

FAMÍLIA: UM NOVO CÓDIGO CIVIL?

Almir Santos Reis Júnior*

RESUMO: Estamos envoltos nas brumas dos movimentos sociais, políticos e culturais, haja vista as inúmeras mudanças ocorridas, em com grande relevo a partir da segunda metade do século passado, que de forma indelével trazem têm reflexos diretos e imediatos no mundo jurídico. O quadro das intensas modificações ocorridas nas últimas décadas no âmbito do direito de família revela, inegável transformação da estrutura familiar, identificada amplamente pela doutrina e, especialmente, pelos cientistas sociais.

PALAVRAS-CHAVES: casamento – código – união – concubinato – porvir.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Pretende-se, ainda, verificar os requisitos estabelecidos pelo codificador Civil de 2002 para a caracterização da união estável, bem como estabelecendo, ainda, as diferenças existentes entre o instituto objeto do presente estudo e o concubinato.

Com o advento do novo Código Civil, inúmeras discussões foram iniciadas em torno das mudanças que deveriam porvir; todavia, efetivamente ainda se apresentam lacunas a serem superadas pela jurisprudência e doutrina, indispensáveis para real aplicabilidade das normas jurídicas.

Serenada a celeuma e amadurecidas as opiniões, o que se pode observar, é o texto de lei aprovado sob o n. 10.406/2001, que se constitui no Código Civil em vigor, apesar de apresentar poucas alterações no que diz respeito à parte redacional, altera substancialmente a principiologia acolhida pelo legislador de 1916, que em nada dispôs sobre o instituto da união estável, como forma de entidade familiar.

Na verdade, nem mesmo a Carta Constitucional de 1988, *stricto*

* Advogado, Professor do Centro Universitário de Maringá, Mestrando em Direito das Relações Privadas no Cesumar.

sensu, nada trouxe de inovador ao meio social em matéria de família, se analisarmos levarmos em conta que as mães solteiras, divorciadas, concubinatos, etc. sempre existiram em nossa sociedade. Ora, o que fez, na verdade, foi a positivação dessa realidade gritante existente em nossa sociedade.

Outra realidade gritante exposta claramente em nossa sociedade, é no tocante adiz respeito à união deos iguais. A união homossexual é reconhecida em vários países europeus como verdadeira forma de entidade familiar. Malgrado, o Brasil não a reconhece como forma de entidade familiar e cala-se perante esta nova realidade social.

É mister haver, dispositivos que regulem esta parceria? Propugnamos pela assertiva desta questão, pois não sermos contra a união dos iguais é diferente de sermos retrógradoas em e não reconhecermos que a sociedade se evolui e precisa de legislação para tutela de todas as classes sociais.

Nesse aspecto, trataremos sobre da vagarosidade com que caminha o Direito – nossa legislação – em face daàs crescentes mudanças sociais estampadas nitidamente em nosso meio.

Portanto, oO momento ainda impõe mudanças. Mas, mudar o quê? Todo o momento de mudanças traz consigo desdobramentos que lhe são inerentes, dentre eles o misonéismo. O apego ao velho, ainda que não responda mais aos anseios de uma época, deixa sempre a sensação de segurança. Mas Não obstante, é preciso romper com estas amarras, sob pena de, a cada dia mais, vermos aumentada a distância entre o Direito e a justiça.

O que é preciso fazer para que a lei responda aos anseios da atual sociedade? Alguns passos já foram dados, até aqui. A adoção expressa do instituto da união estável é um deles e demonstra, de modo claro, a intenção do legislador em romper com antigos dogmas, mas ainda estamos numa travessia.

2. O RETORNO À CODIFICAÇÃO

Podemos afirmar que, antes da codificação, o Direito e as legislações dos povos eram apenas derivadas dos costumes ou representadas por meio de cartas e textos que englobavam o direito público e privado.

Assim sendo, percebemos que a codificação é sinônima de evolução na sistematização dna norma. Sua especialização tem paradigma perfeito na evolução da economia (sistema feudal – sistema liberal – sistema

neoliberal – justiça social).

A codificação tem sua fonte na necessidade da burguesia de ter um sistema jurídico de segurança, livre da vontade do monarca, que possibilitasse aos cidadãos plena liberdade e igualdade de condições para contratar. Doravante a partir de então, o ordenamento deveria ser uníssono, completo e duradouro, no qual nele deveria haver pelo menos a mínima regulação entre os particulares.

Outra característica do Código seria a uniformidade política. Na Europa, período da Idade Média cada feudo ou religião era regido, em suas relações privadas, pelos costumes, inclusive havia religiões que dispunham de um sistema positivado. Cada religião tinha sua própria metodologia de solução jurídica das questões de ordem privada.

Para René David¹

A codificação é a técnica que vai permitir a realização da escola natural (de transformar em Direito positivo o Direito que se ensina nas universidades estabelecendo um código da natureza sancionado pela razão e garantido pela liberdade), expondo de modo metódico, longe do caos das compilações de Justiniano, o Direito que convém à sociedade moderna e que deve, por consequência, ser aplicado pelos tribunais.

