

O Casamento e a União Estável na Perspectiva do Novo Código Civil Brasileiro

Marriage and Stable Union according to the New Brazilian Civil Code

JULIO CESAR GARCIA RIBEIRO

Mestre em Direito pela UNISC, Professor de Direito de Família, de Sucessões e Temas Emergentes da ULBRA,
Unidade de São Jerônimo, RS.

RESUMO

A edição de um novo Código Civil (Lei nº 10.406/02), vertido com o objetivo de afastar a mora legislativa ao processo de efervescência das demandas sociais, na esteira da Constituição vigente, justifica o exame comparativo da formação e dos efeitos jurídicos decorrentes da família matrimonial e convivencial.
Palavras-chave: Família, direito matrimonial e convivencial, família e sucessões.

ABSTRACT

A new edition of Brazilian Civil Code, (Law nº 10.460/02), structured with the finality to move away the legislative estrangement from the process of social demands, and following the latest Brazilian Constitution, justifies a comparative analysis on the formation and the juridical effects resulting from the matrimonial and the convivial family.
Key words: family, matrimonial and convivial law, family and succession.

Direito e Democracia	Canoas	vol.5, n.1	1º sem. 2004	p.127-146
----------------------	--------	------------	--------------	-----------

INTRODUÇÃO

O País, passado quase um século da promulgação da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, ganha um novo Código Civil. Pela Lei nº 10.406/02, vigente desde 11 de janeiro de 2003, retoma-se a trajetória da codificação, em substituição à fase estatutária, que permeou esse intermédio, através da qual pretendeu incorporar os diversos textos esparsos e as alterações decorrentes dos recentes avanços sociais e tecnológicos.

O tema é vasto, limitar-nos-emos a incursionar em relação ao Casamento e à União Estável no novo Código Civil Brasileiro; o texto legislativo é recente, colocá-lo-emos em perspectiva, considerando as disposições da Constituição Federal de 1988, o Código anterior de 1916 e a legislação complementar, em consonância com a efervescência das demandas sociais, sujeitando-nos aos riscos iminentes às conclusões apressadas; o trabalho, sob a forma concentrada e, sem dúvida, às limitações do autor, procura seguir uma linha didática, mediante subdivisão dos temas, visando facilitar a apropriação das suas idéias centrais.

I. HISTÓRICO BREVE DA FAMÍLIA

Os registros históricos estão a demonstrar, como fenômeno social e político de clara aceitação, que a família ocidental viveu largo período sujeita ao sistema *patriarcal*, organizada sob o princípio da autoridade do *pater*, ao mesmo tempo chefe político, juiz e sacerdote, e em função do ideário religioso, a que nós, herdeiros intelectuais da civilização romana, retratamos como padrão institucional.¹

É de destacar que na Grécia, organizada por classes sociais, o concubinato não implicava desonra, podendo derivar de uma união regular entre pessoas somente impedidas de casar em virtude da condição social, enquanto em Roma, até o período pós-clássico, quando não havia formalidade burocrática, a estrutura familiar se fazia assentada na posse de estado de casados.²

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 11a. ed., 2001, vol. V, ps. 16 a 19.

² BORGHI, Hélio, *União Estável e Casamento: Aspectos Polêmicos*, São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2ª ed., 2003, p. 03.

As transformações havidas gradativamente, já prenunciadas na fase final do Império Romano, através do Direito Canônico, foram inspiradas no direito germânico, tendo como suporte a concepção cristã de família, com a substituição da organização autocrática por uma orientação democrática-afetiva, deslocando o princípio da autoridade paterna para o da compreensão e do amor.³ Entretanto, para os canonistas o concubinato era visto como ato atentatório à integridade da família, capaz de ensejar aos concubinos sanções civis e penais⁴.

No que diz com a família brasileira, como dito antes, detém origem remota nas instituições romanas, de estrutura tipicamente patriarcal, com forte influência do Direito Canônico, transportadas até nós pelas mãos dos portugueses.⁵

Traz-se à colação recorte da obra de Orlando Gomes, agregando subsídios explicativos acerca das origens diretas e imediatas da família no Direito Pátrio:

Fontes históricas do Direito de Família brasileiro são, principalmente, o direito canônico e o direito português, representado este, sobretudo, pelos costumes que os lusitanos trouxeram para o Brasil como seus colonizadores.

A autoridade do direito canônico em matéria de casamento foi conservada até a lei de 1890, que instituiu o casamento civil. ...

O Direito de Família do país é dominado realmente pelas concepções religiosas e éticas do catolicismo, das quais, entretanto, vem se afastando ultimamente.⁶

No Brasil, até 1890, somente eram celebrados casamentos religiosos; com o Decreto nº 181, passou o Estado a exigir o casamento civil, e, pelo Decreto nº 521, também de 1890, obrigava o sacerdote, sob pena de prisão de até 6 meses, a só realizar casamento religioso precedido do civil.⁷

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 19.

⁴ MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil*, 2º volume, São Paulo, Ed. Saraiva, 1993, p. 16.

