

O novo Código Civil e a união estável

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (*)

1. A expressão "união estável" é recente na terminologia legal brasileira. Se bem que já aparecesse antes em trabalhos doutrinários¹, sua consagração oficial foi obra da Constituição da República de 1988, que a empregou no art. 226, § 3º, assim redigido: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

Em época mais distante, o termo usado com maior freqüência para designar uniões não formalizadas era o de "concubinato"². A palavra, contudo, suportava a carga de uma conotação inequivocamente pejorativa: suscitava no comum dos casos a idéia de ligação clandestina, mantida em geral por homem casado, à margem não só da lei, senão também, tanto quanto possível, do contexto social, do mundo em que se queria ou se precisava exibir uma aura de respeitabilidade. A concubina era, em regra, "a outra", freqüentada às escondidas, ou pelo menos discretamente, no intuito de evitar a projeção de sombra infamante sobre a imagem da vida familiar. Da lei recebia o fenômeno tratamento indisfarçadamente hostil, conforme revela, entre outros textos, o do art. 1.719, nº III, do Código Civil de 1916, que proibia ao homem casado a nomeação da concubina como sua herdeira ou legatária. Preocupava-se o legislador, com medidas desse gênero, em proteger a única modalidade de família havida por legítima, a fundada no casamento.

A partir de certo momento, manifestou-se tendência a estabelecer distinção entre situações que, embora se assemelhassem na substância – convívio entre homem e mulher não unidos oficialmente pelo matrimônio – diferiam nas circunstâncias. Muitas ligações, com efeito, já não se refugiavam na clandestinidade, mas se faziam ostensivas no meio social, tratada a mulher, publicamente, como se esposa fosse, conquanto sem oficialização, existisse ou não impedimento legal. Recorria-se às vezes, na primeira hipótese, a expedientes

¹ V.g., ORLANDO GOMES, *Direito de Família*, 7ª ed., Rio de Janeiro, 1987, p. 41; EDGARD DE MOURA BITTENCOURT, *O concubinato no Direito*, 2ª ed., Rio de Janeiro – S. Paulo, 1969, 1º vol., p. 104.

² O novo Código Civil reserva-o, no art. 1.727, para designar a situação caracterizada pela ocorrência de "relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar". Distingue o concubinato, assim, da união estável (cf. nº 4, *infra*).

vistos como “legitimantes”, com realce para a celebração do casamento em país estrangeiro onde o vínculo matrimonial não fosse indissolúvel: quantos pares “casados no Uruguai”, antes da introdução do divórcio no Brasil, não terão sido, entre nós, bem recebidos pela sociedade? Não há esquecer, ademais, os casos em que, por qualquer razão, o homem e a mulher celebravam apenas casamento religioso, sem cuidar de tomar as providências necessárias para dar-lhe efeitos civis, o que se tornaria possível sob a Constituição de 1946. Nas classes mais pobres e socialmente marginalizadas, aliás, sempre haviam proliferado uniões informais, cujos partícipes, por falta de recursos ou de interesse, não tomavam a iniciativa de casar-se. Em vários desses casos, acabaria por impor-se uma nova terminologia, destinada a assinalar a distância que se estabelecia em relação ao modelo tradicional de concubinato, ainda estigmatizado: passou-se a falar de “companheiros”, linguagem que viria a penetrar na jurisprudência e até em diplomas legais³.

2. O fato da convivência não oficializada entre homem e mulher, impedidos ou não de contrair matrimônio, ainda quando exibida à luz do dia e dotada de certa permanência, ficou estranho por longo tempo às cogitações do ordenamento jurídico, feita abstração de normas discriminatórias, real ou supostamente inspiradas no propósito de valorizar o casamento como base da família legítima. A princípio, não se pensava em conceder qualquer proteção à mulher que, de um instante para outro, se visse sozinha, em virtude do falecimento do homem ou do abandono por parte deste; e aqui se alude especificamente à mulher pela óbvia razão de que era ela, geralmente, a parte mais fraca.

