

DOMINGOS FRANCIULLI NETTO
GILMAR FERREIRA MENDES
IVES GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO
Coordenadores

O NOVO CÓDIGO CIVIL

Homenagem ao
Professor Miguel Reale

2ª edição



Decálogo

LIVRARIA E EDITORA

decalogo@mandamentos.com.br
(31) 3226 7717-3274 2559
Rua Espírito Santo, 1.025-Loja-H-BH-MG
Temos um advogado junto ao Pai, Jesus Cristo, o Justo. (1Jo2:1)

DA UNIÃO ESTÁVEL NO NOVO CÓDIGO CIVIL

Carlos Alberto Menezes Direito ()*

1. Ao lado da responsabilidade civil, sem dúvida, a família tem merecido uma incessante atividade legislativa, refletindo, necessariamente, a cultura da sociedade. Não há instituição, por mais que se queira conservadora, que tenha exigido dos legisladores um tratamento de constante trânsito para permitir que sejam atualizados os seus institutos, a começar do próprio conceito de entidade familiar. Tenho sempre a sensação, quando cuido dos problemas relativos ao Direito de Família, que a realidade não pode ser alcançada na sua totalidade pela disciplina normativa. São tão variadas as situações, os cenários, tão diversificadas as circunstâncias concretas, que não há como confiná-las aos termos puros do direito positivo. Existe sempre uma larga margem de interpretação, de interpretação construtiva, capaz de desafiar os muitos confins das relações familiares, na exuberância dos conflitos exacerbados pelo conteúdo sentimental, pela paixão, pela carga emotiva que tolda, com freqüência, a capacidade dos envolvidos de enxergar com razoabilidade a melhor solução a ser adotada. O amor que cega quando vivo, cega, também, quando morto, substituído pelo rancor, pela mágoa acumulada, pela frustração, pelo sentimento de perda, sobretudo, pela enraizada noção de culpa, no sentido utilizado pela cristandade ocidental.

Quando se trata de direito de família, tenho a lembrança daquele ensaio de *Montaigne* sobre o arrependimento. O grande ensaísta do século XVI escreveu que o “*mundo não é mais que um perene movimento. Nem todas as coisas se movem sem cessar; a terra, os rochedos do Cáucaso, as pirâmides do Egito, e tanto com o movimento geral como com o seu particular. A própria constância não é outra coisa senão um movimento lânguido. Não consigo fixar meu objeto. Ele vai confuso e cambaleante, com uma embriaguez natural. Tomo-o nesse ponto, como ele é, no instante em que dele me ocupo. Não retrato o ser. Retrato a passagem; não a passagem de uma idade para outra ou, como diz o povo, de sete em sete anos,*

(*) Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Professor Titular da PUC — RJ.

mas de dia para dia, de minuto para minuto. É preciso ajustar minha história ao momento. Daqui a pouco poderei mudar, não apenas de fortuna, mas também de intenção. Este é um registro de acontecimentos diversos e mutáveis e de pensamentos indecisos e, se calhar, opostos; ou porque eu seja um outro eu, ou porque capte os objetos por outras circunstâncias e considerações. Seja como for, talvez me contradiga; mas como dizia Dêmades, não contradigo a verdade. Se minha alma pudesse firmar-se, eu não me ensaiaria: decidir-me-ia; ela está sempre em aprendizagem e prova” (Livro III, ed. Brasileira da Martins Fontes, trad. de Rosemary Costhek Abílio).

2. Uma mirada sem maiores preocupações analíticas, de estudo, de compreensão científica, mostra que o universo das relações familiares guarda uma unidade intrínseca com o tempo cultural da sociedade em que se desenvolvem. Não há nenhuma capacidade de forçar uma visão uniforme, totalizada, até mesmo no plano das verdades religiosas, no trânsito a que as próprias crenças e a fé, como livre manifestação da vontade, estão subordinadas. Não há um princípio e um fim, mas um princípio e permanentes mudanças. É a concepção de que a vida humana tem a grandeza infinita da permanência como espécie, na virada da descendência, como páscoa da humanidade, que nasce todos os dias e todos os dias morre, sinal da imperfeição, que nos leva a buscar a perfeição para realizarmos a integralidade de nossa natureza na sociedade em que vivemos.

