

AS UNIÕES EXTRAMATRIMONIAIS NO VELHO PROJETO DO NOVO CÓDIGO CIVIL

EDUARDO CAMBI*

*SUMÁRIO: 1. A reforma do Direito Civil 2. As uniões
estáveis no Direito Projetado 3. Conclusão.*

1 A REFORMA DO DIREITO CIVIL

Tomando-se o Direito a partir de suas fontes formais, percebe-se que a idéia da reforma nada mais é do que a consequência natural de um processo de evolução histórico-social. Sendo o Direito escrito uma exigência condicionante de segurança às relações intersubjetivas, a sociedade, politicamente organizada, encontrou nas leis o meio para garantir essa segurança jurídica.

Neste contexto, aparece, notadamente no século XIX, o fenômeno da codificação, como decorrência do iluminismo e do racionalismo aplicados à seara jurídica. É bem verdade, todavia, que a idéia de condensar as regras jurídicas em um sistema sempre esteve presente na história do Direito, desde o Código de Hamurabi, na Babilônia, em aproximadamente 2000 a.C., passando pelas legislações de Manu, na Índia, as Leis das Doze Tábuas e o *Corpus Iuris Civilis* (529-534 a.C.), para citar alguns exemplos ilustres. Restringindo-se a análise histórica do fenômeno da codificação à modernidade, pode-se situar o Código Civil francês (1804) e o alemão (1896) como sendo as duas grandes codificações recentes.

* Mestrando em Direito das Relações Sociais da UFPR.

Foi exigência do iluminismo a sistematização racional do Direito, em um ordenamento dotado de unidade, coerência e hierarquia. A codificação serviu para tornar o ordenamento jurídico claro, harmônico e ordenado, através de princípios gerais que informassem todo o corpo legislativo, evitando contradições, simplificando o conhecimento do Direito e possibilitando a sua melhor aplicação e controle.¹

Em torno ao *Code Napoléon*, formou-se a Escola da Exegese, que erigiu este Código como sendo a única fonte do Direito Civil, reduzindo o trabalho exegético à explicação literal dos textos legais (*dura lex sed lex*).² Houve, com efeito, uma tentativa de manipular ideologicamente o Direito, com o fundamento de que a lei seria a tradução da vontade geral e do bem comum. Essa manipulação ideológica partiu da burguesia que, pretendendo a manutenção do *status quo*, visou ocultar o conflito de classes e de interesses, difundindo a idéia de paz e harmonia, ordem e progresso, consenso e felicidade geral.³ Tratava-se, também, de uma reação ao *ancien régime*, pois a codificação visava prevenir o arbítrio estatal contra possíveis inovações judiciais. O juiz, portanto, deveria ser neutro aos interesses em jogo e aos valores plasmados no Código, sendo considerado simplesmente como sendo *la bouche de la loi* (a boca da lei). A sentença deveria subsumir-se, direta e automaticamente, à lei para que, desta forma, ficasse mais fácil controlar a atividade jurisdicional.

A idéia de consolidação das normas jurídicas chega ao Brasil a partir das Ordenações Portuguesas. Com a proclamação da República, a lei de 23 de outubro de 1823 determinou que a legislação portuguesa deveria vigor até que surgisse uma normatização essencialmente brasileira. Em 1858, Teixeira de Freitas sistematizou e organizou a legislação civil na Consolidação das Leis Civis. O primeiro Projeto de Código Civil brasileiro foi elaborado, também,

¹ CORTIANO JÚNIOR, Erouths. *O direito de família no Projeto do Código Civil*. Monografia apresentada na disciplina de Novas Tendências do Direito Civil, ministrada pelo Prof. Eduardo de Oliveira Leite, no Curso de Doutorado em Direito das Relações Sociais da UFPR.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Código Napoleão*. In: Revista de Direito Civil, vol. 51. p.13.

³ Aliás, a preocupação com a ideologia está inserida na própria noção de Direito, vez que, etimologicamente, a palavra "Direito" traduz, no senso comum, a idéia daquilo que se dirige para o caminho do bem, como algo essencialmente bom e justo; assim sendo, a imagem ideológica do Direito exclui os privilégios, o direito injusto e as leis titânicas que, quando ocorrem, constituem algo excepcional, que não compromete a essência ética universal da juridicidade. Cfr. Luiz Fernando Coelho. Uma teoria crítica do Direito. Estudo em homenagem a Luiz Legaz y Lacambra. Curitiba: Bonijuris, 1993. p.18-9.

por Teixeira de Freitas, em 1865, contando com mais de cinco mil artigos, mas foi rejeitado pela sua extensão e prolixidade.