A codificação seria então a redação de um conjunto de normas de maneira organizada e sistematizada, nascidas do estudo do direito nas universidades européias (direito romano), que seria suficiente para regular toda a vida da sociedade civil, como lei maior da sociedade, de forma igualitária. Portanto, a codificação está vinculada ao modelo liberal de organização do direito.

Por seu turno, a descodificação não tem sua razão de ser origem no declínio do liberalismo ou da burguesia, ao contrário, a evolução industrial e tecnológica e a especialização dos temas levaram o legislador a buscar um meio mais ágil e menos traumático para regular a sociedade.

Por outro lado, notamos de forma claramente o fenômeno da constitucionalização dos direitos civis, o que indica, de forma indubitável, o

¹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 52.

deslocamento do código como centro do ordenamento jurídico, dando espaço central à Constituição. Destarte, as leis ordinárias não mais estão subordinadas ao código, mas sim, à Constituição Federal.

O drama enfrentado no século XIX, após a Revolução Industrial, e após as gGuerras mMundiais, era dar uma resposta célere aos problemas gerados pela urbanização e giro rápido do capital. O surto de problemas era avassalador e não havia como o código tratar de todos eles de maneira satisfatória. Além disso, as antigas relações de consumo antigas passaram a ser vistas sob uma nova ótica, ligada à justiça social e não mais individualista.

Assim, a descodificação começava a ser uma solução para o problema. Os microssistemas começaram a emergirem em nosso direito, como forma célere de o legislador estabelecer normas específicas para aplicabilidade imediata. Na Europa, por exemplo, o nascimento dos microssistemas está ligado à intervenção do Estado na economia².

Francisco Amaral Neto³, ao tratar sobre do fenômeno da descodificação, diz:

Um fenômeno contemporâneo que consiste na fragmentação do sistema unitário do Código Civil, com a proliferação de leis especiais que reduzem o primado do Código e criam uma pluralidade de núcleos legislativos, os chamados microssistemas jurídicos. Representa o acaso dos Códigos Cíveis e a passagem do microssistema jurídico da modernidade centralizado no Código, ao polissistema, centralizado na Constituição.

Há quem entenda que estes estatutos, designados num primeiro momento como leis extravagantes, foram editados em razão de pressões sociais. Buscavamndo assim, o atendimento das mais diversas necessidades, em particular a proteção à parte economicamente mais fraca;, entretanto, não podemos ser leigos ao tão pontoe de não analisarmos entender que isto somente foi possível com a anuência do capital.

Gustavo Tepedino, salienta que

² TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito Constitucional**. In: O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 1-16.

³ AMARAL NETO, Francisco. **Descodificação do Direito Civil**. Anais da XVI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, p. 516.

A recepção destas novas fontes do direito operou uma inversão hermenêutica, uma vez que as regras de interpretação transferiram-se do instituído sistema da codificação para o âmbito das leis especiais, ainda que mantida a aplicação residual do código civil, que se tornou, desta sorte, um sistema fragmentado, ora complementar à constelação de microssistemas estabelecidos.

É importante que se registre o que sejam os microssistemas, entendendo-se como tais o conjunto de leis especiais, editadas por grupos que detêm o cetro político (legislativo), com os quais se regulam uma categoria de relações subjetivas cada vez mais complexas. Hoje o polissistema ganha relevo para regular as relações mais complexas que fogem do crivo dado pelo Código Civil. Doravante, o Estatuto da Criança e do Adolescente é um microssistema de grande importância em nosso meio jurídico, pois tem por escopo estabelecer normas que garantam a dignidade da criança e do adolescente.

Luiz Edson Fachin, emérito professor da Universidade Federal do Paraná, sustenta que “A formação dos ‘microssistemas’ baseada em expressivo número de leis especiais e a constitucionalização de suas categorias principais selam um tempo diverso que ligou a codificação ao absolutismo e ao positivismo científico”.⁴

Por termo, embora o fenômeno da descodificação seja uma tendência marcante em nosso cenário, vimos recentemente a entrada em vigor de uma nova legislação civil, qual seja o novo Código Civil Brasileiro. Cumpre-nos então, expor comentários ao “novo” tratamento dado pelo Código à matéria tratada pelas leis ordinárias preteritamente anteriores ao seu advento.

3. DO PROJETO AO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Ao observarmos a origem de nosso extinto Código Civil, perceberemos que seu nascimento deu-se em uma sociedade altamente individualista, onde oprimada pelo patriarcalismo a dominava. Doravante, a família patriarcal tinha sua constituição fundada no chefe (marido), sua

⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 301.

mulher e seus filhos, sendo estes seus subalternos. Nesse contexto interim, como vimos no decorrer de nosso trabalho, a família sempre foi constituída pelo casamento indissolúvel, quiçá, tendo como escopo o esforço comum em busca de aspectos por conquistas patrimoniais.

