falsas as declarações, serão preservados os interesses dos terceiros de boa-fé, resolvendo-se os eventuais prejuízos em perdas e danos entre os companheiros e aplicando-se as sanções penais cabíveis.*

Em havendo omissão ou se forem falsas essas declarações, serão preservados os interesses dos terceiros de boa-fé, resolvendo-se os eventuais prejuízos em perdas e danos dos companheiros, aplicando-se as sanções penais cabíveis, completa o citado art. 5º do referido Projeto.

É possível que não exista boa-fé do terceiro; por exemplo, no caso de negociar com um dos companheiros, sabendo de sua situação familiar convivencial.

Por outro lado, se o casal concubinário comparece ao negócio de alienação, não haverá prejuízo ao terceiro, embora não declinem sua condição de companheiros. E, nada dizendo, seus direitos e deveres são considerados iguais.

O maior perigo está na alienação unilateral de um bem, por um dos companheiros, ilaqueando a boa-fé do terceiro, em prejuízo da cota ideal do outro companheiro, omitindo ou falsamente declarando seu estado concubinário. Nesse caso, o companheiro faltoso poderá estar, conforme a situação, se o bem for do casal, alienando, a *non domino*, a parte pertencente ao outro, inocente. Esse ato ilícito leva o faltoso, também, no âmbito civil, à necessidade de compor as perdas e danos sofridos pelo parceiro inocente.

Tudo, com a aplicação das sanções penais cabíveis. Aliás, o pré-legislador poderia ter referido, expressamente, o art. 299 do Código Penal, que tipifica o crime de falsidade ideológica, consistente em omitir, em documento público ou particular, declaração que dele deveria constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que deveria ser escrita; tudo com a finalidade de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

A omissão ou inserção tratada no dispositivo penal citado deve ser dolosa, com o intuito de prejudicar, causar dano. Nessa ação ou omissão está presente a intenção

fraudulenta de realização de um ato contrário à lei.

Enquanto não surge esse salutar preceito, recomenda-se, a quem negociar com pessoas, que não se declarem companheiros ou conviventes, a providência de exigir, expressamente, do contratante alienante, a menção, no documento de alienação, de seu estado familiar, sob pena de cometimento de ilícito penal, por falsas declarações ou por afirmações que não correspondam à verdade; além da responsabilidade civil pelos prejuízos decorrentes dessa ilicitude.

5.5 CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO

O art. 1.726 do novo Código Civil, como acontecia com o art. 8º da Lei n. 9.278/96, atende à exigência constitucional contida no § 3º do art. 226, que determina que o legislador tudo fará para facilitar a conversão da união estável em casamento. Esse artigo, no entanto, facilita menos tal conversão do que o art. 8º da Lei n. 9.278/96, pois as partes devem requerê-la ao juiz de direito. Isso porque é impossível adaptar o fato da união ao registro direto.

Todavia, quando da solicitação desse requerimento, certamente, referido oficial deveria abrir processo de habilitação para o casamento, com o cumprimento de todas as regras relativas ao casamento civil, porquanto a união estável não possui regras procedimentais para sua constituição. O concubinato puro constitui-se pelo próprio fato da convivência, com o intuito de criação de família.

Caso contrário, restaria frustrada a figura do casamento civil, com todos seus rigores; praticamente, bastaria viver o casal em concubinato puro, algum tempo, sem qualquer formalidade, convertendo essa união de fato, também sem qualquer formalidade, em casamento civil. Aquele (concubinato) seria um caminho simplificado a este (casamento civil).

Todavia, cessou a competência do Oficial do Registro Civil, em face do art. 1.726, pois os companheiros não mais devem requerer, perante ele, como preconizava o art. 8º da Lei de 1996. Pelo novo Código Civil, esse requerimento será feito pelos companheiros, perante o juiz, que decidirá sobre a conversão de sua união estável em casamento, examinando as circunstâncias do caso concreto. Se houver deferimento judicial, será feito o conseqüente assento no registro civil. Nessa situação, a de-

terminação da lavratura desse assentamento estará a dispensar o processo de habilitação para o casamento. Isso, sem muita facilitação, porque a matéria estará sob os cuidados do Poder Judiciário, o qual tomará todas as cautelas para evitar eventuais simulações.