Depois de outras tentativas igualmente frustradas, Clóvis Beviláqua apresentou, em 1899, o Projeto de Código Civil que, depois de tramitar por longos anos no Congresso Nacional, tornou-se a Lei 3071 de 1.1.16, entrando em vigor em 1.1.17.⁴ O nosso Código Civil (CC) de 1917 já nasceu envelhecido, pois, pelo momento histórico em que foi elaborado, passaram despercebidas duas grandes transformações histórico-sociais – a Revolução socialista de 1917 e a Primeira Guerra Mundial – que produziram consequências jurídicas marcantes ao longo do século XX.

Esse Código revelou a preocupação individualista e liberal da aristocracia rural, consagrando, como pilar do Direito de Família, o casamento formal como sendo a única forma de constituição da família legítima, o que, no fundo, ocultava a intenção patrimonialista de centrar a noção familiar na proteção da propriedade privada. Essa legislação liberal estruturou a família a partir da concepção do homem-proprietário, desconsiderando como sendo a *ratio* do casamento a afetividade e, com isso, descuidou-se da preocupação do ser humano visto pelo que ele *é* e *vale* (aspecto personalista), dando-se ênfase ao que ele *tém* (aspecto patrimonialista). Reconheceu, no absolutismo do pátrio poder e do poder marital, o patriarcalismo doméstico no meio social, o que, provocou a inaceitável categorização dos filhos e, em uma época em que não havia métodos eficientes de contracepção, permitiu discriminações odiosas contra as mulheres que, até a Lei 4121/62 (Estatuto da Mulher Casada), eram consideradas relativamente capazes para praticar os atos da vida civil. Esse modelo também ocultava o pressuposto ideológico religioso, já que, para a Igreja, o casamento sempre foi visto como sendo a forma de permitir a procriação das espécies.⁵ Assim sendo, devido a esses pressupostos ideológicos, todos os laços de afeto que não subsumissem à idéia do casamento formal não poderiam ser considerados legítimos para fins de proteção do Estado. Não é à

⁴ Sobre a história da legislação civil brasileira, cfr.: Fernando Braga. Da codificação à lei civil brasileira. In: Revista de Informação Legislativa, vol. 126. p.181-8; Munir Karam. Teixeira de Freitas e o processo de codificação do direito civil brasileiro. In: Revista de Direito Civil, vol. 29. p.95-112; Milton Fernandes. História da Codificação Civil Brasileira. In: Revista da AMAGIS, vol. X (1986). p.47-71.

⁵ Para uma análise histórica sobre o casamento como instituição divina, cfr.: Eduardo de Oliveira Leite. Tratado de Direito de Família. Vol. I. *Origem e evolução do casamento*. Curitiba: Juruá, 1991. p.107-262.

roa, pois, que o divórcio é uma conquista legislativa recente (Lei 6515/77) e que o Código Civil veda, de forma contundente, outras formas de conjugalidade (vide, por exemplo, os artigos 183, VII, 1177, 248, VI, 1719 e 1474).

Na tentativa de alterar esse quadro, houveram, pelo menos, duas grandes propostas de reformulação do Código Civil. Em 1961, com o anteprojeto de Código Civil de Caio Mário da Silva Pereira. E, em 1969, com o anteprojeto, que está ora em tramitação, elaborado pela comissão presidida por Miguel Reale e constituída por Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamon, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro.

No entanto, ao lado dessas tentativas de reforma, que não foram concretizadas em um novo Código Civil, o Direito Civil brasileiro passou por uma série de modificações através de leis especiais ou extravagantes. Assim, pode-se afirmar que o fenômeno da reforma do Direito Civil ultrapassa a questão da codificação, tomando outras perspectivas legislativas e, também, jurisprudenciais.⁶

O mundo dos códigos, na observação de Natalino IRTI, foi o mundo da segurança, quando os valores do liberalismo poderiam ser traduzidos em uma seqüência ordenada de artigos para a proteção das liberdades civis do indivíduo, na sua vida privada, contra as indébitas ingerências do poder político.⁷ Devido ao grau de desenvolvimento econômico, as relações sociais se tornaram complexas, determinando a especialização de interesses o que acarretou a particularização do Direito Civil, fazendo com que as codificações do século XIX e do início do século XX não mais satisfizesse.⁸ Com efeito, a noção de codificação não parece ser contemporânea, pois a proposta de reger, de forma complexa, através de um sistema de regras que seja durável, permanente e solucione todos os problemas da vida privada tem-se mostrado um esforço que exige anos de debate o que acaba gerando descompassos entre o código projetado, o tempo e a realidade. Depois de anos de tramitação, o projeto torna-se obsoleto e, quando transformado em lei, passa a reger o tempo presente

⁶ FACHIN, Luiz Edson. *A reforma do Direito Brasileiro: novas notas sobre um velho debate no direito civil*. In: Cadernos do Poder Judiciário. Anais do Seminário Luso Brasileiro sobre as Novas Tendências do Direito Civil. Abril/98. p.25.

⁷ *Apud* GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p.71.