O antigo Código Civil Brasileiro admitia como entidade familiar somente àquela constituída por meio do casamento civil indissolúvel, que era a única merecedora de proteção estatal. Aliás, a família visava à produção, ou seja, era marcada primordialmente pelo aspecto patrimonial.

Não obstante, a sociedade foi evoluindo e, ao final na década de quarenta 1940, ainda que de forma tímida, começou a reconhecer o concubinato.

Artur Oscar de Oliveira Deda⁵ afirma que:

O tempo passa e a sociedade se transforma no mundo inteiro e, por ser um fenômeno sócio-antropológico, o Direito muda, também [...] no STF, a contribuição histórica do Min. Hahnemann Guimarães, que em 1947, chamara a atenção para uma realidade que apenas se fingia desconhecer disse no seu voto: ‘A ordem jurídica ignora avisadamente a existência do concubinato, da união leve, não lhe atribui conseqüências. São situações que não têm relevância, mas isto não lhe impediria que se pagassem, que se entendessem devidos à concubina honorários pela prestação de serviços’.

Parece-nos algo deletério face à para a mulher, o que porém, na verdade, não o é. , pois imaginemos uma sociedade revestida por ideais do Estado Liberal, onde a família reconhecida seria somente aquela oriunda do casamento: admitir este fato, realmente, para a sociedade da época, feria sua moral.

O novo Código Civil foi encomendado ainda no Estado ditatorial, em 1968, e não acompanhou as transformações sociais. Veja-se que uma delas refere-se ao crescente aumento da população, que, de forma impressionante, saltou de 70 milhões para 170 milhões de habitantes. Além disso a taxa de revolução tecnológica cresceu.

⁵ DEDA, Artur Oscar de Oliveira. A União Estável no Projeto de Código Civil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: R.T. Ano 89, v. 777, jul./2000, 75-6.

É evidente que o novo Código nasceu garantindo a igualdade entre homens e mulheres nas relações familiares; além disso, muito contribuiu a alteração do conceito do “Pátrio Poder” para o de “Poder Familiar”. As mudanças ocorreram, ainda que lentamente, e nesta travessia, chegamos ao início do novo milênio com um “NOVO”, Direito de Família.

Trata na verdade do novo Código Civil que nasceu como um anteprojeto de 1972, que formou uma comissão sob a supervisão do Prof. Miguel Reale. Esta comissão era composta pelos mestres: José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Vianna Chamoun, Clovis do Couto e Silva e Torquato Castro.

Transformando posteriormente em no Projeto n. 634 e mais tarde, em 1975, em no Projeto 634-B, após as alterações, é foi encaminhado em 1984 ao Senado Federal.

O projeto ingressou no Senado Federal, e antes de sua aprovação, nasceu em 1988, a Carta Constitucional, que, na verdade, de forma sabida, tomou a si o mister de legislar, quicá, inclusive de estabelecer direitos à família, como base da sociedade.

A redação do Projeto do Código Civil foi aprovada pelo Senado Federal e, publicada no respectivo Diário, em 11/12/1997. Entretanto, o Projeto retornou à Câmara dos Deputados, no qual onde foi nomeada Comissão Especial, tendo o Deputado Ricardo Fiuza como o Relator Geral, para apreciar as emendas feitas no Senado. Na Câmara dos Deputados se iniciou a tramitação, havendo a votação para o exame da admissibilidade e do mérito da proposição inicial e das emendas aprovadas pelo Senado Federal e, estando, ainda, o projeto sujeito a emendas.

Doravante a partir de então, o Deputado Antonio Carlos Biscaia, relator parcial da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, procurou suprir falhas do projeto na parte de Direito de Família e, buscando sanar defeitos de redação e lapsos manifestos, bem como reconhecer a prejudicialidade de dispositivos, buscando adequá-los às normas Constitucionais.

Foi, então, aprovada relevante alteração no Regimento Comum do Congresso Nacional, por meio da Resolução n.º 01, de 2000, pela qual foi possibilitada a adequação do Projeto de Código Civil às alterações constitucionais e legais promulgadas no curso de sua longa tramitação.

Essa alteração inserida no Regimento Comum do Congresso Nacional é de suma importância, eis que por quanto possibilitou a adequação do Projeto de Código Civil às alterações legais, e não só constitucionais, que estão em vigor desde sua apresentação.

Como afirmou o Deputado Ricardo Fiuza, o texto do Projeto de Código Civil continha, ainda, além de inconstitucionalidades, dispositivos superados pela legislação que entrou em vigor durante sua longa tramitação, porquanto a rigidez regimental anterior dificultava a sua atualização. O relatório do Deputado Ricardo Fiuza, contendo aquelas adequações, foi encaminhado ao Senado Federal, onde foi submetido à respectiva Comissão de Constituição e Justiça, tendo sido aprovado pelo Plenário do Senado. Os pareceres conclusivos da Câmara dos Deputados foram votados e aprovados pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados, em 29/11/2000. Não obstante, após as discussões e alterações, o texto foi aprovado em 15/08/2001.