3. As relações entre os casais, as relações dos pais com os filhos, a idéia mesma da vida em comum, tudo, enfim, está submetido a um processo e como tal modificam-se, às vezes lentamente, às vezes rapidamente, mas nunca contra o movimento da sociedade, contra as raízes da convivência social, contra os modelos que se adotam de tempos em tempos para significar avanços ou recuos de acordo com o padrão moral que nos impomos como sociedade civilizada. E aqui utilizamos a palavra moral no sentido mais simples, ou seja, na regularidade dos comportamentos dos indivíduos de acordo com normas sociais que alcançam todos os indivíduos em uma dada sociedade. O que é relevante fixar é a idéia de que nas relações familiares o conjunto dessas normas sociais provoca e estimula certa orientação, certo comportamento. Adicionando a tudo o poder da comunicação social, que transformou o mundo, em uma nova forma de totalitarismo, veremos que o poder dessas normas sociais, ou convenções sociais, tem penetrante força na direção dos comportamentos individuais e coletivos, importando hábitos que não são da própria sociedade, mas, sim, de outra, como forma de dominação cultural terrificante.

4. Essas advertências servem para disciplinar o nosso horizonte no trato das questões de família, e, ainda, servem, disso estou absolutamente convencido, para positivar menos o direito e deixá-lo mais nas amplas possibilidades da interpretação dos casos, considerando as peculiaridades, as particularidades de cada cenário. Nesse sentido, em tantos aspectos, é exemplar o Estatuto da Criança e do Adolescente — ECA, que criou mecanismos de interpretação a partir do conceito de proteção ao melhor interesse do menor.

5. A Constituição Federal de 1988 foi inovadora em matéria de direito de família. Na verdade, criou mesmo um novo direito de família no Brasil, que passou a ter um direito constitucional de família a começar do novo conceito de entidade familiar, reconhecendo a união estável entre um homem e uma mulher, com direitos e deveres iguais para ambos os cônjuges, com o planejamento familiar, para coibir a violência no âmbito das relações familiares, vedando quaisquer tipos de discriminação dos filhos, nascidos ou não da relação de casamento, acabando, portanto, com o estigma da filiação ilegítima.

6. O ponto que suscitou, desde logo, as maiores controvérsias foi, sem dúvida, aquele que consagrou a união estável entre um homem e uma mulher como entidade familiar. E é bem típico do que mencionamos acima. A nova disciplina constitucional foi o coroamento de uma longa construção jurisprudencial, à margem do direito de família, que admitia, pela aplicação das regras relativas às sociedades de fato, algumas conseqüências patrimoniais, após a convivência entre um homem e uma mulher por um determinado período. Para tanto, exigia a prova do esforço comum para a aquisição de bens. Mas, também, admitia uma denominada indenização por serviços domésticos, de modo a justificar uma compensação financeira pela comunhão de afetos, considerando que não seria possível avançar para a concessão de alimentos. Transformou-se um tempo de amor em um interregno de prestação de serviços. A jurisprudência acabou consolidada na Súmula n. 380 do Supremo Tribunal Federal. A discussão surgiu logo em torno da natureza do dispositivo constitucional. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, pioneiramente, assentou pela auto-aplicabilidade do dispositivo e decidiu que com a Constituição de 1988 o *“que se tratava como sociedade concubinária, produzindo efeitos patrimoniais, com lastro na disciplina contratual das sociedades de fato, passa ao patamar de união estável, reconhecida constitucionalmente como entidade familiar, e como tal, gozando da proteção do estado, legitimada para os efeitos da incidência das regras de direito de família”*.

Como assinei em outro trabalho, o *“avanço foi, exatamente, o de deslocar para o universo do direito de família as questões relativas aos conflitos decorrentes da dissolução das então chamadas*

sociedades de fato. E era imperativo que tal ocorresse porque a própria Constituição da República entendeu de elevar ao patamar de entidade familiar a união estável entre um homem e uma mulher. E, assim, reconhecer a presunção da contribuição para a formação do patrimônio adquirido na constância da vida em comum, na mesma linha da regra incluída no anteprojeto do Código Civil, antes referido” (Revista de Direito Renovar — RDR 1/27).

Em estudo publicado na obra coletiva em homenagem ao Professor *Arnoldo Wald*, *Semy Glanz*, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, lembra estudo de mestre *Orlando Gomes*, de 1983, no qual o grande civilista brasileiro ensina que com “*a locução poliformismo familiar significa-se a política legislativa tendente a estender a situações vizinhas, a qualificação e a proteção, senão a 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’ (Vitorio 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*”. E, ainda, invoca *Semy Glanz* trabalho de *Sergio Giskow Pereira*, juiz e professor da Universidade Católica e da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul, no qual defende a “*possibilidade de alimentos entre concubinos com o advento da Constituição de 1988*”, com argumentos de que se destacam: a Constituição consagrou juridicamente o concubinato; enquadró-o como entidade familiar, em dispositivo que cuida da família; consideró-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 o 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 *Jürgens 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 tempo; se a relação concubinária provoca a perda dos alimentos de anterior casamento, pressupõe-se que haja um dever de alimentos entre*

os conviventes”. Conclui nosso eminente colega que a *“tendência universal é para vencer os preconceitos das várias origens, reconhecendo a existência de famílias sem casamento, mas com certos direitos, especialmente os que se destinam a proteger a dignidade humana”* (“O Direito na Década de 1990: Novos Aspectos”, coord. de Paulo Dourado de Gusmão e Semy Glanz, RT, 1992, p. 204 e ss.).