⁵ LUZ, Valdemar P. da, *Curso de Direito de Família*, Caxias do Sul: Mundo Jurídico, 1996, p.14, idem FACHIN, Rosana Amara Girardi, *Em busca da Família do Novo Milênio*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, ps. 26/7.

⁶ GOMES, Orlando, *Direito de Família*, Rio de Janeiro: Forense, 12a. ed., 2000, ps. 9 e 10.

⁷ LUZ, Valdemar P. da, op. cit., p. 25.

A força do cristianismo se fez sentir, de forma cristalina, na luta secular pela implementação do divórcio, só fecundada pela Emenda Constitucional nº 09, em 28 de junho de 1977, regulamentada pela Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

A propósito da União Estável, como significado da convivência sólida e duradoura entre pessoas desimpedidas e de sexo diverso, com objetivo de formar família, despertou a atenção inicial do Direito Previdenciário, como fundamento de amparo à família do trabalhador, no primeiro momento exclusivo à mulher e mediante comprovação da dependência econômica efetiva, Decreto nº 20.465/31, Lei Orgânica da Previdência Social; posteriormente, considerada por presunção e a ambos os sexos, como assente no art. 16, § 4º, da Lei nº 8.213/91, bastando fazer a prova da união estável; e, de igual sorte, veio a ser objeto de tratamento pelo Direito Tributário, com a edição da Lei nº 4.242/63, art. 44, atualmente indistinto aos companheiros, art. 35, II, da Lei nº 9.250/95, possibilitando o abatimento na declaração de renda na categoria de encargos familiares⁸.

E, no plano do Direito Civil, limitado, na sua primeira fase, às demandas indenizatórias à concubina por serviços domésticos prestados, fundamentado em impedir o enriquecimento sem causa de uma pessoa em relação à outra, evocando o art. 1.216, do revogado Código de 1916⁹, foi galgando espaço, gradativamente, mercê dos avanços jurisprudenciais, caso da Súmula 380, do STF, admitindo a partilha entre os concubinos de bens adquiridos pelo esforço comum; a Lei nº 8.971/94, que assegura direito aos alimentos e a partilha, inclusive na herança, onde assume o 3º lugar na ordem de vocação hereditária; e, enfim, a Lei nº 9.278/96, a introduzir direitos e deveres recíprocos, de diversas ordens e, à semelhança do casamento, remeteu a matéria à competência do juízo da Família, na esteira do disposto no art. 226, § 3º, da Carta Magna.

A Lei nº 10.406/02, que institui o novo CCB, incorpora as disposições anteriores, especialmente as da Lei nº 9.278/96, que regulamentou o § 3º, do art. 226, da CF, inscritas no Título III, Livro IV, Parte Especial, arts. 1.723 até 1.727.

⁸ PESSOA, Cláudia Grieco Tabosa, *Efeitos Patrimoniais do Concubinato*, São Paulo: Editora Saraiva, 1997, ps. 246/8. Idem, a propósito da previdência, em RIBEIRO, Julio Cesar Garcia, *A Previdência Social do Regime Geral na Constituição Brasileira*, São Paulo: LTr, 2001, p. 133.

⁹ PESSOA, Cláudia Grieco Tabosa, op. cit., p. 121.

II. DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL

1. Considerações introdutórias

Realizado o registro, em breves pinceladas, das bases históricas de formação da família e estabelecidos os pilares estruturais do Direito de Família, passaremos ao exame da sua fonte formal de estrutura: Código Civil editado pela Lei nº 10.406/02, com ênfase no casamento e na união estável, Livro IV, repercutindo efeitos sucessórios, objeto do Livro V, integrantes da Parte Especial.

O objeto do Direito de Família é a própria família, assim consideradas as pessoas vinculadas pelo Direito Matrimonial, pela União Estável e pelo Parentesco, além de integrar institutos afins, Tutela e Curatela, uma vez que a Ausência foi incorporada à Parte Geral, Livro I, Título I – Das Pessoas Naturais.

No particular, o Direito Matrimonial e a União Estável, em situação símile, como entidades familiares legítimas, constituem-se no centro de irradiação das normas básicas do Direito de Família, com proteção especial do Estado (CF, art. 226, §§ 1º e 3º e CCB, arts. 1.511 a 1.590 e 1.723 a 1.727).

2. Do casamento

2.1. *Formalidade Essenciais ao Casamento:*

Preenchidos os requisitos do processo prévio de habilitação (arts. 1.525 a 1.532, CCB) e não havendo o oferecimento de oposição de impedimentos matrimoniais (circunstância que vede o casamento, casos de infração ao art. 1.521, CCB) ou de causas suspensivas (art. 1.523, CCB), ou julgada improcedente a oposição, e, com efeito, de posse da certidão de habilitação expedida pelo oficial do Registro Civil, os nubentes encaminharão petição à autoridade competente para designar dia e hora para a celebração do casamento (art. 1.533, CCB).

A cerimônia nupcial é ato formal por excelência, revestida de *publici-*

dade (art. 1.534 e §§ 1º e 2º, CCB), contando com a *presença real e simultânea dos contraentes*, admitida a representação de um deles mediante procuração pública, com poderes especiais e expressos, resulta coroada com a livre, espontânea e sucessiva *manifestação de vontade* dos contraentes e a decorrente declaração de casados pelo juiz (art. 1.535, CCB), completando-se com a lavratura do termo de registro, assinado pelos cônjuges, testemunhas e oficial/juiz (art. 1.536, CCB).