⁸ EICHLER, Hermann. *Codificação do direito civil e teoria dos sistemas de direito*. In: Revista de Direito Civil, vol. 2. p.43.

com olhos na realidade do passado, quando deveria, ao menos numa visão transformadora da sociedade, pensar no presente com olhos para o futuro. Está-se, portanto, diante do fenômeno que Orlando GOMES denominou de *o caso das codificações*.⁹

Para evitar o esclerosamento do Direito, pela desatualização legislativa, a modernidade exige mecanismos mais eficientes para a reforma ou a atualização do Direito escrito.¹⁰ A desagregação do Direito Privado, pela proliferação de leis extravagantes, que constituem microssistemas (como, p. ex., o do CDC, do ECA, da Lei do Divórcio e da Lei do Inquilinato), dá ensejo a um outro fenômeno o da descodificação. Com a hipertrofia dos microssistemas, o Código passa a não mais se encontrar no centro das relações de Direito Privado, tornando-se uma norma residual, aplicável somente nos casos onde não haja legislação especial.¹¹

Aliada à essa tendência de descodificação, há um gradativo inter-relacionamento entre o Direito Constitucional e o Direito Civil, com a crescente intervenção estatal nos tradicionais domínios da autonomia privada, tornando mais difícil separar a esfera pública da privada.¹² Assim, os problemas de Direito Civil passam a encontrar soluções nas normas constitucionais. O Código Civil e a legislação ordinária avulsa não esgotam a totalidade das regras aplicáveis às relações jurídico-privadas, sendo a Constituição uma “fonte geradora” de Direito Privado. Logo, as normas constitucionais não são meros preceitos programáticos com caráter indicativo, mas, ao contrário, normas vinculantes¹³, que devem ser acatadas pelo legislador, na elaboração dos textos legislativos, e pelo juiz, através do método da interpretação conforme a Constituição.

⁹ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Cit. p.69-71.

¹⁰ Comentando o atual Projeto de Código Civil, Caio Mário da Silva Pereira afirma que “é mais lógico, mais científico e mais prático reformar o Código Civil por segmentos de que, por vaidade ou preconceito, refazê-lo por inteiro, posto que imperfeito e superado. [...] Sem me erigir em autor de profecia fácil, em poucos anos uma legislação mais prática, mais realista e mais sensível às inovações do progresso voltar-se-á para o Código resultante do Projeto em discussão e o tomará nas mãos para refazer o trabalho sob o mesmo argumento da sua rápida vetustez” (cfr. In: *Direito de Família Contemporâneo*. Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p.12).

¹¹ TEPEDINO, Maria Celina B. M.. *A caminho de um direito civil constitucional*. In: *Revista de Direito Civil*, vol. 65. p.24.

¹² AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A evolução do direito civil brasileiro*. In: *Revista de Direito Civil*, vol. 24. p.88.

¹³ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 1996. p.72.

A Constituição Federal de 1988, em apenas dois artigos (226 e 227), regulou, essencialmente, muitos institutos do Direito de Família, trazendo uma perspectiva revolucionária que deve ser assumida, a nível exegético, pelo aplicador das normas.¹⁴ Destarte, em sendo possível várias interpretações, deve-se optar por aquela que melhor concorde com a Constituição.¹⁵ Além disso, a CF/88 pautou por uma ordem axiológica que implica na valorização da pessoa humana (art. 1º, inc. III), o que permite, para o passado, a releitura do Direito infra-constitucional à luz dos novos valores e, para o futuro, a concretização normativa (legislativa e jurisprudencial) da tendência da repersonalização ou da despatrimonialização do Direito Civil. O afeto, desta forma, passa a ser colocado como elemento nuclear das relações familiares, fazendo com que a noção moderna de família seja marcada pelo desenvolvimento da personalidade dos seus membros (concepção eudemonista), o que, no fundo, permite a sua visualização como realidade social plural e flexível, não como instituição jurídica que deve ser constituída, necessariamente, pelo casamento formal e para a defesa da propriedade privada.

Ademais, a clássica distinção entre Direito Público e Direito Privado, consequência do individualismo jurídico, perde seu sentido, já que a Constituição, tendo o escopo de dar unidade ao sistema jurídico e possuindo supremacia hierárquica em relação às demais normas (infra-constitucionais), passa a ser fonte geradora do Direito Público e do Privado, o que reforça a idéia de que o fim do Direito é satisfazer os interesses gerais; atenua-se, então, as classificações normativas baseadas na qualidade do preceito, passando essa distinção, de público e privado, a ser meramente *quantitativa*. Ou seja, há institutos onde é prevalecente o interesse individual, mas também está presente o interesse coletivo e outros institutos onde prevalece os interesses sociais, embora funcionalmente ligados aos interesses individuais e existenciais dos seres humanos.¹⁶

No entanto, independente do modelo de reforma a ser adotado, as preocupações daqueles que querem dar uma perspectiva social transformadora

¹⁴ Nas palavras de Sérgio Gischkow Pereira, a "*Constituição revolucionou o Direito de Família. É imprescindível assumir esta revolucionariedade, a nível exegético, colimando evitar se tolham e minimizem as conquistas*" (Algumas questões de família na nova constituição. In: Revista dos Tribunais, vol. 639. p.252).