Antônio Chaves, na mesma obra antes citada, mostra que a Constituição valoriza a *“condição da companheira, dignificando-a mesmo quando abandonada pelo pai de seus filhos, contornando com habilidade a problemática também dos que, sem desfazer o casamento, constituem nova família com outra mulher”*. Lembra o autor o Decreto n. 2.681, velho de 1912, que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro, *“determinando, art. 22, que, no caso de morte, respondam por todas as despesas e indenizem ‘a todos aqueles aos quais a morte do viajante privar de alimento, auxílio ou educação’”*. Destaca o mestre que *“uma série de diplomas admite o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio, após o desquite, outorga a possibilidade de se ter na posse do estado de casado evidência de matrimônio para fins previdenciários; benefícios em virtude de acidentes de trabalho; licença, inclusive da gestante concubina, para as funcionárias públicas da União; continuidade da locação para a solteira, desquitada ou viúva que vivesse em estado marital; pensões; uso do nome patronímico do companheiro solteiro, desquitado ou viúvo; previdência social, etc.”* (cit., pp. 166/167).

7. Fácil é verificar que a realidade social, a cultura do tempo vivido, levou os Tribunais primeiro e depois o constituinte a incorporar modificações substantivas nas relações familiares. Com isso, não se pode dizer que o novo Código Civil, nesta matéria, seja definitivo, devendo considerar-se, sempre, que a sua disciplina reflete momento de sua elaboração e, portanto, não dispensará permanentes atualizações.

8. Antes de examinar, a nova disciplina da união estável, tenho como pertinente um rápido caminhar por algumas alterações no campo do direito de família, que, na minha compreensão, poderão ter enormes reflexos nas relações familiares. Peço que tenham presente a advertência de *Montaigne*.

O Livro IV abre com o inovador Título I, Do Direito Pessoal, cuidando do casamento no Subtítulo I.

O art. 1.511 começa por oferecer um conceito abrangente do casamento como *“comunhão plena de vida, com base na igualdade de direito e deveres dos cônjuges”*, no reflexo inaugural da nova disciplina constitucional.

Ademais dos regramentos costumeiros, incluído o tratamento do casamento religioso, sem correspondência no vigente Código, trata no Capítulo II da capacidade para o casamento, modificando o regime dos impedimentos. A primeira novidade é autorizar em caráter excepcional, além dos casos já consagrados, ou seja, evitar a imposição ou cumprimento de pena criminal, o casamento dos menores de 16 anos em caso de gravidez, depois de atribuir ao Juiz, em caso de divergência entre os pais, o poder de decidir, na mesma linha do que estabeleceu para o caso de divergência no exercício do poder familiar, expressão que substitui o antigo pátrio poder (artigos 1.630 a 1.633).

Traz o novo Código um Capítulo IV para disciplinar as denominadas causas suspensivas do casamento, substituindo o impedimento, “*não podem casar*”, pela expressão mais adequada “*não devem casar*”, pondo sob tal cobertura o caso do divorciado “*enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal*”. Sendo causa suspensiva, abriu-se o caminho, no parágrafo único do art. 1.523, para que os nubentes peçam “*ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo*”.

Na habilitação para o casamento, expressamente, introduziu-se a passagem pelo Ministério Público antes da homologação pelo Juiz (art. 1.526), prescrevendo como dever do oficial do registro “*esclarecer os nubentes a respeito dos fatos que podem ocasionar a invalidade do casamento, bem como sobre os diversos regimes de bens*” (art. 1.528). Os impedimentos e as causas suspensivas serão opostos “*em declaração escrita e assinada, instruída com as provas do fato alegado, ou com a indicação do lugar onde possam ser obtidas*”, dando o oficial do registro “*aos nubentes ou a seus representantes nota da oposição, indicando os fundamentos, as provas e o nome de quem as ofereceu*”, podendo os nubentes “*requerer prazo razoável para fazer prova contrária aos fatos alegados, e promover as ações civis e criminais contra o oponente de má-fé*” (arts. 1.529 e 1.530).

Interessante prescrição está no art. 1.545, que alterou o atual art. 203, no sentido de que o “*casamento de pessoas que, na posse do estado de casadas, não possam manifestar vontade, ou tenham falecido, não se pode contestar em prejuízo da prole comum, salvo mediante certidão do Registro Civil que prove que já era casada alguma delas, quando contraiu o casamento impugnado*”. De fato,

há casos em que os que se encontram em tal situação não podem manifestar a vontade, assim, por exemplo, a doença com falência do juízo de realidade, e estavam fora da proteção legal, com severas conseqüências para a vida familiar.