Álvaro Villaça de Azevedo, leciona que: “O texto desse Projeto aprovado como no Código Civil voltou à comissão Especial para revisão definitiva, tendo sido sua Redação Final entregue aos Deputados, com 2.046 artigos, em 13 de novembro de 2001, e aprovado por votação simbólica do Plenário da Câmara, no mesmo mês, tendo seguido, no início do mês de dezembro, à sanção do Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso”.

Foram 26 anos de tramitação no Congresso. O novo Código Civil, foi sancionado pelo então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, em data de 10 de janeiro do ano passado, de 2002, com publicação no Diário Oficial no dia imediato. O Novo Código apresenta 2.046 artigos, que têm por escopo substituir o antigotual código⁶.

Note-se que o Projeto do Código Civil sofreu inúmeras críticas, sob a alegação de que não corresponderia com as mudanças sofridas em por nossa legislação, quiçá, até mesmo por nossa doutrina.

,v conseqüentemente

4. O TRATAMENTO DADO PELO NOVO CÓDIGO CIVIL À UNIÃO ESTÁVEL

Passaremos a expor o tratamento dado pelo Código Civil vigente à união estável, como entidade familiar, mostrando assim as alterações trazidas pelo legislador face às leis ordinárias preexistentes que regulavam tais

⁶ O então-presidente FHC classificou a sanção do novo código como “uma ocasião histórica”, o que não é exagero. Mas a demora para sua aprovação - foram mais de 350 emendas - fez com que ele chegasse já com traços superados.

institutos.

Doravante, o artigo 1723⁷, de uma vez por todas, estabeleceu um conceito definitivo sobre união estável.

Preliminarmente, ao nos debruçarmos na hermenêutica de tal dispositivo, percebemos que o legislador somente deu guarida às uniões formadas por relações heterossexuais, deixando de lado as uniões dos iguais e omitindo-lhes tutela. Portanto, somente a união formada por homem e mulher é que está revestida por proteção em nível de nossa legislação.

Não obstante, Maria Berenice Dias⁸, preleciona: que “Se duas pessoas passam a ter vida em comum, cumprindo os deveres de assistência mútua, em um verdadeiro convívio estável caracterizado pelo amor e pelo respeito mútuo, com o objetivo de construir um lar, tal vínculo, independentemente de sexo de seus participantes, gera direitos e obrigações que não podem ficar à margem da lei”.

Orlando Gomes,⁹ ao tratar sobre desta matéria, assevera que “pessoas que reúnem esforços ou capitais para empreendimento comum de finalidade econômica formam uma sociedade, mediante contrato”.

Não obstante, a legislação brasileira não admite que as uniões entre pessoas do mesmo sexo não caracterizam união estável, tendo em vista a diversidade de sexo. Portanto Destarte, nosso Código Civil não reconhece a união entre homossexuais como união estável, obstante, conquanto lhe outorgue direitos como uma sociedade de fato, regulada, portanto, pelo direito das obrigações¹⁰.

Doravante, o segundo requisito exigido pelo Código Civil para a caracterização da união estável é a convivência pública, contínua e duradoura. É claro, embora o legislador não tenha disposto acerca da convivência *more uxorio*, que este requisito está seja implícito na relação.

Interessante notar, que, em relação ao Projeto do Código Civil (Senado Federal) anteriormente abordado, o legislador optou pela mesma redação da lei vigente (lei 9278/96), no momento em que não estabeleceu o

⁷ Dispõe o artigo 1723 que “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

⁸ DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual – O Preconceito & a Justiça**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2000, p. 77.

⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 391.

¹⁰ É crescente o número de pedidos no meio jurídico visando o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo, sob a principal alegação de que deveria aplicar as normas referentes às uniões estáveis de forma analógica aos casos de união homossexual. Mas, o pedido não prospera nesta relação, pois há em tais pedidos a impossibilidade jurídica do pedido, por ausência de dispositivo que lhe dão guarida.

lapso temporal para a caracterização da união estável. , fFica, destarte, ao alvedrio do julgador determiná-la, tendo em vista que não é somente o lapso que garante a efetiva união. Parece-nos louvável.

Em seuO parágrafo primeiro¹¹ (domesmo artigo 1.723) expressamente exclui a possibilidade de reconhecer união estável quando presente na relação algum dos impedimentos matrimoniais dispostos pelo artigo 1.521, ressalvada a hipótese do inc. VI do artigo 1.521¹², referente às pessoas casadas, se houver separação de fato, o que viabiliza o reconhecimento da união estável mesmo sem que um dos seus integrantes, ou ambos, estejam desimpedidos para o matrimônio. É lógica a vedação. Ocorre que, devendo a união estável ser apta à conversão em casamento, não se pode qualificar como tal uma relação marcada por uma circunstância impeditiva do casamento¹³. Também razoável a exceção posta ao inciso VI do artigo 1.521, uma vez que, havendo separação fática do casal, torna-se possível a obtenção do divórcio em curto lapso temporal, o que dessa forma, viabiliza a conversão da união estável em casamento¹⁴.