¹⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p.411.

¹⁶ TEPEDINO, Maria Celina B. M.. *A caminho de um direito civil constitucional*. Cit. p.24-7.

ao Direito Civil devem estar voltadas “*menos para a moldura e mais para o objeto fotografado*”.¹⁷ Mais importante que a preocupação formal pela sistemática do Direito Civil, são os resultados que esse Direito Civil produz quando aplicado concretamente. Logo, reformar o Direito Civil é pôr-se diante do desafio de propor uma nova base organizativa para a sociedade, dentro de uma perspectiva emancipatória, que consagre os valores fundamentais do ser humano¹⁸ e respeite a dinâmica social, para que se retire a carga conservadora do Direito a fim de que ele possa cumprir sua missão transformadora e construtora de um futuro diferente, tendo como meta realizar a sociedade livre, justa e solitária, que o constituinte idealizou como sendo objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, inc. I, da CF).

2 AS UNIÕES ESTÁVEIS NO DIREITO PROJETADO

O Projeto de novo Código Civil, ora em tramitação no Congresso Nacional, contempla a união estável com cinco artigos, do art. 1735 ao 1739.

Em primeiro lugar, o Projeto se vale da expressão “união estável”. Entretanto, o casamento também é uma espécie de união estável; por isso, melhor seria se empregasse o termo “união extramatrimonial”. É bom destacar, ainda, que a união extramatrimonial não é uma união livre; livre seria se não fosse regulamentada pelo Estado.¹⁹ As uniões extramatrimoniais, tal como considerada pelo ordenamento jurídico nacional, chega a ser uma instituição, ainda que não seja cercada da mesma proteção formal dispensada ao casamento.

Art. 1735. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, vivendo os companheiros por mais de cinco anos consecutivos.

¹⁷ FACHIN, Luiz Edson. *A reforma do Direito Brasileiro: novas notas sobre um velho debate no direito civil*. Cit. p.27.

¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. *O Código da Indiferença*. In: Folha Acadêmica (Órgão de Expressão dos Acadêmicos de Direito da UFPR), n. 120. Curitiba, maio de 1998. p.24.

¹⁹ João Baptista Villela defende a desregulamentação das uniões extramatrimoniais, pois, quem opta por esta união não quer se sujeitar ao regime da lei, tal como o casamento. Além disso, isso implica em uma cultura autoritária que acaba por castrar a sociedade civil, tornando as pessoas incapazes de adotar, por si mesmas, regras de convivência e de composição dos seus interesses afetivos. Cfr. Família hoje. In: *A nova família: problemas e perspectivas*. Organizador Vicente Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.80-1.

§ 1º O prazo previsto neste artigo poderá ser reduzido para três anos, quando houver filho comum.

§ 2º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos e as causas suspensivas dos arts. 1520 e 1522.

Esse Projeto foi elaborado antes da Constituição Federal de 1988 que, no art. 226, § 3º, reconheceu a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar bem como das Leis 8971/94 e 9278/96 que depois vieram a regulamentar aquele preceito constitucional.

O Projeto está em consonância com a Constituição quando prevê que a diversidade de sexos é requisito para a constituição da entidade familiar. Todavia, essa noção não está imune às críticas, vez que, não sendo a procriação biológica função essencial da família – caso contrário, nem os velhos nem aqueles que têm impotência absoluta poderiam se casar – nem sendo o componente afetivo, que está na essência da noção moderna de família, atributo da heterossexualidade, a diversidade de sexos poderia não ser um componente da entidade familiar.²⁰

Esse artigo 1735 exige, para a caracterização da estabilidade, a convivência por mais de cinco anos, cujo prazo pode ser reduzido, para três anos, no caso de existir prole comum. Não há dúvida que, para a caracterização da entidade familiar, a ser protegida pelo Estado, é necessário que a convivência deva ser estável ou, nos termos do artigo 1º da Lei 9278/96, duradoura, pública e contínua. Afinal, quer-se tutelar a família, isto é, a comunhão material e espiritual de vida. Portanto, há que estar presente o *animus* ou a intenção, tanto do homem, quanto da mulher, de constituírem família. No entanto, a formação da vontade, nas uniões extramatrimoniais, ao contrário do casamento, se prolonga no tempo, requerendo a sucessão de fatos e eventos. Por isso, o transcurso de um lapso temporal pode ser um critério que permita a objetivação da convivência *more uxorio*. Contudo, esse requisito não pode ser considerado rigidamente e não basta, por si só, para a verificação da intenção de constituição familiar. Ora, uma união de menos de cinco anos poderia ser considerada estável se o transcurso do lapso temporal tenha sido interrompido, por exemplo, pela morte de um dos companheiros e, por outro lado, uma união pode ter durado mais de cinco anos, mas não estar presente o *animus* de formação da família.