O Capítulo VIII, Da Invalidade do Casamento, substitui o antigo Capítulo VI, Do casamento nulo e anulável, e está mais simplificado. Considerou nulo o casamento contraído pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil e por infringência de impedimento, regulados no art. 1.521. Previu a ação direta de nulidade por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, retirada a restrição existente hoje no art. 208, parágrafo único, ou seja, *“salvo se já falecido algum dos cônjuges”*. No art. 1.550 indicou os casos em que anuíável o casamento e no art. 1.555 prescreveu que o *“casamento do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal, só poderá ser anulado se a ação for proposta em 180 (cento e oitenta) dias, por iniciativa do incapaz, ao deixar de sê-lo, de seus representantes legais ou de seus herdeiros necessários”*, mandando, no § 1º, contar o prazo *“do dia em que cessou a incapacidade, no primeiro caso; a partir do casamento, no segundo; e, no terceiro, da morte do incapaz”*, substituindo a redação do atual art. 178, § 5º, III. E, ainda, no § 2º, prescreveu que não se anulará o casamento *“quando à sua celebração houverem assistidos os representantes legais do incapaz, ou tiverem, por qualquer modo, manifestado a sua aprovação”*.

Correta é a disciplina sobre erro essencial, na fonte da mais moderna jurisprudência sobre o tema. No inciso II do art. 1.557 retirou a qualificação de crime inafiançável e erigiu como condição que o crime que, *“por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal”*. E, ainda, criou uma nova categoria, qual seja, *“a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado”*. Neste caso, muitas, certamente, serão as controvérsias. O avanço das terapias, nos casos de transtornos de humor e de patologias mais graves como as psicoses, vai criar situações de grande complexidade para a aplicação da regra. Não será fácil enquadrar a natureza da doença mental capaz de tornar insuportável a vida comum. Uma depressão severa, por exemplo, hoje com tratamento possível e com grande perspectiva de cura, poderá ser classificada como erro essencial, dependendo do quadro apresentado e, ainda, da freqüência dos surtos, sendo, ademais, extremamente complicado identificar a anterioridade ao casamento? Mas, no ponto, o mais relevante foi retirar do Código Civil o defloramento como erro essencial, o que representa a

aceitação do legislador com relação à vida sexual anterior ao casamento, embora presentes, quanto ao tema, restrições de natureza religiosa.

O Código considerou anulável o casamento *“em virtude de coação, quando o consentimento de um ou de ambos os cônjuges houver sido captado mediante fundado temor de mal considerável e iminente para a vida, a saúde, a honra, sua ou de seus familiares”* (art. 1.558). Este dispositivo não tem correspondência no antigo Código e, certamente, tem as mesmas dificuldades já indicadas quanto ao artigo anterior.

Estabeleceu os prazos para o ajuizamento da ação de anulação e, também, corretamente, determinou que a sentença que decretar a nulidade do casamento *“retroagirá à data da sua celebração, sem prejudicar a aquisição de direitos, a título oneroso, por terceiros de boa-fé, nem a resultante de sentença transitada em julgado”* (art. 1.563), sem correspondência no vigente Código.

No que concerne à eficácia do casamento, o Código Civil de 2002 agasalha as mudanças sociais e em alguns casos legislativas sobre as responsabilidades dos cônjuges com o casamento. Primeiro, estabelece que *“homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”* (artigo 1.565); segundo, faculta que qualquer dos cônjuges acresça ao seu sobrenome o sobrenome do outro, ou seja, tanto a mulher quanto o homem podem assim proceder; terceiro, assegura o direito ao planejamento familiar, de livre decisão do casal, dando ao Estado competência para propiciar recursos para tanto, *“vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas”*; quarto, estabelece que a direção da sociedade conjugal é comum, exercida em colaboração, abrindo campo para o recurso ao juiz em caso de divergência; quinto, impõe aos cônjuges a obrigação, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, de concorrer para o sustento da família e a educação dos filhos, *“qualquer que seja o regime patrimonial”*.

Dando conseqüência ao que dispôs a Constituição e as leis sobre a matéria, o novo Código incorporou a dissolução do vínculo no Capítulo X. Outra vez, inseriu a questão da doença mental grave, desta feita posterior ao casamento, como causa para o pedido de separação, desde que torne impossível a continuação da vida em comum, e *“desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável”* (§ 2º do art. 1.572). Mais uma vez, temos um cenário difícil de configuração, considerando que em matéria de doença mental qualquer prazo é sempre muito arriscado, sendo difícil em casos fronteiriços reconhecer a *“cura improvável”*.