2.2. Efeitos decorrentes do casamento:

O casamento produz efeitos de diversas ordens: sociais, pessoais e patrimoniais, entre os cônjuges e entre pais e filhos, dando origem a direitos e deveres recíprocos.

2.2.1. Na *esfera social*, podemos alinhar que o casamento: (a) cria a família matrimonial, tanto que o Estado, embora proteja a união estável, indica que a lei deve facilitar sua conversão em casamento (CF, art. 226, §§ 1º, 2º e 3º; CCB, art. 1.565), proibindo a intervenção de qualquer pessoa na vida da família (art. 1.513, do CCB); (b) estabelece vínculo de afinidade entre cada cônjuge ou companheiro com os parentes do outro (art. 1.595, §§ 1º e 2º, CCB); (c) emancipa o cônjuge menor de idade (art. 5º, § único, II, CCB); (d) constitui o estado de casado, com a assunção da condição de consortes, responsáveis pela manutenção da família (art. 1.565, CCB).

2.2.2. Quanto aos *efeitos pessoais*, estabelece deveres recíprocos entre os consortes e em relação aos filhos, de diversas ordens, devidamente especificados no art. 1.566, do CCB: (a) mútua fidelidade (art. 1.566, I, CCB; art. 240, CP), importando registrar que o adultério de qualquer dos cônjuges constitui causa para fundamentar a separação judicial litigiosa, por representar ofensa grave à honra do outro cônjuge (art. 1.573, I, CCB); (b) vida em comum, no domicílio conjugal (art. 1.566, II, idem art. 1.511, CCB); (c) mútua assistência: difere do socorro econômico, é tido como o mais importante dever matrimonial, consistente em ajuda e cuidados, tem um conteúdo eminentemente ético¹⁰ (art. 1.567, III, CCB); (d) sustento, guarda e educação dos filhos (art. 1.566, IV), incluído como

¹⁰ DINIZ, Maria Helena, op. cit., 5º Vol., Direito de Família, p. 128.

deveres recíprocos entre os cônjuges, têm sentido próprio ao tratarmos dos deveres dos pais em relação aos filhos; e, enfim, (e) respeito e consideração mútuos (art. 1.566, V), transportado da legislação pertinente à união estável (Lei nº Lei nº 9.278/96, art. 1º).

2.2.3. Os *efeitos patrimoniais* referem-se às relações econômicas no âmbito matrimonial, representadas pelo regime de bens que deverá vigor, partindo do pressuposto de que a regra indica que é livre aos nubentes, antes da celebração do casamento, pactuarem quanto ao regime de bens, suscetível de alteração somente motivada e em juízo (art. 1.639, §§ 1º e 2º, CCB). No silêncio das partes, ou sendo nula ou ineficaz a convenção realizada, vigorará o regime da comunhão parcial (art. 1.640, *caput*, CCB). Existem casos, contudo, em que o regime de Separação é obrigatório (art. 1.641, CCB).

- (a.) Regime da *Comunhão Parcial de Bens*: não havendo pacto antenupcial, prevalece o regime da *comunhão parcial ou limitada*, que indica a comunhão apenas de *aquêstos*, i. é, dos bens adquiridos na constância do casamento; excluem-se, assim, os anteriores, os sub-rogados e os de causa anterior (arts. 1.659 e 1.661, do CCB), introduzido como regime comum (art. 1.640), em substituição ao universal, desde a chamada Lei do Divórcio (nº 6.515/77).
- (b.) Da *Comunhão Universal de Bens*: é regime advindo de pacto antenupcial, pelo qual os bens que cada um possui, mais os que forem adquiridos na constância do casamento, pertencerão a ambos, passando cada cônjuge a deter metade ideal do patrimônio indiviso e das dívidas comuns (art. 1.667, CCB), cujas exceções, em decorrência do personalismo ou devido à natureza, acham-se arroladas no art. 1.688, cc. art. 1.659, V a VII. Em circunstância excepcionada da comunhão, como são os bens doados ou testados com cláusula de incomunicabilidade, essa não atinge os frutos percebidos ou vencidos no curso do casamento (art. 1.669, CCB).
- (c.) Regime da *Separação de Bens*: é o regime em cada consorte conserva os bens anteriores e os que forem adquiridos após o casamento, como também respondem separadamente pelas dí-

vidas contraídas, podendo livremente alienar e gravar de ônus real (art. 1.687, CCB), respondendo ambos pelas despesas domésticas (art. 1.688, CCB). Deriva, quanto à origem, de imposição legal ou obrigatória, nos casos de casamentos celebrados com inobservância de causa suspensiva, do maior de sessenta (60) anos e daqueles autorizados ao casamento por suprimento judicial (art. 1.641, CCB), ou de pacto antenupcial (art. 1.639, CCB).