²⁰ VILLELA, João Baptista. *Família hoje*. Cit. p.73.

Quanto a redução desse prazo para três anos, quando houver prole comum, o projetista foi mais feliz que o legislador da Lei 8971/94 que, no art. 1º, elegeu a existência de prole comum como sendo requisito alternativo ao lapso temporal de cinco anos. Com efeito, não é a existência de prole comum que torna a convivência estável, já que o nascimento de uma criança não depende de um projeto parental, mas de mero encontro sexual. No entanto, a existência de um filho comum pode ser, no conjunto de outros elementos, mais um indício da existência da estabilidade da união. Por isso, parece um critério que, se adotado, faz presumir a união estável, o que justifica a redução do lapso temporal para três anos, mas não impede a produção de prova em contrário.

Entretanto, o Projeto deveria prever outros critérios para a objetivação da convivência *more uxorio*, tais como a notoriedade e a coabitação. A união extramatrimonial, para ser considerada entidade familiar ou recair na noção de concubinato, não pode ser clandestina, impura, desleal ou adulterina. A notoriedade da união é uma marca externa que evidencia a estabilidade, já que a verdadeira união estável não se dissimula, assumindo, os companheiros, perante terceiros, as vantagens e os encargos do convívio familiar. A coabitação é, também, outro indício da estabilidade. A habitação comum deve ser, ao contrário do que faz supor a Súmula 382/STF, a regra, não a exceção, vez que a convivência, em casas separadas, não é um comportamento arraigado no meio social brasileiro.

Por último, esse artigo 1735 impede a caracterização, como entidade familiar, das uniões entre pessoas casadas, fazendo remissão ao artigo 1520 que prevê situações de impedimento matrimonial. Sob este aspecto, cumpre ressaltar que o Projeto pode estar consagrando uma grande injustiça, pois, aqui, perde-se a oportunidade de tutelar, com maior veemência, as situações legítimas geradas pela separação de fato. Isto é, o Projeto, ao contrário do art. 1º da Lei 9278/96 que revogou o art. 1º da Lei 8971/94, não distinguiu a companheira da concubina, punindo aquelas uniões extramatrimoniais, onde um ou ambos os companheiros estejam separados de fato de seus cônjuges. Essas situações, pelo art. 1739, devem ser tuteladas pelo Direito Obrigacional, sob o rótulo do concubinato, não pelo Direito de Família.

O termo concubina traz, em si, uma carga etimológica pejorativa. *Concubinatus* deriva do verbo *concubare* ou *concumbere* e significa comunhão de leito, já que resulta de *cum* (com) e *cubare* (dormir). Isto é, concubina é a amante de lar clandestino; é a mulher que convive com um homem casado. Já

a companheira, em contrapartida, é aquela que mantém convivência *more uxorio* com homem solteiro, viúvo, divorciado ou, ainda, separado, de fato ou de direito, da esposa.²¹ Portanto, considerar concubinato as relações estáveis entre homem e mulher separados de fato significa não tutelar, adequadamente, a entidade familiar, baseada no afeto, na solidariedade e no companheirismo bem como voltada para o pleno desenvolvimento do ser humano (concepção eudemonista). Afinal, tratar essa realidade social (familiar), segundo o viés reducionista do Direito Obrigacional, preocupado apenas com a questão patrimonial, é uma grave injustiça.

Art. 1736. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

São os deveres pessoais e recíprocos, mais que os direitos, que melhor definem a constituição familiar.

O art. 2º da Lei 9278/96 afirma que são direitos e deveres iguais dos conviventes: I – respeito e consideração mútuos; II – assistência moral e material recíprocos; III – guarda, sustento e educação dos filhos comuns. Já o Projeto de Lei 1888-F, que é outro projeto para a regulamentação específica do art. 226, § 3º, da CF, também em tramitação no Congresso Nacional, fixa, como direitos e deveres de ambos os companheiros: I – lealdade; II – respeito e consideração; III – assistência moral e material.

Lealdade e respeito mútuo remontam a idéia de fidelidade recíproca.²² A fidelidade é um requisito fático intrínseco à noção de entidade familiar. Mais que uma exigência da sociedade monogâmica, faz parte da concepção eudemonista que reclama da família moderna a afetividade que se realiza na promoção do desenvolvimento emocional da pessoa humana.