De extrema utilidade foi a previsão no Código dos motivos para caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida, a saber: adultério; tentativa de morte, sevícia ou injúria grave; abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; condenação por crime infamante; conduta desonrosa. O juiz poderá considerar outros fatos para caracterizar a impossibilidade da vida comum (art. 1.573). Aqui temos um significativo avanço, abrindo espaço para que o juiz interprete de acordo com a realidade da vida comum.

No campo do divórcio, deixou mais clara a legislação hoje existente, terminando com a controvérsia sobre a necessidade da partilha prévia de bens (art. 1.581).

No Capítulo XI, estabeleceu que não havendo acordo sobre a guarda, *“será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la”* (art. 1.584), podendo o juiz, se verificar que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferi-la *“à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica”*, prestigiando o Estatuto da Criança e do Adolescente.

No Subtítulo II, ao cuidar das relações de parentesco, reconheceu a filiação por meio de fecundação artificial homóloga ou heteróloga (art. 1.597), não havendo razão alguma na crítica feita sobre a falta de previsão da clonagem, o que, mesmo do ponto de vista científico, ainda suscita enormes divergências, estando no limiar da descoberta. Seria grave erro tratar de tema que ainda não está consolidado na esfera científica, despertando controvérsias que não autorizam a redução legislativa.

Importante inovação foi o reconhecimento da imprescritibilidade da ação do marido para contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher (art. 1.601), o que veio ao encontro da melhor doutrina que entende não ser possível impor limite de tempo para o reconhecimento da paternidade verdadeira. Anote-se que já a jurisprudência andava na mesma trilha.

Também no campo do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, é benfazejo o Código ao torná-lo irrevogável, *“nem mesmo quando feito em testamento”*, criando a possibilidade de que seja feito *“por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém”* (arts. 1.609 e 1.610).

Parece-me ultrapassado o Código, quando manteve no art. 1.614, que já constava do art. 362, estando hoje a matéria já disciplinada na lei especial, assim o art. 27 do ECA, que dispõe sobre a

imprescritibilidade da busca da paternidade, ao estabelecer que o *“reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça”*. Creio que a jurisprudência tratará do assunto prestigiando a lei especial, único caminho possível para homenagear o princípio da paternidade real, disponíveis métodos modernos de identificação, utilizados já em larga escala.

No Capítulo V do Subtítulo II, o Código enterrou o pátrio poder, substituído pelo poder familiar exercido pelos pais em comum durante o casamento ou união estável, assegurado a qualquer deles, em caso de divergência, recorrer ao juiz para a solução do desacordo.

Tenho que uma das grandes modificações trazidas pelo Novo Código em matéria de direito de família está no Título II, Do Direito Patrimonial.

Já no art. 1.639, § 2º, abriu campo para a alteração do regime de bens, *“mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”*. Venceu-se um tabu na legislação brasileira, e, seguramente, os advogados, os membros do Ministério Público e os Juízes terão pela frente trabalho de monta para construir uma jurisprudência capaz de conciliar a inovação com a má-fé e o escapismo de situações desconfortáveis para os cônjuges.

Ficou melhor definido o regime da comunhão parcial, que estabeleceu claramente a comunhão dos bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, mantendo com alterações de pouca monta o regime da comunhão universal.

A grande inovação aparece no denominado *“Regime de Participação Final nos Aquestos”*. Segundo os arts. 1.672 e 1.673, no novo regime *“cada cônjuge possui patrimônio próprio”*, constituído pelos bens que possuía ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento, *“e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento”*. E, ainda, dispôs no parágrafo único do art. 1.673 que a *“administração desses bens é exclusiva de cada cônjuge, que os poderá livremente alienar, se forem móveis”*.

Ocorrendo a dissolução da sociedade conjugal, será apurado o montante dos aquestos, ficando de fora os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram; os que sobrevieram a

cada cônjuge por sucessão ou liberalidade; as dívidas relativas a esses bens, presumindo-se adquiridos durante o casamento os bens móveis (art. 1.674).

O Código permite que possam ser feitas doações sem o consentimento do outro cônjuge, caso em que o bem poderá ser reivindicado pelo cônjuge prejudicado ou por seus herdeiros, ou, então, declarado no monte partilhável, “*por valor equivalente ao da época da dissolução*” (art. 1.675). Também deverá ser incorporado ao monte “*o valor dos bens alienados em detrimento da meação, se não houver preferência do cônjuge lesado, ou de seus herdeiros, de os reivindicar*” (art. 1.676). Quanto aos bens imóveis, dispôs o Código que eles pertencem ao cônjuge cujo nome constar do registro, podendo ser a titularidade impugnada, cabendo ao proprietário a prova de que a aquisição foi regular (art. 1.681).