- (d.) Regime da *Participação Final nos Aquestos*: diz-se daquele, também decorrente de pacto antenupcial, em que cada cônjuge possui patrimônio pessoal, integrado pelos bens que possuía ao casar e os adquiridos na constância do casamento, cabendo-lhes a metade dos adquiridos a título oneroso na constância do casamento à época da dissolução da sociedade conjugal, nos casos de morte, separação ou divórcio (arts. 1.672 a 1.686, CCB).

2.3. Dos Alimentos

Alimentos constitui-se em prestação de caráter assistencial destinada a atender as necessidades de vida de uma pessoa por outra, considerando a relação necessidade de quem reclama e a capacidade da pessoa obrigada (art. 1.694, § 1º, CCB), podendo ser fixados: a) na ação de alimentos em decorrência do parentesco, entre pais e filhos e parentes em linha reta e colateral até 2º grau (CCB, art. 1.694, cc. 1.696/7, e Lei nº 5478/68, art. 4º); b) de ação de separação judicial, divórcio, de anulação de casamento e de dissolução da união estável, reciprocamente aos cônjuges ou conviventes e aos filhos (art. 1.694, c.c. arts. 1.703/4, CCB); e, c) na ação de reparação para ressarcir vítima por ato ilícito (arts. 948, II e 950, CCB).

O dever de assistência entre os cônjuges, previsto no art. 1.566, III, do CBC, diversamente dos demais (fidelidade, comunhão de vida, respeito e consideração), pode ter continuidade após a dissolução da sociedade conjugal sob a forma de pensão alimentícia, nos termos do art. 1.694, 1.702 e 1.704.

O divórcio não extingue a obrigação alimentar, nem o novo casamento do cônjuge devedor dos alimentos (art. 1.709), embora tal circunstância possa prestar-se à revisão da pensão paga ao ex-cônjuge, com vistas à redução do valor.

Não obstante, mantida a obrigação alimentar em caso de divórcio, o texto deixa evidenciado, no nosso entendimento, que, divorciando-se os cônjuges, ou dissolvida a união estável, sem que tenha havido fixação prévia ou na sentença de dissolução do casamento, não são mais devidos os alimentos, muito embora devesse tê-la incluído dentre as causas de cessação arroladas no art. 1708.

2.4. Do Direito Sucessório

Os efeitos *sucessórios*, condizentes com a transferência de bens ao cônjuge sobrevivente em virtude da morte do outro, já no campo do Direito das Sucessões, estão arrolados pelo art. 1.829, incisos I, II e III.

Havendo herdeiros necessários ou legitimários (descendentes, ascendentes ou cônjuge), o testador só pode dispor de metade da herança, uma vez que a outra metade, dita legítima, pertencerá àqueles (art. 1.789, c.c. o art. 1.845). O Código inova incluindo o cônjuge na categoria de herdeiro necessário.

Pertinente à Sucessão Legítima são contemplados, pela ordem, excluindo-se uns aos outros, ressalvada a concorrência do cônjuge com os descendentes ou ascendentes (arts. 1.829, I e II, cc. 1.832 e 1.837) e do convivente com todos os parentes sucessíveis (art. 1.790), em decorrência da proximidade, segundo a linha e o grau, os parentes consanguíneos ou civis descendentes, havidos ou não do casamento; ascendentes; cônjuge sobrevivente; os colaterais até o 4º grau (art. 1.839).

Específico quanto à *concorrência do cônjuge* com os descendentes e ascendentes no patrimônio particular ou exclusivo do falecido e, assim, sem qualquer relação com o direito próprio à eventual meação em bens comuns adquiridos na constância do casamento, este concorrerá:

- (a) com os *descendentes*, se ao tempo da morte não estava separado judicialmente ou nem tenha agido com culpa em separação fato de mais de 2 anos (art. 1.830) e, ainda, não for caso de regime de comunhão de bens ou de separação obrigatória (art. 1.829, I e 1.641), cabendo ao cônjuge sobrevivente, na concorrência com os descendentes (art. 1.829, I): (a.1) quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça e, (a.2) havendo filho comum, sua quota não pode ser inferior a $\frac{1}{4}$ da herança (art. 1.832);

- (b) com os *ascendentes* do falecido (art. 1.829, II, se forem de 1º grau (pais), independente do regime de bens adotado no casamento, o cônjuge terá direito a 1/3 da herança, mas em concurso com um só ascendente ou de grau superior haverá ½ do acervo (art. 1.837);
- (c) na falta de descendentes ou ascendentes, será deferida integralmente a sucessão ao cônjuge sobrevivente, seja qual for o regime de bens (art. 1.829, III, c.c. art. 1.838). Não havendo cônjuge, segue aos colaterais até 4º grau (art. 1.839) e, sem parente sucessível, ou tenham renunciado a herança, esta se devolve ao Município (art. 1.844).