Só aos poucos se foram passando a ver como iníquas determinadas situações conseqüentes à cessação da convivência. Algumas dessas situações, vale notar, surgiam mesmo com referência a pessoas casadas. Típica, por exemplo, era a de casais de imigrantes, consorciados no país de origem sob o regime da separação total de bens: morto o marido, sem deixar testamento, a mulher nada recolhia do patrimônio oficialmente constante como de propriedade exclusiva daquele, por maior que fosse o incremento devido à colaboração diuturna da esposa. De outras vezes, o homem casado alhures vinha trabalhar no Brasil, deixando na pátria família legítima; aqui se unia a outra mulher, com cujo auxílio progredia economicamente e adquiria bens, apenas em seu próprio nome; um belo dia, regressava ao lar conjugal, levando consigo o produto de um trabalho comum e deixando em absoluto desamparo aquela que concorrera para o resultado proveitoso da estada no território brasileiro.

Formou-se paulatinamente a convicção de que constituía exigência de justiça proteger a mulher em situações desse gênero; e descobriu-se para tanto um expediente técnico na doutrina da “sociedade de fato”. O raciocínio era o

³ Aparecia com maior freqüência o vocábulo “companheira”, no feminino singular, naturalmente por enxergar-se na mulher a pessoa merecedora de proteção: por exemplo, Lei nº 4.297, de 23.12.1963, art. 3º, letra d; Dec. nº 89.312, de 23.1.1984 (Consolidação das Leis da Previdência Social), art. 11.

seguinte: se a aquisição de bens na constância da união somente se tornara possível graças à conjugação dos aportes dos conviventes, deviam estes ser tratados como sócios quanto a esses bens, de tal modo que, dissolvida a sociedade, o acervo tinha de ser partilhado entre ambos. Semelhante doutrina encontrou largo apoio nos tribunais e mereceu consagração no enunciado nº 380 da *Súmula da Jurisprudência Predominante* do Supremo Tribunal Federal, assim redigido: “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”. Em inúmeras hipóteses, a jurisprudência dispensou a contribuição pecuniária da mulher, contentando-se com o trabalho, por ela realizado, que de algum modo houvesse concorrido para o aumento patrimonial. Chegaram a levar-se em conta os próprios serviços domésticos, notadamente em se tratando de pessoas de condição sócio-econômica humilde, por entender-se que, se a mulher arrumava a casa, cozinhava, lavava e passava roupas, sem falar na criação dos filhos que os dois tivessem, sua atividade permitia ao homem poupar despesas que de outra maneira precisaria fazer, e graças a essa economia passar a melhor nível de vida.

Paralelamente, o legislador ia abrindo brechas no muro que tradicionalmente excluía de benefícios a mulher não revestida da condição legal de esposa. Não vem ao caso enumerar aqui os sucessivos diplomas editados para amenizar-lhe a situação: bastará lembrar, a título exemplificativo, as inovações legislativas que a contemplaram, em maior ou menor medida, no campo dos acidentes do trabalho, em matéria previdenciária e no tocante à adoção do sobrenome do companheiro. Até a legislação do imposto de renda viria a admitir sua inclusão entre os dependentes do declarante.

3. Nova e clara inflexão foi, no entanto, a que trouxe a vigente Constituição. Ao admitir a união estável entre homem e mulher qual “entidade familiar” posta sob a proteção do Estado, a Carta de 1988 inseriu a matéria, de forma inequívoca, no âmbito do direito de família, diversamente do que faziam construções jurídicas como a da “sociedade de fato”, colocada no plano do direito das obrigações. A partir daí, deixou de gozar o casamento da aptidão exclusiva para servir de fundamento à família.

Não ocorreu, porém, equiparação entre os dois institutos, ao contrário do que se apressaram a sustentar alguns: a família resultante da união estável coexiste com a fundada no casamento, mas aquela não se identifica com este. Tanto assim, que, segundo o texto constitucional, a lei deve *facilitar* a conversão da união estável em casamento o que não teria sentido se uma e outro já estivessem iguais⁴. Por conseguinte, quem viva em união estável e se case com outra pessoa não cometerá o crime de bigamia, definido no art. 235 do

⁴ Cf., entre outros, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, vol. V, 11ª ed., Rio de Janeiro, 1997, p. 44; GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, *O companheirismo, uma espécie de família*, 2ª ed., S. Paulo, 2001, p. 146; HELOISA HELENA BARBOZA, “Família, casamento, união estável: conceito e efeitos à luz da Constituição de 1988”, in *Rev. da Faculdade de Direito da UERJ*, vol. I, p. 133; SEMY GLANZ, “União estável”, in *Rev. Brasileira de Direito Comparado*, nº 11, p. 94. De acordo em negar a equiparação, embora, ao que parece, com fundamentação diversa, não extraída do texto do art.