Ocorrendo a dissolução “*verificar-se-á o montante dos aqüestos à data em que cessou a convivência*”, sendo que em caso de morte, será apurada a meação do cônjuge sobrevivente, deferindo-se a herança aos herdeiros na forma prevista no Código (arts. 1.683 e 1.685).

No que concerne às dívidas, o regime de participação final dos aqüestos estabelece: as contraídas por um dos cônjuges após o casamento, será este o responsável, “*salvo prova de terem revertido, parcial ou totalmente, em benefício do outro*”; se um solveu a dívida do outro com bens de seu patrimônio, “*o valor do pagamento deve ser atualizado e imputado, na data da dissolução, à meação do outro cônjuge*”; finalmente, as “*dívidas de um dos cônjuges, quando superiores à meação, não obrigam o outro, ou a seus herdeiros*” (artigos 1.677, 1.678, 1.686).

O Subtítulo III cuida dos alimentos e traz boas inovações. Desde logo, oferece um padrão para os alimentos, assim o valor será aquele que o credor necessite “*para viver de modo compatível com sua condição social, inclusive para atender as necessidades de sua educação*”, fixados na proporção das necessidades deste e dos recursos do devedor, nos termos do vigente art. 400, mas, “*serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia*” (art. 1.694).

Alguns pontos merecem, também, ser destacados: primeiro, o novo Código estipulou que a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na linha do art. 23 da Lei do Divórcio, que revogou o art. 402 do antigo Código (art. 1.700); segundo, regulou a substituição do alimentante, prescrevendo que se aquele que deve em primeiro lugar não estiver em condições de prestar totalmente os alimentos, “*serão chamados a concorrer os de grau imediato*;

sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide” (art. 1.698); terceiro, diversamente do que dispõe o atual art. 403, a “pessoa obrigada a suprir alimentos poderá pensionar o alimentando, ou dar-lhe hospedagem e sustento, sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua educação, quando menor” (art. 1.701); quarto, na separação judicial litigiosa, “sendo um dos cônjuges inocente e desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, obedecidos os critérios estabelecidos no art. 1.694” (art. 1.702); quinto, ambos contribuirão para a manutenção dos filhos na proporção de seus recursos (art. 1.703); sexto, se um dos cônjuges separado judicialmente “vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pe'lo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial”, e se culpado for, não tendo parentes em condições de prestá-los, “nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurar-los, fixando o juiz valor indispensável à sobrevivência” (art. 1.704); sétimo, com o casamento, a união estável ou o concubinato, cessa o dever de prestar alimentos, cessando, também, se o credor tiver comportamento indigno com relação ao devedor (art. 1.708); oitavo, o novo casamento do divorciado não extingue a obrigação alimentar estipulada na sentença de divórcio (art. 1.709); nono, impôs a atualização obrigatória dos alimentos, “segundo índice oficial regularmente estabelecido” (art. 1.710).

O Subtítulo IV cuida do bem de família, regulando inteiramente a disciplina dos artigos 70 a 73 vigentes. Estipulou no art. 1.711 que os cônjuges ou a entidade familiar, mediante escritura pública, podem destinar “parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse 1/3 (um terço) do patrimônio líquido existente no tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial”. Está ressalvada, portanto, a incidência da Lei n. 8.009/90. Autorizou, ainda, o terceiro a assim proceder por testamento ou doação, dependendo sempre da aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados ou da entidade familiar beneficiada. O bem de família será um imóvel residencial urbano ou rural, mas poderá abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família, não podendo estes últimos exceder o valor do prédio, à época de sua instituição, devendo ser individualizados no instrumento de instituição do bem de família (arts. 1.712 e 1.713). Estabeleceu o Código que o bem de família, “quer instituído pelos cônjuges ou por terceiro, constitui-se pelo registro de seu título no Registro de Imóveis” (art. 1.714), sendo isento de execução por divi-

das posteriores à sua instituição, salvo as referentes aos tributos relativos ao prédio e as de condomínio (art. 1.715). O bem de família poderá ser substituído (art. 1.719) e a dissolução da sociedade conjugal não o extingue, salvo se por morte, caso em que o sobrevivente poderá pedir a extinção, se for o único bem do casal (art. 1.721).

9. Finalmente, o Título III está reservado à união estável. É bom lembrar que se encontra tramitando no Congresso Nacional projeto de lei oriundo de comissão de magistrados, juristas e advogados, nomeada pelo então Ministro da Justiça, *Nelson Jobim*, com o objetivo de consolidar a legislação existente sobre a matéria, assim as Leis n. 8.971, de 1994, e n. 9.278, de 1996. A preocupação maior da Comissão, que teve a honra de integrar, foi evitar superposições com a legislação em vigor, com o que, desde logo, os trabalhos foram direcionados para formular um verdadeiro estatuto da união estável, aproveitando a farta jurisprudência existente e as iniciativas parlamentares e doutrinárias, algumas transformadas em lei.