3. Da união estável

Virgílio de Sá Pereira (*Direito de Família*, Cap. VIII, 2ª ed., 1959), referenciando por Zeno Veloso, a propósito do processo de evolução do reconhecimento das uniões e, diante do fato social, o trabalho desenvolvido pela doutrina e pela jurisprudência à frente da lei, lapidou o seguinte parágrafo:

*... o legislador não cria a família, como o jardineiro não cria a primavera; soberano não é o legislador, soberana é a vida, e a família é um fato natural, o casamento é uma convenção social: a convenção é estreita para o fato e este, então, se produz fora da convenção. Agora diz-me, pergunta o mestre pernambucano: “que é que vedes quando vedes um homem e uma mulher, reunidos sob o mesmo teto, em torno de um pequeno ser, que é fruto do seu amor? Vereis uma família. Passou por lá o juiz, com sua lei, ou o padre, com o seu sacramento? Que importa isto? O acidente convencional não tem força para apagar o fato natural.”*¹¹

¹¹ VELOSO, Zeno, *União Estável*, Belém: Ed. Cejup e Min. Público do Estado do Pará, 1997, p. 14.

3.1. Da Configuração da União Estável

Vencida a resenha histórica, doravante ter-se-á como porta de ingresso no tema a Constituição de 1988, no § 3º do art. 226, reconhecendo a União Estável entre homem e mulher como entidade familiar.

Primeiramente, é importante considerar que a União Estável, diferente do Casamento, constituído por solenidade e comprovado por certidão cartorária, é fato, dependente, como tal, de comprovação efetiva, tanto com vistas ao reconhecimento como à dissolução. Entretanto, dado que única referenciada pelo novo texto, temos que à sua configuração bastante será a apresentação de contrato escrito válido dispondo quanto às relações patrimoniais (art. 1.725, do CCB).

Acerca da União Estável, a Lei nº 10.406/02, que institui o novo CCB, incorpora as disposições anteriores, Lei nº 8.971/94 e, especificamente, os pressupostos contidos na Lei nº 9.278/96, que regulamentou o § 3º, do art. 226, da CF, inscrita no Título III, Livro IV, Parte Especial, arts. 1.723 até 1.727.

Em síntese, é reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher desimpedidos ao casamento ou que se acharem separados judicialmente ou de fato, sem prejuízo das causas suspensivas (art. 1.523 = equivalentes aos impedimentos dirimentes privados), configurada de forma pública, contínua e duradoura (art. 1.723 e §§ 1º e 2º).

3.2. Efeitos Advindos da União Estável

3.2.1. A União Estável, como entidade familiar reconhecida pelo texto constitucional e pelo novo Código Civil (CF, art. 226, § 3º; CCB, arts. 1.723 a 1.727), uma vez configurada, livre da interferência de qualquer pessoa na comunhão de vida da família (art. 1.513, do CCB), também produz efeitos *sociais*, na vida de relação dos conviventes com os demais familiares, criando vínculo de afinidade de cada convivente com os parentes do outro (art. 1.595), constituindo-se em legítima unidade familiar objeto de proteção do Estado.

3.2.2. Atinente aos *efeitos pessoais*, seguindo a moldura da Lei nº 9.278/96, art. 2º, que informa as relações entre os cônjuges, estabelece aos conviventes os deveres pessoais de lealdade, respeito e assistência, suprimin-

do a terminologia consideração mútua, e de guarda, assistência e educação dos filhos (art. 1.724, do CCB).

3.2.3. Relativo aos *efeitos patrimoniais*, isto é, as relações econômicas vigentes no curso da União Estável, não havendo contrato escrito, aplica-se, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens (art. 1.725, CCB), na esteira do que preconizava a Lei nº 8.971/94, art. 3º, e a Lei nº 9.278/96, art. 5º. O Código não faz referência, no âmbito do Direito de Família, de estarem as relações comunitárias patrimoniais restritas aos bens adquiridos a título oneroso; todavia, no âmbito das Sucessões, isto é, na dissolução da União Estável em decorrência da morte de um dos consortes, faz incidir a sua participação apenas em relação aos bens adquiridos onerosamente na sua vigência (art. 1.790, *caput*).

3.3. Do Direito Alimentar

Ultrapassada a fase remota e pós Constituição de 1988, a Lei nº 8.971/94, art. 1º, *caput*, disponibilizava à(o) companheira(o) a Lei de Alimentos, nº 5.478/68, e, por igual, a Lei nº 9.278/96 ratifica este direito ao convivente. O novo texto incorpora as disposições anteriores no mesmo patamar da relação matrimonial (1.694, CCB).

3.4. Das Decorrências Sucessórias

Importa considerar, preliminarmente, que a legislação ordinária anterior, a começar pela Lei nº 8.971/94, art. 2º, e seus incisos, assegurava ao companheiro sobrevivente participação na sucessão do outro, a saber: I. usufruto legal de $\frac{1}{4}$ dos bens, se o *de cujus* tiver filhos; II. Usufruto de $\frac{1}{2}$ dos bens, não existindo filhos, mas sobrevivam ascendentes do *de cujus*; III. na falta de descendentes ou ascendentes terá direito à herança (integral); e, ademais, no art. 3º, comprovando que os bens deixados pelo autor da herança *resultarem de atividade em que haja colaboração do (a) companheiro (a)*, terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

Agora, o novo Código, art. 1.790 e seus incisos, atribui ao convivente sobrevivente participação na sucessão do outro, restrito aos bens adquiridos a título oneroso na sua constância, (I) em parte igual àquela atribuída ao filho comum; (II) concorrendo com descendentes só do autor da herança tocar-lhe-á a metade do que for atribuído à cada um deles; (III) concor-

rendo com outros parentes sucessíveis, inclusive colateral de 4º grau, haverá 1/3 da herança; e, (IV) só na falta de parente sucessível, a integralidade da herança.