Ao invés de mencionar somente o termo “assistência”, o Projeto poderia ter sido mais claro, consagrando as noções de assistência moral e material

²¹ Essa é a orientação dos Tribunais Superiores, cfr.: RF 197/97, RTJ 82/933 e RT 651/172. Essa posição é, também, ratificada pela doutrina, cfr.: THEODORO JR., Humberto. *Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o direito civil*. In: Revista dos Tribunais, vol. 662. p.13; VELOSO, Zeno. *Testamentos*. 2ª ed. Belém: Cejup, 1993. p.437; MOURA, Mário Aguiar. *Concubina ou companheira*. In: Revista dos Tribunais, vol. 519, p.295.

²² Basta referir que, para Aurélio Buarque de Holanda, fidelidade significa: 1. Qualidade de fiel; lealdade, firmeza. 2. Constância, firmeza, nas afeições, nos sentimentos, perseverança (cfr. Dicionário Básico da língua portuguesa. São Paulo: Nova Fronteira, 1988. p.296).

recíprocas, para que ficassem bem compreendidos tanto os aspectos materiais, que abrangem a alimentação, o vestuário, a educação, a saúde, a moradia, o lazer, quanto os morais (ou imateriais), que abarcam a participação na vida comum, a assistência, o amparo, o auxílio e o apoio mútuos. Enfim, a idéia de assistência é uma expressão do companheirismo e da solidariedade que devem estar presentes na entidade familiar, envolvendo quer a comunhão material, quer a espiritual, de vida. Porém, quanto a noção de alimentos, o Projeto não se manifestou sobre o problema da culpa (art. 19 da Lei do Divórcio), isto é, se o companheiro culpado pela separação faz jus ao direito de pleitear a prestação alimentícia do companheiro inocente e desprezado.

Os deveres de guarda, sustento e educação dos filhos comuns decorrem da própria noção de entidade familiar, enquanto abrigo de proteção e desenvolvimento da pessoa humana. É o vínculo de parentesco (art. 229/CF, art. 396/CC e art. 22/ECA), mais que a união estável, que determina a existência desses deveres. Para o cumprimento desses deveres, conferem-se aos pais poderes parentais (arts. 384-390/CC) e, no caso de frustração desses deveres, o ordenamento jurídico prevê sanções civis (arts. 155-163/ECA e 394-5/CC) e penais (arts. 244-7/CP).

Art. 1737. Na união estável, salvo convenção válida entre os companheiros, aplica-se, no que couber, o regime de comunhão parcial de bens.

O Projeto, ao contrário do art. 5º da Lei 9276/96, que adotou o regime da comunhão dos bens aqüestos, privilegiou o regime da comunhão parcial de bens. Este regime confere mais direitos que aquele, abrangendo, também, os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho e despesa anterior, as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge e, ainda, os frutos civis do trabalho de cada cônjuge ou de ambos (art. 271/CC).²³

No entanto, em qualquer um dos regimes de bens, não se comunica o patrimônio amealhado sem o esforço comum, isto é, os bens adquiridos anteriormente à união estável, os adquiridos por doação, herança e legado em favor de cada cônjuge, os adquiridos por sub-rogação. Além disso, as obrigações assumidas por cada um, salvo quando houver proveito de ambos, também não se comunicam.

²³ Pelo art. 1671 do Projeto, os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge fica excluído da comunhão.

O Projeto, em contrapartida ao art. 5º da Lei 9276/96, não mencionou preceito expresso sobre a questão da prova dos bens adquiridos na constância da união estável. No entanto, ao consagrar o regime da comunhão parcial de bens, admitiu, analogamente, a idéia da presunção – que é técnica de inversão do ônus da prova – de que todos os bens adquiridos, a título oneroso e na constância da convivência *more uxorio*, devem ser considerados como fruto do trabalho e da colaboração comuns. Isto é, se os companheiros silenciarem, não estipulando convenção válida, prevalece o regime da comunhão parcial de bens.

Podem, os companheiros, estipular convenção para reger, de modo diverso, o regime de bens da união estável. Contudo, para que essa convenção seja válida, os agentes devem ser capazes, o objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável, e a forma prescrita ou não defesa em lei (art. 103 do Projeto e 82/CC). Caso a convenção não seja válida, prevalece o regime legal da comunhão parcial de bens.

Um problema, muito discutido na jurisprudência, mas que o Projeto não resolve diz respeito a possibilidade de pedido de indenização por serviços prestados, no caso de não haver bens a serem partilhados, com o intuito de se evitar o enriquecimento sem causa.