Código Penal como o fato de “contrair alguém, sendo casado, novo casamento”. Não se exclui, convém observar, que a lei equipare a união estável ao casamento, *para determinados efeitos*: o Código Civil de 2002 o faz em mais de um dispositivo, v.g. no art. 1.595, onde se estende às relações entre um dos companheiros e os parentes do outro o vínculo da afinidade, nas mesmas condições previstas para os cônjuges.

Note-se que a Constituição exclui categoricamente a possibilidade de constituir-se “união estável”, digna da proteção do Estado, entre pessoas do mesmo sexo: alude, em termos expressos, ao homem e à mulher. Não há invocar o dispositivo em favor de ligações homossexuais, a que a jurisprudência chegou a aplicar a tese da “sociedade de fato”, para reconhecer a um dos parceiros o direito a fração do patrimônio comprovadamente constituído em virtude do esforço de ambos, a exemplo do que se deu no caso notório do artista plástico Jorge Guinle Filho, e poderá voltar a dar-se⁵ noutros análogos, mas com fundamento jurídico diferente daquele que ministra a Carta da República.

A redação do dispositivo constitucional sugere mudança de enfoque em relação às leis e à jurisprudência anteriores. Vinha-se cuidando, como exposto, de proteger um dos partícipes da união, em geral a mulher. O texto do art. 226, § 3º, dá a impressão nítida de que o alvo da proteção passou a ser o conjunto dos conviventes, em face de terceiros⁶. E, com efeito, as normas jurídicas protetoras da família têm agora de ser interpretadas como protetoras não só dos grupos familiares decorrentes do casamento, senão também das uniões estáveis. Por exemplo: quando o art. 649, nº II, do Código de Processo Civil diz absolutamente impenhoráveis “as provisões de alimento e de combustível, necessárias à manutenção do devedor e de sua família durante um mês”, entender-se-á que abrange, se for o caso, as provisões necessárias à manutenção da entidade familiar constituída pela união estável; idêntico entendimento se dará à cláusula do art. 4º, *caput*, da Lei nº 1.060, de 5.2.1950, que assegura o benefício da assistência judiciária a quem não possa pagar as custas do processo e os honorários de advogado “sem prejuízo próprio ou de sua família”. Na Constituição mesma, é assim que se têm de interpretar disposições como as dos arts. 183, *caput*, e 191, onde se contemplam hipóteses especiais de usucapião, com emprego do termo “família”. Entretanto, à vista da legislação superveniente, afigura-se impossível sustentar que haja prevalecido o entendimento consoante o qual a previsão constitucional se limita a esse aspecto, deixando de lado o escopo de proteger igualmente cada um dos membros da união estável, considerado de per si.

226, § 3º, GUSTAVO TEPEDINO, “Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio”, in *Temas de Direito Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro S. Paulo, 2001, pp. 340 e segs.

⁵ Desde que não se descubra empecilho no conceito de sociedade agora ministrado pelo art. 981, *caput*, o qual exige que os sócios reciprocamente se obriguem “a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica”.

⁶ Nesse sentido pronunciou-se o autor destas linhas, em acórdão de 6.8.1991, da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na Apelação Cível nº 1.123/91.

É o que se percebe com facilidade, examinando as duas leis concernentes à matéria, que se sucederam com breve intervalo, a de nº 8.971, de 29.12.1994, e a de nº 9.278, de 10.5.1996, esta declaradamente editada, nos termos da ementa, com o fim de regulamentar o art. 226, § 3º, da Constituição. Ambos os diplomas, sobretudo o primeiro, foram redigidos com má técnica – o que não chega a imprimir-lhes originalidade no atual panorama brasileiro. O advento do segundo, menos de dois anos depois, suscitou dúvidas sobre a sorte do outro: estaria totalmente revogado, ou subsistiria alguma de suas disposições, compatível com a nova disciplina? Não vale a pena demorar no exame dessa questão, até hoje em aberto, nem no de outras que têm afligido os intérpretes e aplicadores das mencionadas leis. A maior parte delas está a ponto de despir-se de interesse ante a iminente entrada em vigor do novo Código Civil, embora se deva atentar no fato de que tampouco este tem o cuidado de revogar expressamente as Leis nºs 8.971 e 9.278. Seja como for, a presente palestra, conforme anunciado no título, só se ocupará do tratamento por ele próprio dado ao assunto.