Pela interpretação do parágrafo segundo¹⁵, notamos que há possibilidade do reconhecimento da união estável ainda que sob a presença das causas suspensivas do matrimônio (art. 1523), antes classificadas como impedimentos impiedentes. Destarte, ainda que presente alguma das causas suspensivas, será possível o reconhecimento da união estável. Isto posto, pois aAssim sendo, a singela razão de que a presença de alguma causa suspensiva de forma alguma afeta a validade do casamento, não havendo,

¹¹ § 1. A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

¹² Dispõe o artigo 1521, inciso VI do CC (Dos Impedimentos): Não podem se casar: VI- as pessoas casadas.

¹³ A despeito do grande avanço constitucional em matéria de Direito de Família, forçoso é reconhecer que algumas famílias sociológicas ainda se mantêm à margem da família jurídica, diante dos valores e princípios constitucionais que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro. Assim, por exemplo, as famílias de fato resultantes da união sexual entre parentes - pai e filha – mão têm tutela do ordenamento jurídico brasileiro (...). In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Família não fundada no casamento. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT. ano. 89, n. 771, jan/2000, p. 62.

¹⁴ **Instituto brasileiro de Direito de Família**. Disponível na Internet via WWW.URL: <www.ibdfam.com.br> Capturado em 19 de julho de dois mil e três.

¹⁵ § 2. As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável. E, dispõe o artigo 1523 do CC que Não devem casar: I- o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; II- a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; III- o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; IV- o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas. Parágrafo Único: É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou a inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

portanto, motivo determinante que obstrua a conversão da união estável.

Dáí surge a seguinte questão: cCaso se tenha presente alguma causa suspensiva do casamento, a conversão da união estável em casamento trará como conseqüência a adoção obrigatória do regime da separação de bens, conforme regra o artigo 1.641, I do CC?

Ocorre que se trata de regra protetiva, que deve ter aplicação analógica na união estável – mesmo que não ocorra conversão em casamento. Dessa forma, estaria aberta a possibilidade de dano àquelas pessoas a quem a lei visa resguardar, pois bastaria manter-se apenas uma convivência de fato para que o regime de bens aplicável fosse o da comunhão parcial. Além disso, ao se criar no casamento uma limitação inexistente na união estável, estaria sendo desincentivada a conversão da união estável em casamento, em clara violação ao ordenamento constitucional, que determina justamente o contrário¹⁶.

Seqüencialmente, o artigo 1724 do CC, dispõe que : Aas relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Observe-se que o Código Civil faz, na verdade, uma repetição em relação à lei vigente (art. 2. da Llei 9.278/96). Mas, quais são as conseqüências geradas pela violação dos deveres elencados no art. 1724 do CC?

Atesta Entende Andréa Rodrigues Amim¹⁷ que “No que toca à união estável, a quebra dos deveres não importa em qualquer sanção. Poderá levar à dissolução ou à manutenção da família de estável, a depender exclusivamente do querer dos companheiros”.

A união estável pode ser dissolvida, pela anuência dos conviventes, ou de apenas um deles, gerando, de plano, efeitos na ordem patrimonial definidos. Vale dizer que, nessa ruptura não é necessário declinar os motivos que levaram os conviventes a requererquerê-laer tal dissolução¹⁸. Mas, é interessante o dispositivo, pois demonstra de forma nítida a preocupação do legislador em relação a esta nova modalidade de entidade familiar, como forma analógica de casamento. O artigo 1725 do CC preceitua que: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros,

¹⁶Instituto brasileiro de Direito de Família. op. cit.

¹⁷ LEITE, Heloisa Maria Daltro (Coord.). **O Novo Código Civil**: livro IV do direito de família. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 439.

¹⁸ VIANNA, Marcos Aurélio S. **Da união estável**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 32-3.

aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

Andréa Rodrigues Amim¹⁹, preleciona que

[...] não mais se admitirá a prova de que não houve contribuição do companheiro da companheira(o) na formação do patrimônio constituído durante a constância da união estável. O único ônus será a comprovação da existência desta união, seu termo inicial e o patrimônio efetivamente adquirido durante este período. Feita tal prova e dissolvida a união cada companheiro terá direito à sua meação.

Tratando-se de contrato celebrado entre os companheiros, esta regra não terá validade, pois neste caso os conviventes terão liberdade para dispor acerca do patrimônio. Note-se que há uma liberdade enorme para os conviventes, na elaboração do contrato, em dispor de questão relacionada ao patrimônio, tendo-se em vista, que há uma autonomia da vontade das partes que deve sobrepairar, oposto contrariamente ao que ocorre no caso do matrimônio.