Art. 1738. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

O casamento civil é precedido de formalidades preliminares. Há um procedimento de habilitação, com a apresentação de documentos perante o Oficial do registro civil. Depois, há a lavratura de proclamas, mediante edital, que se afixará durante quinze dias e deverá ser publicado pela imprensa, onde houver (art. 181/CC).²⁴ Transcorrido esse prazo, o oficial certificará que os pretendentes estão habilitados a se casar. Após as formalidades preliminares, ocorrerá a celebração, no dia, hora e lugar previamente designados pela autoridade, com toda a publicidade e solenidade, lavrando-se assento no livro de registro, que prevê a assinatura do presidente da celebração, dos cônjuges,

²⁴ O art. 1526 do Projeto amplia o prazo de afixação do edital de quinze para trinta dias além de reforçar a idéia de que a publicação é obrigatória mesmo se não houver imprensa local; neste caso, o edital será publicado em jornal da sede da Comarca ou da cidade mais próxima. Em caso de urgência, a publicação, desde que sejam apresentados os documentos necessários à habilitação matrimonial, poderá ser dispensada pela autoridade competente (art. 1526, § único., do Projeto e art. 182, § único, do CC).

das testemunhas e do oficial do registro, além de conter o regime de bens do casamento (art. 1535 do Projeto e 195/CC).

A conversão da união estável em casamento, pelo Direito Projetado, só será possível quando não houver impedimento (vide artigo seguinte). Assim, sendo um ou ambos os companheiros separados de fato ou de direito (não divorciados), o Projeto não considera essas hipóteses como união estável, mas como concubinato. Isto, conforme já salientamos, é um lamentável retrocesso em relação a Lei 9278/96 – que revogou o artigo 1º da Lei 8971/94 que considerava união estável somente o vínculo entre pessoas solteiras, separadas judicialmente, divorciadas ou viúvas – pautando-se na distinção entre o conceito de companheira e concubina para fins da ampla proteção do Direito de Família.²⁵

Esse artigo 1738, da mesma forma que o artigo 8º da Lei 9278/96, não previu o procedimento para a conversão da união estável em casamento. No entanto, o constituinte, no art. 226, § 3º, da CF, pede que o legislador facilite essa conversão. Portanto, a convivência contínua, pública e duradoura (*more uxorio*), por estar cercada da informalidade, deve suprir a necessidade de celebração solene do casamento. No entanto, não tem o condão de suprir o procedimento de habilitação dos companheiros, vez que, somente pela apresentação da documentação necessária, será possível averiguar se um ou ambos os companheiros não estão impedidos de se casarem.

Estando habilitados, desde que constatada a existência da união estável pelo juiz, a sentença judicial terá natureza mandamental, a fim de que possa

²⁵ Uma incoerência do art. 1º da Lei 8971/94 era considerar união estável o vínculo de pessoas separadas judicialmente e não atribuir os mesmos efeitos às separações de fato. Apesar da separação judicial fazer desaparecer os deveres de coabitação e de fidelidade recíproca bem como considerar rompido o regime matrimonial de bens (art. 3º da Lei 6517/77), aquelas pessoas continuavam impedidas para se casarem, já que só o divórcio põe termo ao casamento (art. 24 da Lei 6517/77). No entanto, esses efeitos pessoais e patrimoniais, por uma questão de lógica, também devem ser estendidos à separação de fato, considerada como sendo a ruptura definitiva (irreconciliável) da sociedade conjugal. Percebe-se, assim, que a noção de família não deve estar vinculada a noção de casamento; isto é, como resta evidente, mesmo as pessoas impedidas de se casarem podem formar uma família. Esse raciocínio, portanto, demonstra que não são apenas as uniões estáveis que podem ser convertidas em casamento que merecem a proteção do Direito de Família, pois uma coisa é a realidade social subsumir-se à noção jurídica de entidade familiar e outra coisa, completamente distinta, é a possibilidade dessa união estável ser convertida em casamento. Com efeito, o Projeto perde a oportunidade de atribuir outros efeitos jurídicos à separação de fato, não continuando o processo de legitimação desta ruptura iniciado na Lei do Divórcio (arts. 5º, § 1º, 26 e 40) e complementado pela Constituição Federal (art. 226, § 6º).

ser lavrado o assento no livro de registro civil. Por outro lado, se não estiverem habilitados, não poderão converter a união estável em casamento, o que, desde que não caracterizado o concubinato, pode não desnaturar a união estável para fins de tutela do Direito de Família.

Outra questão, ainda em aberto, é se a união estável constitui uma nova espécie de estado civil. Se a resposta fosse afirmativa, poder-se-ia pensar em uma espécie de registro civil, inclusive, para os companheiros. Essa posição traz, no fundo, uma grande preocupação com a segurança das relações jurídicas entre os terceiros e os companheiros contratantes. No entanto, mesmo que, *de lege ferenda*, essa solução não seja a adotada, os companheiros devem mencionar a existência da união estável quando celebrarem contratos com terceiros envolvendo bens comuns, principalmente se esses bens estiverem em nome de apenas um dos companheiros. Caso contrário, terceiros de boa-fé, que negociarem com os companheiros, não deverão arcar com os eventuais prejuízos decorrentes da falsidade ou da omissão de informações. Nestes casos, não há que se privilegiar o suposto direito à meação de um dos companheiros, devendo as perdas e danos serem resolvidas entre os próprios companheiros, já que o terceiro de boa-fé, na ausência de registro civil, não teria como, senão através da palavra do contratante, saber da existência da entidade familiar.