Com efeito, o convivente deixa o 3º lugar da ordem de vocação hereditária, ficando em último; não ingressa, como herdeiro necessário, aos efeitos de limitar a testamentária; concorre com todos os parentes sucessíveis, apenas em relação aos bens adquiridos onerosamente e na constância da convivência, em percentuais inexpressivos; e, finalmente, não participa do acervo particular do extinto.

III. EXAME CRÍTICO DO NOVO DIPLOMA CIVIL

Desde logo, as conclusões mais salientes, quanto aos efeitos dos casados e dos conviventes, apontam para uma equivalência de deveres; simetria nas relações econômicas, pertinente ao regime de bens e à pensão; e, ao Direito Sucessório, verificamos um importante desequilíbrio, retrocesso ao instituto convivencial.

De outra parte, resta excluído da esfera de proteção especial o concubinato, a união livre de pessoas impedidas ou sem ânimo familiar, não por isso como uma ilha deserta, a desafiar os operadores do direito (art. 1.727, CCB). Ao encerramento de um ciclo, um novo se abre, tanto que, não raro, pipocam decisões judiciais reconhecendo direitos aos concubinos e à união de pessoas de mesmo sexo, não só na esfera previdenciária como também no âmbito do direito civil, no mínimo de natureza indenizatória, visando reprimir o enriquecimento ilícito, ou sem causa, seguindo os ditames dos arts. 884 a 886, do Código Civil Brasileiro.

1. Do direito de família

Nesse campo do Direito Civil não constamos alterações essenciais, constituindo-se o texto reformador mera sistematização da legislação complementar ao Código anterior, considerando as disposições da Constituição Federal de 1988.

Repisamos com certa recalcitrância, fê-lo um adequado trabalho de

sistematização da legislação complementar ao Código de 1916, considerando que a própria Constituição Federal de 1988, pelo Capítulo VII do Título VIII, especial os §§ 3º, 4º e 5º do art. 226 e § 6º do art. 227, respectivamente, reconhece como entidade familiar, além do casamento, a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, igualando, em direitos e deveres, homem e mulher e, ainda, nivelando, ao proibir a discriminação, os filhos havidos ou não do casamento, ou por adoção.

Com efeito, a União Estável, como evolução da sociedade de fato, inscrita no Título III, do Livro IV, Parte Especial, artigos 1.723 a 1.727, como já preconizava a Lei nº 9.278/96, ganha *status* de entidade familiar, incorporando-se em definitivo ao âmbito do Direito de Família em posição símile à decorrente do casamento, como opção dos conviventes sem impedimentos de constituir família, salvo a possibilidade de sua configuração havendo simples separação de fato da família matrimonial, por essa forma também legitimada, que não se confunde com a união concubinária.

Quanto aos *efeitos sociais*, o Casamento e a União Estável, um constituído por solenidade e comprovado por certidão cartorária, a outra como fato dependente de comprovação, criam a família legítima, a entidade familiar matrimonial ou convivencial, estabelecendo vínculos de afinidade entre cada cônjuge ou companheiro com os parentes do outro (art. 1.595, §§ 1º e 2º, CCB).

Pertinente aos *efeitos pessoais*, verificamos uma equivalência absoluta de deveres entre cônjuges e conviventes: fidelidade, vida em comum, mútua assistência, responsabilidade com a filiação, respeito e consideração (arts. 1.566 e 1.724, CCB).

Os *efeitos patrimoniais*, referentes às relações econômicas no curso da comunidade de vida, afóra a supressão do Regime Dotal e a introdução do Regime Matrimonial de Participação Final nos Aquestos, nenhuma novidade em comparação à legislação anterior, ao Casamento o Código de 1916 e a legislação complementar, especialmente a nº 6.515/77 (Lei do Divórcio), e, relativo à União Estável, as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96, tendo como regra básica a comunicação dos bens adquiridos na constância da comunhão, permitindo, respectivamente, o pacto antenupcial ou a convenção contratual (arts. 1.639 e 1.640 e 1.725, CCB).

No que diz com a *pensão alimentícia*, também matéria de natureza

patrimonial, verificamos identidade nos beneficiários em virtude de Casamento e de União Estável, extintos por separação judicial ou de fato, divórcio e dissolução.

A crítica vai para o sistema, o conservadorismo com que se comportou o legislador. Ao invés de limitar os seus tentáculos, ampliou o âmbito de abrangência, contraditoriamente às tendências jurisprudenciais e doutrinárias. Caminhava-nos no sentido de admitir a renúncia de alimentos pelos cônjuges em separação judicial ou divórcio, limitando a irrenunciabilidade preconizada pelo art. 404, do Código revogado, às relações de parentesco¹².