4. Vamos, pois, ao texto do novel diploma. A parte consagrada especificamente à união estável constitui o Título III do Livro IV da Parte Especial localização correta, já que o Livro IV ostenta a rubrica “Do direito de família”, e à luz da Carta da República é nesse contexto que agora se inscreve a matéria. No entanto, além dos dispositivos que compõem o Título (arts. 1.723 a 1.727), outros, situados alhures, interessam à disciplina da união estável; aos mais importantes se aludirá no devido tempo.

Começa o Título III por ministrar um conceito da figura jurídica em foco, nos seguintes termos: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (art. 1.723, *caput*). Vê-se que o texto reproduz, em parte, o da Constituição, e – acrescenta-se – em parte importante, aquela onde se deixa claro que o Estado unicamente reconhece como união estável a que se forme entre pessoas de sexos diferentes⁷. Não quer isso dizer que seja impossível ao legislador ordinário editar norma que atribua determinados efeitos a ligações de caráter homossexual, ou que a jurisprudência continue a aplicar-lhes, se for o caso, a doutrina da “sociedade de fato”⁸; em hipótese alguma se tratará, contudo, da união estável prevista na Carta da República. Adite-se que a lei estabelece distinção expressa entre a figura da união estável e a do concubinato, entendido este como a manutenção de relações não eventuais entre homem e mulher impedidos de casar (art. 1.727).

O art. 1.723, *caput*, enumera várias notas, que se devem reputar necessárias para a caracterização da união estável: é mister que a convivência seja “pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Não se aventurou o legislador a definir esses diversos requisitos, e

⁷ A doutrina enfatiza o requisito da diversidade de sexos: *vide*, inclusive para outras referências bibliográficas, GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, *ob. cit.*, pp. 175 e segs.

⁸ Com a ressalva consignada em a nota 5, *supra*.

tem-se de convir em que a respectiva compreensão seria difícil de confinar aprioristicamente em fórmulas taxativas: para usar expressão consagrada em teoria hermenêutica, estamos aí diante de conceitos jurídicos indeterminados – categoria de que as leis fazem largo uso, como quando se referem a “bons costumes”, a “mulher honesta”, a “ordem pública” e assim por diante. Evidentemente, a variabilidade dos critérios que vierem a ser adotados pelos aplicadores da lei torna previsível a configuração de divergências e incidentes capazes de complicar e alongar processos.

Não se há de entender com rigor excessivo, a meu ver, o requisito da publicidade. Compreende-se que, de acordo com as circunstâncias, os conviventes se exibam como tais, de modo ostensivo, no meio social, ou prefiram manter discrição, mormente se imersos em ambiente conservador, de extremada rigidez de costumes. De modo nenhum é mister que um deles ou ambos declarem a situação em ato ou documento oficial. O essencial é que a ligação não tenha índole clandestina, sigilosa, absolutamente infensa a qualquer conhecimento alheio; mas pouco importa o número de terceiros que dela tenham ciência efetiva.

A continuidade da união tampouco deve ser aferida com critério inflexível. Certo que ninguém consideraria “estável” uma relação sujeita a interrupções freqüentes. Antes de mais nada, porém, cumpre levar em conta que há separações impostas por justas causas, relacionadas, por exemplo, com a saúde ou o trabalho: no casamento, não se poderia imputar abandono do domicílio conjugal ao homem ou à mulher que tivesse de afastar-se temporariamente para atender a determinação legítima do empregador ou da autoridade pública a que por lei se subordine⁹, e o mesmo raciocínio cabe decerto quanto à união estável. Mas, ainda fora dessas hipóteses, que são intuitivas, não parece que uma breve separação, provocada por motivo pouco relevante, não querida como definitiva e logo seguida de reatamento, seja suficiente para excluir a estabilidade da união¹⁰.