Art. 1.739. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

Vide a parte final dos comentários ao art. 1735. Somente à título de complementação, cabe salientar que o concubinato deve ser protegido pelo Direito Obrigacional. A proteção patrimonial do concubinato, independentemente da questão moral, quer evitar a possibilidade injusta do enriquecimento sem causa.

3 CONCLUSÃO

O antigo Projeto desconsidera alguns avanços jurisprudenciais e legislativos em relação às uniões extramatrimoniais; por isso, omite-se em resolver problemas sobre os quais deveria se manifestar, dentre os quais incluem-se as questões de direito sucessório, a indenização pelos serviços prestados, a culpa em matéria de alimentos, a extensão de efeitos jurídicos às separações de fato, o registro civil da união estável, o procedimento de conversão da união estável em casamento.

Entretanto, esse Projeto tem, no mínimo, a virtude de possibilitar a discussão sobre a necessidade de reforma e a forma de sistematização do Direito Civil. O mais importante, portanto, é não perder de vista a realidade social bem como a visualização da família como sendo um fenômeno social, plural e flexível, sujeito à transformações nem sempre compreendidas no espectro jurídico. Afinal, o legislador não deve ter a pretensão de imutabilidade ou eternidade, já que as leis, por mais bem elaboradas que sejam, são produtos humanos, destinados a regular a sociedade em um determinado momento histórico, não estando imunes ao tempo e as modificações fáticas e axiológicas.²⁶ O Código, enfim, deve ser um instrumento útil para a promoção do desenvolvimento do ser humano e para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, tornando menos abstratos os objetivos traçados pelo constituinte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A evolução do direito civil brasileiro. In: Revista de Direito Civil, vol. 24.
- BRAGA, Fernando. Da codificação à lei civil brasileira. In: Revista de Informação Legislativa, vol. 126.
- COELHO, Luiz Fernando. Uma teoria crítica do Direito. Estudo em homenagem a Luiz Legaz y Lacambra. Curitiba: Bonijuris, 1993.
- CORTIÃO JÚNIOR, Elouthis. O direito de família no projeto do Código Civil. Monografia apresentada na disciplina de Novas Tendências do Direito Civil, ministrada pelo Prof. Eduardo de Oliveira Leite, no Curso de Doutorado em Direito das Relações Sociais da UFPR.
- EICHLER, Hermann. Codificação do direito civil e teoria dos sistemas de direito. In: Revista de Direito Civil, vol. 2.
- FACHIN, Luiz Edson. A reforma do Direito Brasileiro: novas notas sobre um velho debate no direito civil. In: Cadernos do Poder Judiciário. Anais do Sminário Luso Brasileiro sobre as Novas Tendências do Direito Civil. Abril/98.

²⁶ Aliás, como nos conta René Savatier, Napoleão, no final de sua vida, na Ilha de Santa Helena, teria confessado a Montholon: "Minha maior glória não foi ter ganho quarenta batalhas; Waterloo apagou a lembrança de tantas vitórias. O que ninguém apaga e viverá eternamente é o meu Código Civil" (L'art de faire les lois. Bonaparte et le Code Civil. Paris: Dalloz, 1927. p.1).

- FACHIN, Luiz Edson. O Código da Indiferença. In: *Folha Acadêmica* (Órgão de Expressão dos Acadêmicos de Direito da UFPR), n. 120. Curitiba, maio de 1998.
- FERNANDES, Milton. História da Codificação Civil Brasileira. In: *Revista da AMAGIS*, vol. X (1986).
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- HOLANDA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Básico da língua portuguesa*. São Paulo: Nova Fronteira, 1988.
- KARAM, Munir. Teixeira de Freitas e o processo de codificação do direito civil brasileiro. In: *Revista de Direito Civil*, vol. 29.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de Direito de Família*. Vol. I. Origem e evolução do casamento. Curitiba: Juruá, 1991.
- MOURA, Mário Aguiar. Concubina ou companheira. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 519.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Código Napoleão. In: *Revista de Direito Civil*, vol. 51.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. In: *Direito de Família Contemporâneo*. Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- PEREIRA, Sérgio Gischkow. Algumas questões de família na nova constituição. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 639.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 1996.
- SAVATIER, René. *L'art de faire les lois. Bonaparte et le Code Civil*. Paris: Dalloz, 1927.
- TEPEDINO, Maria Celina B. M.. A caminho de um direito civil constitucional. In: *Revista de Direito Civil*, vol. 65.
- THEODORO JR., Humberto. Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o direito civil. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 662.
- VELOSO, Zeno. *Testamentos*. 2ª ed. Belém: Cejup, 1993.
- VILLELA, João Baptista. Família hoje. In: *A nova família: problemas e perspectivas*. Organizador Vicente Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.