O codificador de 2002 foi bem econômico.

Conceituou a união estável entre o homem e a mulher como a “*convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família*” (art. 1.723), não podendo ser constituída, seria melhor ter escrito reconhecida, se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521, salvo se, no caso do inciso VI, houver a separação de fato ou judicial, não a impedindo as causas suspensivas do art. 1.523. No anteprojeto da Comissão impôs-se para a configuração da união estável um prazo de convivência de cinco anos, sob o mesmo teto, como se casados fossem. Creio que a redação oferecida pelo Código é mais ampla e permitirá ao juiz enfrentar melhor os pedidos de reconhecimento de união estável. De fato, o prazo de cinco anos e a vida sob o mesmo teto dão mais objetividade ao conceito, mas, ao mesmo tempo, entravam o trabalho de interpretação e criam dificuldades para tratar da realidade, nem sempre compatível com regras tão rígidas, como a convivência sob o mesmo teto. A redação está muito próxima daquela constante do art. 1º da Lei n. 9.728/96. Benfazejo é o Código no que concerne à separação de fato. Não tem mesmo nenhum sentido deixar de reconhecer o tempo como um fator relevante para estabelecer a separação do casal e ensejar a possibilidade de constituição da união estável. Importante é a regra do § 2º do art. 1.723 ao afastar as causas suspensivas como impedimentos para a caracterização da união estável.

Também no art. 1.724, o Novo Código aproveitou a redação do art. 2º da Lei n. 9.278/96. Andou na mesma linha o anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas. Impôs os deveres de lealdade,

respeito, assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos (art. 1.724). Foi importante que o legislador substituísse a palavra “fidelidade” por “lealdade”, mais moderno o conceito, mais abrangente, retirando a conotação opressora na relação de amor. É uma pena que não tenha sido repetida no art. 1.566, que conservou a velha expressão “fidelidade recíproca”. Não enxergo razão alguma para a disparidade.

No art. 1.725, o Novo Código estabelece o regime patrimonial, mandando aplicar, salvo pacto escrito, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens. Tanto a Lei n. 9.278/96 como o anteprojeto de lei foram mais específicos. Neste último, dispôs-se que os bens móveis e imóveis adquiridos onerosamente por qualquer dos companheiros, na constância da união estável, obedecerão às disposições sobre o regime da comunhão parcial estabelecidas no Código Civil e leis posteriores, abrangendo direitos, deveres e responsabilidades. E, ainda, dispôs-se que as doações, feitas por um ao outro, presumem-se adiantamentos da respectiva meação. Melhorou o Código ao simplificar com o comando de aplicação do regime da comunhão parcial, ressaltando a possibilidade de um contrato escrito entre os companheiros para regular a matéria. Em outra oportunidade, escrevi que esta regra sobre o regime patrimonial é, na verdade, o núcleo da disciplina legal sobre a união estável. O Código acompanha a evolução doutrinária e jurisprudencial mais moderna, saltando por cima dos bolsões mais conservadores que sempre relutaram em reconhecer a possibilidade de meação fora da equação numérica da participação de cada companheiro na formação do patrimônio comum. Tenho assinalado, sempre que posso, que a aferição da contribuição para a formação do patrimônio adquirido durante a convivência, consagrada na Súmula n. 380, do Supremo Tribunal Federal, que representou extraordinária conquista em seu tempo, gerou enormes perplexidades e não menores complicadores práticos. Não é fácil quantificar a quota de cada companheiro. Por que 15% e não 17%? Por que 28% e não 31%? Diante de tantas dificuldades a jurisprudência chegou mesmo a estabelecer formas criativas de repartição patrimonial, dando relevo ao trabalho do lar, presumindo nos estratos de baixa renda a contribuição da mulher, a comunhão de interesses e de esforços. Com a nova regra, teremos maior estabilidade no relacionamento patrimonial, ademais de permitir que os companheiros façam contrato que melhor atenda aos termos e modos com que pretendem conviver. Sem dúvida a redação do novo Código é superior ao que dispõe o art. 5º, da Lei n. 9.278/96, que introduz a figura do condomínio e faz cessar a presunção estabelecida no *caput* se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união.

Agora, aplica-se o disposto no Capítulo III, Título II, Subtítulo I, podendo ser aproveitada a vasta jurisprudência já existente sobre o regime da comunhão parcial.