A convivência deve ser “duradoura”. Esse requisito põe-nos diante de um paradoxo: em vários casos, rigorosamente falando, só será possível determinar se a união foi duradoura no momento em que ela cessar, pois nesse momento é que se ficará sabendo quanto durou...¹¹ Algumas leis fixam prazos mínimos para que se faça jus a este ou àquele benefício; mas as propostas doutrinárias até agora veiculadas com referência à união estável padecem de certa arbitrariedade. De resto, muitas vezes nem sequer se disporá de elementos para fixar com absoluta exatidão a data a ser adotada como termo inicial para a

⁹ Cf. o disposto no art. 1.569 do próprio Código Civil de 2002: “O domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ou ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes”.

¹⁰ É como opina ANTONIO CARLOS MATHIAS COLTRO, “A união estável: um conceito?”, in *Direito de família – aspectos constitucionais, civis e processuais*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, S. Paulo, 1996, p. 38.

¹¹ Há quem, generalizando, diga que, diversamente de quanto ocorre no casamento, “na união estável sua caracterização é a posteriori, verificados os seus elementos essenciais”: FRANCISCO JOSÉ CAHALI, *União estável e alimentos entre companheiros*, S. Paulo, 1996, p. 52).

contagem. Melhor deixar ao julgador, quando se suscite a questão em juízo, flexibilidade bastante para sopesar as peculiaridades da espécie e tomá-las na devida consideração.

Quanto ao “objetivo de constituição de família”, requisito subjetivo por excelência, é difícil conceituá-lo sem incorrer em tautologia, consoante sucede quando se diz que os partícipes devem perseguir finalidade semelhante à que caracterizaria a fundação de família legítima. Pouco adianta afirmar que os companheiros devem comportar-se “como se casados fossem”¹², ou falar de *affectio maritalis*, de integração espiritual, de comunhão de sentimentos *etc.*: são fórmulas que escassa utilidade terão na prática. Mais fácil, conquanto insatisfatório, é apontar elementos que *não* precisam estar presentes. Um exemplo é a geração de filhos, afastada por determinação dos conviventes ou por qualquer outro motivo: a entidade familiar que permaneça restrita aos dois nem por isso deixará de merecer, como tal, a proteção assegurada no art. 226, § 3º, da Carta de 1988, ainda que a existência de prole normalmente funcione como *indício* de que o par teve o objetivo de constituir família. *A fortiori*, não há cogitar da manutenção regular de relações sexuais, mesmo fora das hipóteses óbvias de abstenção imposta por enfermidade ou pelo eventual afastamento físico. Ao matrimônio mesmo não é essencial que os cônjuges costumem unir-se sexualmente, tanto que a lei civil não preexclui a possibilidade de que o contraia pessoa cuja aptidão para tal já tenha cessado, embora a recusa injustificada de qualquer dos cônjuges ao congresso carnal possa representar “grave violação dos deveres do casamento” e tornar “insuportável a vida em comum” – caso que hoje configura fundamento suficiente para a separação judicial, por força do disposto no art. 5º da Lei nº 6.515, de 26.12.1977, e continuará a poder configurá-lo sob o novo Código Civil, apesar de não incluído em termos expressos na enumeração do art. 1.573, mas sem dúvida abrangido pela cláusula genérica do respectivo parágrafo único (“O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum”).

5. Estatuí o art. 1.723, § 1º, primeira parte, que “a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521”, isto é, nas hipóteses em que é proibido o casamento. A lei não quis dar a proteção proporcionada à família a pares formados por pessoas que não poderiam casar-se, e é manifesta a razão de política legislativa: não se justificaria beneficiar por via oblíqua quem esteja impedido de pretender o benefício pela via direta do casamento. Assim, não será considerada estável, para os efeitos próprios, a união entre ascendente e descendente, entre afins em linha reta, entre o adotante e quem foi cônjuge do adotado ou entre o adotado e quem foi cônjuge do adotante, entre irmãos e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive (tio e sobrinha, ou tia e sobrinho), entre pessoas casadas e entre o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

¹² Assim, GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, *ob. cit.*, p. 207.