Tanto no sistema anterior (do art. 8º da Lei de 1996) como no atual, do novo Código Civil (art. 1.726), os incômodos são tamanhos seja com a tramitação do processo de habilitação ou com o aguardo da decisão judicial, que mais fácil seria aos companheiros submeter-se ao processo de habilitação, não para conversão de sua união estável em casamento (hoje não mais possível), mas para casar-se.

A conversão automática é impossível, pois jamais poderia a lei mencionar que quem vive em união estável, por tanto tempo ou diante de certas circunstâncias, seja casado. Ninguém pode ser obrigado a casar-se, mormente por determinação legal ou judicial.

À época do casamento de fato, ao contrário, cuidava-se de algo institucional, ligado às tradições dos povos, antes do Decreto n. 181, de 1890, que cancelou essa situação histórica.

Por esse decreto, por imposição de quase quatro mil anos, quem viesse como marido e mulher, duradouramente (*per tanto tempo*), estava casado (casamento de fato).

5.6 CONCUBINATO

O art. 1.727 do novo Código Civil refere-se, separadamente dos demais artigos, a concubinato, mostrando que, neste, existe cometimento de adultério quando há o relacionamento de um homem ou uma mulher casados, com quem não é seu cônjuge.

Esse artigo trata do concubinato impuro ou adúltero, já que as pessoas impedidas de casar-se, por estarem separadas judicialmente ou de fato (mas não divorciadas), estão excluídas dessa situação concubitária impura, não tendo qualquer relacionamento coabitacional com seu cônjuge.

O art. 1.723 do novo Código Civil reza, em seu § 1º, que à união estável não se aplica a incidência do inc. VI, *no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente*; e, em seu § 2º, que as causas suspensivas do art. 1.523 *não impedirão a caracterização da união estável*.

Mesmo assim, estarão vivendo em concubinato, se for o caso, as pessoas que apresentem os impedimentos do art. 1.521, porque só não incide o inc. VI nos apontados casos de separação judicial ou de fato.

Situação que se questiona é a do casamento de colaterais de terceiro grau (tio com sobrinha e vice-versa), proibida no inc. IV do mesmo art. 1.521.

Fiz, no Seminário na Câmara dos Deputados, em 4/6/2002, sugestão para futura modificação do inc. IV desse art. 1.521, para que conste, em sua parte final, que os colaterais estarão impedidos de casar-se, não até o terceiro, mas até o segundo grau, sob a seguinte justificativa: *Com esse impedimento atingindo os colaterais, até o terceiro grau, estariam impedidos de casar-se tios com sobrinhas e vice-versa. O Decreto-lei n. 3.200, de 19-04-1941, que possibilita o casamento de colaterais do terceiro grau (arts. 1º, 2º e 3º), ficará revogado nesse ponto, o que poderá criar um conflito com as pessoas que se casaram por essa regra. Esses casamentos vêm sendo admitidos desde o advento desse Decreto-lei, pacificamente.*

6 CONCLUSÃO

Em meu artigo, no número 4 da *Revista Literária de Direito*, entendi que deveria voltar a existir o casamento religioso, só com celebração religiosa, ao lado do casamento civil, com os formalismos abrandados, inclusive no tocante à separação e ao divórcio. Assim, com maior ou menor liberdade, teríamos o casamento sob todos os seus aspectos históricos-existenciais mais importantes.

A sociedade moderna está repelindo os excessos de formalismo, com tendência ao casamento simples, do passado.

O casamento, na antiguidade, sempre mostrou-se pela celebração religiosa ou das próprias partes interessadas, sem participação do Estado. Assim, a celebração religiosa deve ter autonomia e ser reconhecida pelo Estado, por si só, independentemente de registro civil.