Embora tal contrato tenha certa semelhança em relação aocom o pacto antenupcial, dele se difere, pois se admite instrumento particular. Caso não tenha haja previsão legal de seu registro, os efeitos se limitarão obrigatoriamente aos signatários, pela ausente publicidade, o que, dessa forma, configura em grave inconveniente da união estável em relação ao matrimônio. Além disso, o que o contrato poderá ser a qualquer tempo firmado, durante a união estável, o contrato ou e mesmo durante a união será possível a sua alteração, inclusive com efeito *ex tunc*, quanto ao regime de bens até então vigente.

O artigo 1726 do atual Código Civil, assim dispõe: “A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”. Na verdade o dispositivo ut supra, faz repeteir novamente a regra estabelecida pelo art. 8, da Llei 9278/96, a quale vem em consonância com a Carta Constitucional de 1988, que tutela a união estável; todavia, sua intenção e objetivo ainda é, de forma inquestionávelmente, o matrimônio. Mas, eEstaria, porém, a uUnião eEstável regrada pelas mesmas formalidades impostas pelo legislador ao casamento?

¹⁹ LEITE, Heloisa Maria Daltro (Coord.). **O Novo Código Civil**: livro IV do direito de família. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 439.

Na lição de Álvaro Villaça Azevedo²⁰, sim, pois “[...] restaria frustrada a figura do casamento civil, com todos os seus rigores; praticamente, bastaria viver o casal em concubinato puro, algum tempo, sem qualquer formalidade, convertendo esta união de fato, também sem qualquer formalidade, em casamento civil. Aquele (concubinato) seria um caminho simplificado a este (casamento civil)”.

Note-se que, em comparação com o artigo 8ºoitavo da Lei 9.278/96, houve marcante diferença no tocante à conversão, haja vista que a legislação anterior dispunha que para os conviventes para transformarem a união em casamento bastaria elaborar requerimento ao Oficial de Registro Civil da Circunscrição ou domicílio, enquanto, o Código Civil, em verdadeiro retrocesso, determina que o pedido deverá ser feito ao Juiz.

Observe que tal dispositivo fere brutalmente nossa Constituição Federal, que determina, no parágrafo terceiro, que o legislador tudo fará para facilitar a conversão da união estável em casamento - o. O que não vimos com este dispositivo, que guarda em sua essência a morosidade e onerosidade de nossa justiça.

O Projeto de Lei 6960/02 (regimento arquivado na Câmara, porém, deverá ter seu conteúdo reaproveitado em proposta futura) propõe simplificação neste procedimento, admitindo um processo de habilitação, semelhante à habilitação para o casamento, com manifestação do Ministério Público, excluindo a celebração, característica oriunda do matrimônio.

Ainda em estudo ao Novo Código Civil, prevê também o legislador, no último dispositivo, que regula acerca da união estável, oquiçá, artigo 1.727, que “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.”

Esta norma não tem relação com as leis anteriores (leis 8.971/94 e 9.278/96). Mas qual, então, a sua finalidade desta norma?

Respondendo a esta questão, Andréa Rodrigues Amim²¹ sustenta que “A finalidade foi distinguir companheiros e concubinos: aqueles solteiros, viúvos, divorciados, separados de fato ou judicialmente, que estabelecem relação pública, contínua e duradoura com intenção de formar família; concubinos, os que vivenciam situação marginal ao casamento ou mesmo à

²⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da Família de Fato**: de acordo com o novo código civil, Lei n. 10.406, de 10.01.2002. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 455.

²¹ LEITE, Heloisa Maria Daltro (Coord.). op. cit. p. 442.

união estável, desprovidos de proteção”.

Destarte, é evidente que o legislador, ao dispor sobre a figura do concubinato, quis se referir ao concubinato impuro ou adúlterino, visto que, as pessoas que estão com impedimento para se casar, por estarem apenas separadas judicialmente ou de fato, todavia, mas não divorciadas, estão excluídas desta situação.²² Portanto, para a compreensão do concubinato é mister atentarmos para este dispositivo juntamente com o artigo 1527, que defini também a união estável.

A tutela do legislador constituinte se deu-se para a união pura, tendo-se em vista, que a união impura, nascida de relação incestuosa ou adúlterina, não merece guarida pelo do Direito de Família, sendo tratada no campo do Direito das Obrigações, como vimos anteriormente em nossa monografia.

Portanto, destarte, concubinato será a relação não eventual entre homem e mulher impedidos de casar, desde que por não estarem separados de fato ou judicialmente.

Também os conviventes poderão adotar os apelidos da pessoa com quem conviverem.