Todavia, o diploma reformador não abraçou a hipótese da renúncia dos alimentos pelos cônjuges, e por extensão aos conviventes; ao contrário, reafirma no art. 1.707, embora genericamente, a impossibilidade, o que não significa calar a tendência dos tribunais e da doutrina.

Fez mais o diploma sob comento, pelo § único do art. 1.704, combinado com o § 2º, abre a possibilidade da fixação judicial de alimentos indispensáveis à sobrevivência, os naturais, mesmo ao cônjuge declarado culpado da separação judicial litigiosa, desde que necessite e não tenha parente em condição de prestá-los e nem aptidão ao trabalho.

Não obstante, mantida a obrigação alimentar em caso de divórcio (art. 1.709), o texto deixa evidenciado, ao nosso entendimento e consonante com a jurisprudência até então predominante, que a dissolução do Casamento, ou da União Estável, sem que nela haja fixação prévia (na separação ou em ação própria de alimentos), ou na própria sentença de decretação ou homologação do divórcio, afasta a possibilidade entre os cônjuges ou companheiros de reclamar alimentos entre si, muito embora devesse tê-la incluído dentre as causas de cessação arroladas no art. 1708.

2. Do direito sucessório

No âmbito do direito sucessório, tomada a literalidade do texto civil em vigor, observa-se decisivo retrocesso, amesquinhando os direitos do convivente, com simultânea ampliação dos direitos do cônjuge sobrevivente.

¹² RODRIGUES, Silvio, op. cit., *Direito de Família*, Vol. 6, ps. 420/1.

A propósito, Silvio Rodrigues enfrenta a questão e não deixa por menos:

No entanto, ao regular o direito sucessório entre os companheiros, em vez de fazer as adaptações e consertos que a doutrina já propugnava, ... o Código Civil coloca os partícipes da união estável, na sucessão hereditária, numa posição de extrema inferioridade, comparada com o novo "status" sucessório dos cônjuges.¹³

Primeiro, tal o comando do art. 1.790, a participação de um convivente na sucessão do outro está limitada exclusivamente aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, de sorte que a transmissão da herança se faça em concorrência com os parentes sucessíveis do falecido no que exceder à sua meação e, assim, os bens particulares rumarão àqueles. Nessa linha de raciocínio, tão absurda quanto irreal, faz crer que, havendo somente bens particulares e sem herdeiros sucessíveis, esses serão devolvidos ao Município (art. 1.844).

Sendo assim, se durante a união estável dos companheiros não houve aquisição, a título oneroso, de nenhum bem, não haverá possibilidade de o sobrevivente herdar coisa alguma, ainda que o "de cujus" tenha deixado valioso patrimônio, que foi formado "antes" de constituir união estável.¹⁴

Verdadeiro disparate, que deverá esbarrar no crivo do Poder Judiciário, dando à norma interpretação integrada, especialmente nos casos de inexistência de outros herdeiros sucessíveis e havendo patrimônio particular, de modo a permitir sua arrecadação pelo convivente remanescente à morte do outro.

Não obstante, Maria Helena Diniz qualifica de *solução humana* haver o texto acolhido a presunção de colaboração mútua à formação de patrimônio¹⁵. Nada mais natural, ultrapassada a fase primária, obrigacional,

¹³ RODRIGUES, Silvio, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, SPaulo: Saraiva, v. 7, 25ª, 2002, p. 117.

¹⁴ *Ibidem*, p. 118.

¹⁵ DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 6ª Vol., Direito das Sucessões, São Paulo: Saraiva, 16ª

de repressão ao enriquecimento ilícito ou sem causa, objeto os atuais arts. 884 a 886, do novo Código Civil, com a edição da Constituição Federal de 1988, art. 226, § 3º, a Lei nº 8.971/94, arts. 2º e 3º, e a Lei nº 9.278/96, art. 5º, que canaliza o instituto convencional à esfera da família (art. 9º, cit. Lei), a regra básica é a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da comunhão, dispensando o supérstite da comprovação de esforço comum na aquisição do patrimônio.

De outra parte, pela Lei nº 8.971/94, na falta de descendentes ou ascendentes, ao convivente, tal como ao cônjuge, fixado no 3º lugar na ordem de vocação hereditária, ou legal, era atribuída a herança por inteiro. Agora, o novo CCB, pelo art. 1.790, estabelece concorrência desse com os parentes sucessíveis do falecido. O correto teria sido a manutenção da norma anterior, com o convivente sobrevivendo à frente dos colaterais, em situação símile ao cônjuge.

Não bastasse, fazendo um paralelo entre a concorrência do cônjuge com descendentes e ascendentes (art. 1.829, I e II, c.c. arts. 1.832 e 1.837) e o concurso do companheiro ou a companheira com os parentes do autor da herança (art. 1.790, I a IV), verifica-se substancial desigualdade: I) concorrendo com filhos comuns terá direito ao equivalente ao que a esses for atribuído, sem a reserva mínima de 1/4 atribuída ao cônjuge; II) concorrendo com descendentes só do autor da herança, terá direito à metade do que couber a esses, quando o cônjuge detém parte igual; III) em concurso com qualquer parente sucessível herdará 1/3 dos acervo, ao passo que o cônjuge excluiu os colaterais e arrecada toda a herança; e, enfim, IV) na falta de herdeiro sucessível, o convivente sobrevivendo arrecadará toda a herança.