Ao lado desse casamento religioso, sempre houve o casamento de fato, que corresponde ao casamento clandestino ou de "conhuçudos", pela simples convivência como marido e mulher, que chegou até nós pelas Ordenações do Reino, até a edição do Decreto n. 181, de 1890, que criou os rigores de forma, hoje existentes, instituindo, há pouco mais de cem

anos, o casamento civil. Antes, tudo era natural em matéria de casamento, como sempre foi no passado.

Desse modo, pelas mesmas Ordenações existiam o casamento religioso, o clandestino (pela convivência, que corresponde ao concubinato puro, hoje união estável) e o por escritura pública, com duas testemunhas.

A par dessas formas de constituição, existia o concubinato impuro (incestuoso ou adúltero), sempre condenado. Daí, o sentido pejorativo da palavra "concubinato", que se apagou, paulatinamente, entre nós, como uma reconquista, pelo nosso povo, do antigo casamento de fato.

O casamento civil, imposto pelo Estado, em 1890, aniquilou todas as aludidas formas naturais de constituição de família, que, há aproximadamente 3.000 anos, vinham sendo praticadas.

A Constituição Federal, de 1988, abriu caminho à livre escolha popular de seu modo de convivência familiar, exemplificou as formas a serem escolhidas e resgatou a figura do casamento de fato, pelo reconhecimento da união estável.

Embora existam modalidades matrimoniais, mencionadas na lei, pelo Estado, não pode este impedir que a sociedade se utilize das formas tradicionais de constituição familiar.

O Poder maior é do povo. O Estado deve regulamentar o que existe, impedindo lesões de direito.

Nesse clima saudável da nova Constituição Federal, regulamentou-se o Estatuto dos Concubinos pela comentada legislação, fazendo justiça ao nosso povo, desnorteado, em um clima de liberdade selvagem, sem responsabilidades, que vinham sendo sanadas, com muito esforço, pelos nossos Tribunais. Agora, o novo Código Civil sedimenta a matéria, com regras de acolhimento do instituto da união estável, que conseguiu seu lugar máximo de proteção.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Do concubinato ao casamento de fato*. 2. ed. Belém: Cejup, 1987.
- 2 Boletim da AASP 1766, 1992. p. 407-414.
- 3 Revista dos Tribunais 540/219.
- 4 AZEVEDO, *op. cit.*, p. 80.
- 5 REsp 361-RJ, DJ de 30/10/1989, 4ª T., Rel. Ministro Fontes de Alencar.
- 6 Boletim da AASP 1765, 1992. p. 396.
- 7 AZEVEDO, *op. cit.*, p. 27.
- 8 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva. v. 19. p. 250-285.

ABSTRACT

The author adduces that the civil marriage, created by the Law n. 181, of 1890, turned ineffective, before the Brazilian State, the natural ways of family constitution, which, for approximately 3,000 years, had been practiced, as the common law marriage, or pure concubinage (nowadays designated "stable matrimonial union").

He demonstrates that the stable matrimonial union was acknowledged only with the arising from the Brazilian Constitution of 1988, since before its edition, however, the jurisprudence denied any rights resulting from the concubinage. Later, there was a jurisprudential evolution in that sense, with the regulation of the stable matrimonial union, not only by means of several laws which have followed, but also by means of the New Civil Code, as it established the rules of receptivity to this institute and defined the companions' rights and duties.

He affirms that there is an increasing rejection by the present society in relation to the excesses of formalism, made real by the tendency towards the simple marriage of the past, and that it is up to the State to regulate what exists, in order to avoid violation of law.

KEYWORDS – Concubinage; stable matrimonial union; new Brazilian Civil Code; Supreme Court (*STF*) – Abridgment of law n. 380, Abridgment of law n. 382; marriage; Executive law n. 181; *more uxorio*; judicial separation; judicial separation; adultery.

Álvaro Villaça Azevedo é Doutor em Direito, Professor na USP; Professor da Universidade Mackenzie, em São Paulo; Professor e Diretor da Faculdade de Direito da Fundação Armando Alvares Penteado – FAAP, em São Paulo.