5. O DIREITO DE FAMÍLIA NO PORVIR

Embora o legislador ordinário tenha se preocupado em dar efetiva guarida à família, infelizmente, deixa de tratar de assuntos que seriam de indispensável discussão ao no Direito de Família hodierno. Ora, basta observarmos a ausência de normas que dêem efetiva positivação às questões relacionadas à união dos homossexuais. Além disso, em matéria de família em nada inovou nas questões relacionadas à bioética, realidade que necessita urgentemente de normas para sua regulação.

Chegamos em a um direito que se cala frente à evolução social, que não acompanha a evolução, por isso, um direito que caminha em velocidade inferior à velocidade dos movimentos sociais.

Não basta sermos contra ou a favor das relações homossexuais, ou mesmo das mães barrigas- de- aluguel;, o que temos de mentalizar é que se trata de uma verdadeira realidade social, que não pode ficar marginalizada à mercê, sem qualquer norma regulamentadora, ainda mais porque estamos

²² AZEVEDO, Álvaro Villaça. op. cit., p. 462.

num Estado sSocial dDemocrático.

Portanto, cChegamos ao doutro lado da travessia com várias conquistas sociais, políticas, culturais em nossa sociedade, todavia, agora percebemos que esta travessia está, na verdade, a reiniciar-se. Mas devemos partir na busca incessante das conquistas.

Michel Serres²³ muito colabora nesta lição ao afirmar:

Partir exige um dilaceramento que arranca uma parte do corpo à parte permanece aderente à margem do nascimento, à vizinhança do parentesco, à casa e à aldeia dos usuários, à cultura da língua e à rigidez dos hábitos. Quem não se meche nada apreende. Sim, parte, divide-te em partes. Teus semelhantes talvez te condenem como um irmão desgarrado. Eras único referenciado. Tornar-te-ás vários, às vezes incoerente como o universo que, no início explodiu, diz-se, com enorme estrondo. Parte, e tudo então começa.

Não podemos viver numa sociedade em que, ao vermos uma mulher grávida, temos que perguntar quem é a mãe (caso de inseminação artificial), e ainda não estabelecermos normas de proteção a estas crianças, notadamente no tocante à paternidade.

É cada vez mais necessário repersonalizar o direito, salvaguardando a dignidade da pessoa humana, o seu valor, bem como a sua identidade única e irrepetível, que constitui, aliás, o cerne, o núcleo do direito à diferença.

O hHomem já não se limita à descrição dos processos biológicos, ele vai mais longe. Tenta, mesmo, modificar o curso da evolução das espécies. E, desde já, uma pergunta se coloca: qQual o futuro da humanidade e, portanto, do Direito e dos seus fundamentos a partir do momento em que for viável construir um novo hHomem “igual” a um outro hHomem?

A Revolução Biotecnológica, menos política e econômica, e mais social e cultural, ao tomar possível agir sobre as células da vida, ameaça desnaturar a identidade humana e fabricar, em laboratório, outros seres autônomos planejados pela Ciência e pela Técnica.²⁴

²³ SERRES, Michel. *Filosofia Mestiça*. Tradução de Maria Ignez Duque Estrada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

²⁴ Instituto brasileiro de Direito de Família. op. cit.

A pessoa que nasce é sua filha ou sua irmã? SE o pai, quem é? Ou melhor, será que neste caso se pode falar em paternidade, uma vez que o clone recebe a informação genética de um único progenitor?

Realmente, não temos respostas para estas perguntas. Nossa crescente preocupação é com o tratamento dispensado para matérias que estão se evoluindo de forma surpreendente. A medicina, por exemplo, cresce de forma brutal, tanto que o Direito não consegue acompanhar sua evolução. É, portanto, preciso refletir buscando a positivação desta nova realidade social, quer negando, quer autorizando, mas jamais se acovardando e omitindo.

A pessoa humana deixou de ser a protagonista da sua própria história e da história do mundo em que vive. Ela é o produto, o fruto das forças que ela própria gerou.

6. CONCLUSÕES

O amor é o componente básico de qualquer união entre um homem e uma mulher. Deve ser sempre o amor o sentimento que a unir duas pessoas que encetam uma união, seja ela o casamento ou a união estável. Há, com certeza, outros interesses, quais sejam o interesse econômico, a paixão carnal, as vantagens profissionais, contudo o sentimento prevalente e nobre a presidir tudo é o amor. Cessando este, a manutenção da união é mera questão temporal.

Quando cessa o amor, uma das conseqüências inevitáveis é a separação. Tanto no casamento como na união estável, a separação é mais do que uma possibilidade. Se assim não fosse, não existiria na lei a expressa previsão da separação judicial e do divórcio.