Recorde-se que a afinidade se estabelece não só entre um dos cônjuges com os parentes do outro, mas também entre um dos companheiros com os parentes do outro (art. 1.595, *caput*), e que, na linha reta, ela não se extingue com a dissolução da união estável (art. 1.595, § 2º); por conseguinte, se um homem conviveu com uma mulher em união estável, mesmo depois de dissolvida essa união, pela morte da mulher ou por outra causa, ele jamais poderá estabelecer nova união merecedora da classificação de estável, por exemplo, com quem seja filha daquela mulher e de outro homem.

Comporta exceção a regra que preexclui a condição de estável para a união entre pessoa casada e terceiro ou terceira. De acordo com a parte final do art. 1.723, § 1º, o impedimento não prevalecerá se a pessoa casada, homem ou mulher, estiver separada de fato ou judicialmente.

O diploma de 2002 não faz referência expressa à hipótese de manter alguém, simultaneamente, mais de uma ligação não oficializada. A doutrina, contudo, inclui a unicidade do vínculo entre os requisitos necessários para que se considere estável uma união¹³. Talvez se possa entender que ela está implícita no “objetivo de constituir família”, pois o ordenamento não admite que alguém constitua mais de uma família ao mesmo tempo. É naturalmente concebível que, extinta por qualquer motivo a união estável entre A e B, nova união estável se forme entre A e C ou entre B e D.

6. Segundo o art. 1.724, “as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”. A cláusula final está deslocada, à evidência: não concerne às relações entre os conviventes, mas entre estes e os filhos, se houver. “Lealdade”, “respeito” e “assistência” são outros tantos conceitos jurídicos indeterminados; nenhum deles tem definição legal.

Não deixa de ser curioso que o novo Código Civil haja empregado neste contexto palavra diferente da usada com relação ao casamento no art. 1.566: enquanto lá se fala de “fidelidade recíproca”, expressão aliás tradicional em nosso direito, aqui se preferiu falar de “lealdade”. Algum intérprete propenso a distinções rigorosas poderá ver-se induzido a conferir relevância à diversidade terminológica: sustentará, por exemplo, que, se um dos companheiros trava relações íntimas com terceiro ou terceira, mas delas dá conhecimento ao outro convivente, terá sido infiel, porém não desleal ...

Mais digno de atenção é o fato de que nenhum dispositivo do novo Código preveja conseqüências para o eventual descumprimento dos deveres enunciados. No casamento, já se registrou, é lícito a qualquer dos cônjuges pleitear a separação judicial imputando ao outro a prática de “ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum” (art. 1.572, *caput*) – e o adultério, sem dúvida, se encaixa em tal moldura¹⁴. Não há *supor*, entretanto, que o problema se ponha em termos análogos na

¹³ GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, ob. cit., pp. 162 e segs., com outras indicações bibliográficas.

¹⁴ *Vide*, por todos, YUSSEF SAHID CAHALI, *Divórcio e separação*, 6ª ed., t. I, S.Paulo, s.d., pp. 357 e segs.

união estável, que se estabelece informalmente, sem ingerência alguma de autoridade pública, e também de maneira informal pode, a todo tempo, romper-se. No comum dos casos, o convivente que não aceitar o comportamento do outro pura e simplesmente dará por finda a união, sem necessidade de intervenção judicial.

É verdade que o art. 1.562 alude a uma "ação de dissolução de união estável". Não cuida o novo Código, todavia, de indicar os possíveis fundamentos de semelhante ação. Ela se tornará cabível, provavelmente, quando, desavindos os companheiros, um deles quiser exercer pretensão de natureza pecuniária, por exemplo, obter para si parte de algum bem adquirido e registrado no exclusivo nome do outro, mas ao qual se atribui a condição de comum. O juiz será chamado a decidir conflito de interesses desse gênero, não propriamente a decretar a dissolução da união, à semelhança do que já acontecia, não obstante a redação técnica do enunciado nº 380 da *Súmula da Jurisprudência Predominante* do STF, com a sociedade de fato, nos casos em que se recorreu a esse expediente técnico para reconhecer o direito de alguém à partilha do patrimônio formado à custa da conjugação de esforços¹⁵.