Parece-nos que tal dispositivo, retrógrado, vulnera até mesmo o art. 226, § 3º, da Carta Magna, que reconhece a união estável como entidade familiar, tal como ao direito matrimonial, de sorte que tamanha distinção, no âmbito sucessório, retira-lhe um dos efeitos preponderantes, de assegurar à família nuclear, vinculada por laços afetivos, garantia patrimonial à sobrevivência pós morte do parceiro.

Ademais, o cônjuge foi incluído na condição de herdeiro necessário, junto com os descendentes e ascendentes, caso em que o testador não pode dispor de mais da metade (50%) da herança (art. 1.789, c.c. art. 1.845) ou, em havendo excesso, da sua redução a esse limite (art. 1.967). O convivente, também neste particular, foi discriminado.

Resta considerar, por fim, que o convivente sobrevivente, enquanto não constituir nova união, terá direito real de habitação no imóvel destinado à residência da família, por força residual do art. 7º, da Lei nº 9.278/96, prerrogativa assegurada ao cônjuge no art. 1.831, do Código vigente.

III. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destarte, examinando o estatuto civil em vigência, resta evidenciado, de um lado, a aquisição de novo *status* ao cônjuge, desproporcional ao instituto da união estável, fazendo acreditarmos que o legislador que escreveu o Livro IV – Do Direito de Família não foi o mesmo que redigiu o Livro V – Do Direito das Sucessões, tamanha a façanha discriminatória perpetrada.

Em síntese, permitimo-nos concluir que o Código Civil Brasileiro, recém lançado à regulação da vida social, como sendo a média consolidada do pensamento jurídico contemporâneo, produziu:

- (a) no âmbito do Direito de Família, um avançado processo de sistematização da legislação esparsa, trazendo algumas inovações pouco expressivas, donde vislumbramos haver retrocedido ao perpetuar o direito aos alimentos entre cônjuges e conviventes, sem que isso represente embaraço à marcha evolutiva experimentada pela jurisprudência;
- (b) todavia, na esfera do Direito das Sucessões, pertinente ao cônjuge e ao convivente sobreviventes, a norma é retrógrada, de uma dureza ímpar, colocando esse último em situação de inferioridade vexatória, enquanto amplia os direitos às relações resultantes do direito matrimonial, tanto quanto em não incluir o sobrevivente na condição de herdeiro necessário, como ao limitar sua participação na herança exclusivamente aos bens adquiridos na constância da convivência, deslocando-o, ainda, para o último grau da ordem de vocação hereditária legítima, em concorrência desproporcional, até mesmo com os parentes colaterais de 4º grau do autor da herança.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de Direito Civil*. vol. 2, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.
- BORGHI, Hélio. *União Estável e Casamento: Aspectos Polêmicos*. 2ª ed. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2003.
- CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*. Tomos 1 e 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- CAVALCANTI, Lourival Silva, *União Estável*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DANTAS, San Tiago. *Direitos de Família e das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed. 1991.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 5º Vol., Direito de Família, São Paulo: Saraiva, 17ª edição, de 2002, de acordo com o Novo Código Civil, Lei nº 10.406, de 10.01.2002.
- _____, *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 6º Vol., Direito das Sucessões, São Paulo: Saraiva, 16ª edição, de 2002.
- FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da Família do Novo Milênio*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, atualizado por Humberto Theodoro Junior, 12ª. ed., 2000.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de Família*. vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2000, Coleção Sinopses Jurídicas.
- ISHIDA, Válder Kenji. *Direito de Família e sua Interpretação Doutrinária e Jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- LUZ, Valdemar P. da. *Curso de Direito de Família*. Caxias do Sul: Mundo Jurídico, 1996.
- MALHEIROS FILHO, Fernando. *A União Estável, sua configuração e efeitos*. Porto Alegre: Síntese, 1996.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 2º volume, São Paulo: Editora Saraiva, 1993.
- PACHECO, José da Silva, *Inventários e Partilhas na Sucessão Legítima e Testamentária*, Rio de Janeiro: Forense, 11ª ed., 1997.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. V - Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 11ª. ed., 11ª. tir., 2001.

PESSOA, Cláudia Grieco Tabosa. *Efeitos Patrimoniais do Concubinato*. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, Vol. 6, 27ª ed., 2002.

_____, *Direito Civil: Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, Vol. 7, 25ª ed., 2002.

RIBEIRO, Julio Cesar Garcia. *A Previdência Social do Regime Geral na Constituição Brasileira*. São Paulo: LTr, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. São Paulo: Aide, 1994.

VELOSO, Zeno. *União Estável*. Belém: Cejup e Ministério Público do Estado do Pará, 1997.

WALD, Arnaldo. *O novo Direito de Família, com remissão ao novo CCB (Lei nº 10.406, de 10.01.2002)*. São Paulo: Saraiva, 14ª ed., 2002.