Não poderíamos jamais desprezar o processo de codificação e descodificação. Destacamos especialmente o advento dos microsistemas em nosso meio jurídico, como fórmula célere para tratar de questões especiais, como, por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em estudo do Novo Código Civil, em matéria das Entidades Familiares fundadas por meio da união estável, revela que o novo Código documento não efetuou somáticas mudanças, se comparado com a atual legislação. A diversidade de sexo, isto é, a relação heterossexual, ainda ficou sendo a única forma de constituição da entidade familiar, e, codificador de 2002, não admitiu, em hipótese alguma, o reconhecimento da união dos iguais como forma de entidade familiar, o que nos parece retrógrado para

a sociedade atual.

Importante salientar, que, pela mesma lei, a união pode ser formada por pessoas separadas judicialmente ou separadas de fato, o que nos parece louvável. Nesse sentido, o concubinato agora passa por uma nova conceituação, qual seja a de uma relação incestuosa e/ou adúlterina, que não é tutelada pelo direito de família, podendo, no máximo, ser-lhe aplicada a súmula 380 do STF, que prevê a indenização pelos serviços prestados ou a partilha dos bens adquiridos na constância da união concubinária.

Insero o codificador de 2002 o dever de lealdade, respeito e assistência, e o de guarda, sustento e educação dos filhos. , anteriormente, estava disposto também o dever de fidelidade, que, a nosso ver, é mais amplo do que a lealdade, não obstante, seja análogo aos deveres matrimoniais.

O regime a ser adotado na vigência da união estável é o da comunhão parcial de bens, podendo os conviventes estabelecer cláusulas diversas, desde que pactuadas por ambos, a qualquer momento da união.

Estas são as principais mudanças estabelecidas em na matéria das entidades familiares formadas pela união estável.

Sabe-se, que existe uma certa “crise” (ou, melhor dizendo, uma mudança de paradigmas) em relação às famílias. : Devido ao desaparecimento da chefia patriarcal, à redução do número de pessoas que as compõem e, ao fato (real) de que mais e mais mulheres se vêm obrigadas a trabalhar fora de casa (para auxiliar nas finanças domésticas, ou também, não muito raramente, para prover ao sustento do lar), a união familiar viu-se, sensivelmente, diminuída.

A importante coesão entre os membros das famílias dá, atualmente, dá lugar à idéia de independência, o que gera problemas sociais, como a delinquência infanto-juvenil, o uso de drogas, a promiscuidade e libertinagem sexuais precoces e, como também, inúmeros problemas econômicos.

Assim, modernamente, faz-se necessária a intervenção do Estado para garantia da proteção à(s) família(s), em substituição da autoridade patriarcal, pois, em tese, a família continua sendo a base da sociedade, sobre a qual se fundamentam-se as diretrizes de uma nação. Conseqüentemente, devem-se admitir (ou melhor, enquadrar juridicamente) todas (ou, (na medida do possível) quase todas as espécies de famílias existentes no mundo fático, a fim de se garantir uma proteção mais efetiva e menos discriminatória.

Passamos por fizemos uma travessia, que agora estamos do outro lado da margem. Em terra firme?

Ao olharmos a necessidade de mudanças em nossa legislação e - por que não o dizer? - de regulamentação de institutos já existentes, chegamos à conclusão de que devemos partir para uma nova travessia.

É indelével irrecusável a necessidade de legislação que venha a regular a bioética e as uniões entre pessoas do mesmo sexo. Ser contra esta união é diferente de ser contra leis que venham a tutelar esta relação, tendo-se em vista que não podemos tapar os olhos face esta realidade em nossa sociedade.

É preciso partir, sair, em busca de novos conceitos e, paradigmas que venham a realçar nosso Direito, procurando dessa forma garantir a segurança jurídica, necessidade de qualquer Estado, e muito mais no nosso, onde a imagem política apresenta-se mutilada tal tolhida por deficiências.

À guisa de conclusão, pode-se afirmar que a inserção das entidades familiares representou um grande avanço. É importante, porém, é preciso necessário refletir para saber o que como será no PORVIR.

REFERÊNCIAS

- AMARAL NETO, Francisco. **Descodificação do Direito Civil**. Anais da XVI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da Família de Fato**: de acordo com o novo código civil, Lei n. 10.406, de 10.01.2002. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- DEDA, Artur Oscar de Oliveira. A União Estável no Projeto de Código Civil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: R.T. Ano 89, v. 777, jul./2000.
- DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual – O Preconceito & a Justiça**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2000.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. 18. ed., atual. de acordo com o novo Código Civil Brasileiro (Lei 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002.
- FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Família não fundada no casamento. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT. ano. 89, n. 771, jan/2000. **Instituto brasileiro de Direito de Família**. Disponível na Internet

via WWW.URL: <www.ibdfam.com.br> Capturado em 19 de julho de dois mil e três.

LEITE, Heloisa Maria Daltro (Coord.). **O Novo Código Civil**: livro IV do direito de família. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

SERRES, Michel. **Filosofia Mestiça**. Tradução de Maria Ignez Duque Estrada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

VIANNA, Marcos Aurélio S. **Da união estável**. São Paulo: Saraiva, 1999.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito Constitucional**.

In: O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.