7. Isso nos fornece a deixa para passar a outro tópico, o das relações patrimoniais entre os companheiros. A esse respeito, reza o art. 1.725 que, "salvo contrato escrito" entre eles, se aplicará, "no que couber, o regime da comunhão parcial de bens". É o regime denominado "legal", com referência ao casamento, porque normalmente aplicável na ausência de convenção em contrário (Código Civil de 1916, art. 258, *caput*, na redação da Lei nº 6.515, de 26.12.1977; Código Civil de 2002, art. 1.640, *caput*). A característica principal desse regime é a de que, em regra, se comunicam os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento (art. 1.658).

Se transpusermos a disciplina para o campo da união estável, serão comuns a ambos os companheiros, sempre em regra, os bens adquiridos ao longo da respectiva duração. Problemas práticos poderão surgir: no casamento, sabe-se com precisão a data em que ele se celebrou, e bastará confrontá-la com a da aquisição para concluir, sem sombra de dúvida, se o bem se comunicou ou não; enquanto isso, só ao fim de certo tempo se caracterizará como estável, com segurança, uma união informal, e não raro será possível discutir se, no momento da aquisição do bem, ela já tinha ou ainda não tinha aquela qualidade.

Conseqüência grave da aplicação do regime da comunhão parcial de bens à união estável decorrerá do disposto no art. 1.647, *caput*, por força do qual, em princípio, nenhum dos cônjuges pode praticar certos atos jurídicos sem autorização do outro, exceto no regime de separação absoluta: por exemplo, alienar bens imóveis (nº I), prestar fiança ou aval (nº III). Seguir-se-á que, se um dos companheiros quiser alienar imóvel de sua exclusiva propriedade (havido, digamos, antes do estabelecimento da união), terá de obter o consenti-

¹⁵ Também se pode cogitar de ação *declaratória* da inexistência do vínculo de união estável, quer se peça a declaração de que esse vínculo *jamais existiu*, quer a de que ele *já não existe*.

mento do outro? Sendo o alienante, por hipótese, solteiro (pois a união estável não muda o estado civil), e corretamente declarando-se tal em cartório, competirá ao tabelião, ou ao oficial do registro imobiliário, investigar se ele convive estavelmente com alguém, para exigir a autorização?

Essa é simples amostra das complicações que nos arriscamos a ver surgir em virtude da opção do legislador na matéria. Talvez os juízes, convocados a compor eventuais litígios, venham a restringir o âmbito de aplicação do regime de comunhão parcial: como o texto o declara aplicável "no que couber", abre uma válvula de escape a que se poderá recorrer para este ou aquele fim. Ninguém vislumbra no que acabo de dizer louvor ao emprego da cláusula, quase sempre fonte de dúvidas e controvérsias, mas infelizmente usada com grande frequência na legislação brasileira.

8. Segundo já se registrou, o Título III do Livro IV da Parte Especial do novo Código Civil não esgota a disciplina da união estável. No Subtítulo III do Título II do mesmo Livro encontram-se disposições relativas a alimentos, duas das quais interessam ao instituto em foco. A primeira é o art. 1.694, *caput*, que consagra o dever de alimentar em relação aos companheiros: "Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação". O uso do masculino plural ("companheiros") significa que qualquer dos dois membros da união estável, conforme as circunstâncias, poderá ser credor ou devedor dos alimentos em face do outro.

O art. 1.708, por sua vez, estatui que "com o casamento, a união estável ou o concubinató do credor, cessa o dever de prestar alimentos". A jurisprudência predominante já vinha entendendo que o cônjuge separado judicialmente perdia o direito a alimentos se passava a conviver com terceiro; as mais das vezes, aludia-se ao concubinato superveniente da mulher separada, por ser esta, com maior frequência, a credora¹⁶. Com o novo Código Civil, a cessação passa a ocorrer *ex vi legis* independentemente, note-se, de quem fosse credor ou devedor dos alimentos.