Uma deficiência do Código foi não ter trazido para o ninho da união estável a parte relativa à sucessão. Muito se tem discutido sobre o assunto, particularmente, porque a Lei n. 9.278/96 não repetiu a disciplina da Lei n. 8.971/94, deixando de tratar da sucessão. Acórdão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 418.365/SP, de que fui Relator, julgado em 21.11.02) decidiu que a edição da Lei n. 9.278/96 não afastou a disciplina da Lei n. 8.971/94 em matéria de sucessão. Mas o novo Código não deixou de cuidar do assunto. Vejamos em largas pinceladas.

Logo nas Disposições Gerais sobre o Direito das Sucessões, o art. 1.790 estabelece que a *“companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I — se concorrer filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II — se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III — se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV — não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança”*. Já na Lei n. 8.971/94, estava regulada a matéria, estipulando que na ausência de descendentes e de ascendentes, o que sobreviver terá direito à totalidade da herança. Além disso, estabelece o novo Código que ao companheiro, *“se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão”*, caberá a administração da herança até o compromisso do inventariante, no art. 1.797; veda que o companheiro, tal e qual o cônjuge, não pode ser nomeado herdeiro ou legatário (art. 1.801); exclui da sucessão os herdeiros ou legatários *“que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente”* (art. 1.814, I); no art. 1.844, que dispõe sobre a devolução da herança ao Município ou ao Distrito Federal, ou à União, incluem-se o companheiro sobrevivente como impedimento para que ocorra a devolução, ao lado do cônjuge, ou algum parente sucessível.

Vale anotar que no art. 8º do anteprojeto da Comissão de Juristas está disposto que a sucessão será deferida ao companheiro sobrevivente se não houver testamento, nem ascendentes nem descendentes vivos do *de cujus*. E, havendo testamento, pode o companheiro investir-se na sucessão se este não abranger da totalidade de seu patrimônio, ficando o sobejante para ele. Com isso, o ante-

projeto considera que o companheiro deve ser o herdeiro legítimo, na falta de parentes em linha reta do autor da herança, vindo antes dos colaterais e do Estado na vocação sucessória. Seguiu-se a lição de *Pontes de Miranda*, ao cuidar da herança legítima não necessária, “a herança com que a lei pôs os herdeiros indicados por ela no lugar em que poderiam estar os herdeiros testamentários e os legatários”, com o que “não é necessário que tais pessoas herdem, mas elas herdem se o de cujo não dispõe diversamente do que estava no seu patrimônio. Tais herdeiros são o cônjuge sobrevivente, os parentes colaterais e a entidade estatal, a que a lei ordinária confere tal direito” (“Tratado de Direito Privado”, vol. LV, p. 369).

A conversão em casamento poderá ser obtida mediante simples pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil (art. 1.726). Está cumprido o comando constitucional), facilitando a conversão da união estável em casamento, sem maiores formalidades.

Finalmente, deu espaço ao concubinato, distinguindo-o da união estável, e, portanto, sem os seus efeitos, para configurá-lo como relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar (art. 1.727).

10. A disciplina positiva codificada é mais do que suficiente para que a entidade familiar assim constituída tenha afinal direitos reconhecidos com maior amplitude, considerando que, ainda hoje, a jurisprudência tem sido ainda limitadora dos efeitos da união estável, permanecendo com a exigência da comprovação da contribuição para a partilha proporcional do patrimônio adquirido durante a convivência.

Espero ter conseguido oferecer pelo menos um pequeno esboço do tratamento codificado da união estável, no contexto do Direito de Família.

Como assinalai ao início, não é fácil codificar tema que está sujeito a tantas e tantas transformações sociais e culturais. De todos os modos, creio que o novo Código, nessa matéria, tem suficiente espaço para a construção jurisprudencial e poderá ser um instrumento de concretização da vida familiar, sem a qual não há sociedade que sobreviva. Caberá aos especialistas, aos mestres, aos doutos, advogados, defensores públicos, membros do Ministério Público e aos juízes a tarefa de pôr o Código em andamento, de torná-lo vivo, de explicá-lo, de construí-lo socialmente.

Se comecei no século XVI com *Michel de Montaigne*, quero terminar no século XVII, com o Padre *Antônio Vieira*: “*Há de tomar o Pregador uma só matéria, há de defini-la para que se conheça, há de prová-la com a Escritura, há de declará-la com a razão, há de confirmá-la com o exemplo, há de amplificá-la com as causas, com*

os efeitos, com as circunstâncias, com as conveniências que se não de seguir, com os inconvenientes que se devem evitar, há de responder às dúvidas, há de satisfazer às dificuldades, há de impugnar e refutar com toda a força da eloquência os argumentos contrários, e depois disto há de colher, há de apertar, há de concluir, há de persuadir, há de acabar” (“Sermão da Sexagésima”, “Sermões”, Ed. Hedra, organização de Alcir Pécora, 2ª reimpressão, p. 42).