Produz ainda a união estável efeitos sucessórios, previstos no art. 1.790, que os limita aos "bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável" e os regula em termos diversificados: o regime é um quando a companheira ou o companheiro concorra com filhos comuns, outro quando concorra com descendentes só do autor da herança, um terceiro quando concorra com outros parentes sucessíveis, e um quarto quando não os haja. Tal dispositivo acha-se obviamente deslocado no contexto, inserto entre as "Disposições gerais" do Livro V, Título I¹⁷: a localização correta seria no Título II ("Da sucessão legítima"). Curioso é que o companheiro não está mencionado na relação dos herdeiros legítimos constante do art. 1.829.

¹⁶ Cf. YUSSEF SAHID CAHALI, *ob. cit.*, t. II, p. 954, com vasta exemplificação em a nota 400.

¹⁷ Certo, EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. XXI, *Do direito das sucessões*, Rio de Janeiro, 2003, pp. 53/4.

9. Duas breves palavras sobre a conversão da união estável em casamento. Reza o art. 1.726 do novo Código Civil que a conversão poderá fazer-se “mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”. A Lei nº 9.278, no art. 8º, consagrara disciplina mais simples, dispensando pronunciamento judicial, *verbis*: “Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio”.

Se tivermos em vista a determinação constitucional, no sentido de que a lei deve facilitar a conversão, não podemos deixar de considerar que o diploma de 2002 dá marcha a ré no particular. A solução da Lei nº 9.278 melhor se harmonizava com a diretriz fixada na Constituição.

10. É tempo de encerrar a presente exposição, que não pretende, nem poderia pretender, esgotar o assunto. O fato da convivência entre homem e mulher, sem formalização oficial, sempre existiu e nada faz crer que deixe de existir um dia. Antes de ser fato jurídico, é fato social, e como tal constitui objeto da sociologia. Pode também ser examinado por outros prismas: o econômico, o ético, o religioso – e, no particular, convém não esquecer que, em certas regiões do nosso país, grande número de uniões não oficializadas à luz da lei civil é constituído de pessoas que se casaram religiosamente, perante o ministro de alguma igreja.

A juridicização do fenômeno processou-se, entre nós, pouco a pouco, a partir de uma situação em que, a rigor, só se deparavam no ordenamento disposições restritivas, quando não punitivas. Como tantas vezes acontece, a evolução começou no terreno jurisprudencial. O novo Código Civil optou por tentar sistematizar a disciplina do instituto. Não faltará quem o censure por isso, quem tache de excessivamente ambiciosa a pretensão de submeter a padrões legais, pouco rígidos que sejam, uma realidade fluida e cambiante. Dirão alguns que, se homem e mulher decidem conviver sem cumprir as formalidades normalmente impostas pela lei, é um paradoxo que esta queira, não obstante, sujeitar-lhes a união a seu império. Outros pensarão que já era mais que tempo, para o legislador, de cuidar organicamente de tema que, mal ou bem, adquiriu relevo na sociedade contemporânea, e não se justificava que ficasse relegado a uma regulamentação fragmentária e às oscilações do tratamento jurisprudencial.

Seja como for, não parece que se haja obtido resultado plenamente satisfatório. Os textos do novo Código Civil atinentes à matéria nem sempre atendem às exigências da boa técnica, e deixam de lado questões importantes. Parece algo estranho que a lei se preocupe em definir o concubinato (art. 1.727), diferenciando-o com nitidez da união estável, e silencie quase totalmente acerca dos efeitos jurídicos daquele, com a provável conseqüência de que se lhe continuarão a aplicar as teses tradicionais, antes de mais nada a da “sociedade de fato”¹⁸. O próprio uso do termo “companheiros” é equívoco no diploma de 2002; ele figura no art. 1.565, *caput*, atinente ao casamento, ao qual, repita-se, de maneira alguma foi equiparada a união estável: “Pelo casamento, homem e

¹⁸ Sempre com a ressalva da nota 5, *supra*.

mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família". Dificuldades práticas na aplicação de dispositivos com certeza vão surgir em razão da inexistência de critério preciso para identificar o momento em que uma convivência se reveste das características apontadas no art. 1.723. Pode-se vaticinar sem grande temor de erro que numerosas controvérsias agitarão a doutrina e os tribunais. Mas essa, afinal, é uma contingência a que nem mesmo leis mais bem feitas conseguem furtar-se.

Outubro de 2002.

⁽⁹⁾ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA é Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.
