

A ESCOLHA DE SOFIA: COMPANHEIRO OU CÔNJUGE? DISCRIMINAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

Recebimento do artigo: 11/05/2009

Aprovado em: 23/06/2009

Débora Gozzo

São Paulo, SP, Brasil

debora@unifieo.br

Sumário

1 Introdução. 2 As novas Entidades Familiares na Constituição. 3 O Direito dos Companheiros antes do Código Civil de 2002. 4 Direitos e deveres entre companheiros e cônjuges. 5 O regime de bens na união estável e no casamento. 5.1 Sobre a expressão “no que couber” do art. 1.725 e o art. 1.647 do CC. 5.1.1 O art. 1.641 do Código Civil e a união estável. 5.2 Sobre o contrato escrito e o pacto antenupcial. 6 Do uso do sobrenome do companheiro e do cônjuge. 7 Conclusão. 8 Referências bibliográficas.

Resumo

No presente artigo examina-se a situação do companheiro frente ao cônjuge, durante a constância da vida em comum entre eles. Para isso, leva-se em consideração que a Constituição de 1988 elevou a união estável à condição de entidade familiar. Apesar disso, não se percebe, nem pelo teor do art. 226, § 3º, da CR, nem pelas leis que entraram em vigor depois dele, inclusive a nova lei civil, de 2002, que a união estável tenha sido equiparada ao casamento. Muito pelo contrário. O legislador pátrio discrimina, deliberadamente, o companheiro em relação ao cônjuge, deixando inequívoco que o matrimônio é a forma de família que merece proteção jurídica integral.

Palavras-chave

Constituição. Entidades familiares. Princípio da não-discriminação. Companheiro. Cônjuge.

Ex-bolsista da Fundação Humboldt (Pós-doutorado). Doutora em Direito pela Universidade de Bremen/Alemanha. Mestre em Direito pela Universidade de Münster/Alemanha. Mestre em Direito pela USP. Professora do Mestrado em Direito do UNIFIEO. Professora Convidada da Escola Paulista da Magistratura/SP. Advogada.

Abstract

In this article one examines the legal position of an unmarried partner as opposed to a married one, during the period of their cohabitation. For such purpose, the constitutional provision (of the Brazilian Constitution of 1988) exists to protect an unmarried couple like other family entities is taken into consideration. It is difficult to perceive why, in spite of this provision, neither by the contents of article 226, section 3, of the Constitution nor for the laws that were enacted afterwards (including the new Brazilian Civil Code of 2002) the partnership of an unmarried couple was made equal to a proper marriage. By the contrary, the Brazilian lawmakers deliberately discriminate the unmarried partner as compared to a spouse, by expressing their opinion that the marriage is the only concept of family life, which deserves a whole range of legal protection.

Key words

Constitution. Family entities. Principle of non-discrimination. Unmarried partner. Spouse.

104 **1 Introdução**

Desde a entrada em vigor das Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96¹, ambas dedicadas a disciplinar a união estável, bem como do Código Civil, que praticamente revogou essa legislação anterior (CC, arts. 1.723 e s., e art. 1790), surgiu o entendimento, em especial na sociedade, de que o legislador teria equiparado a união estável ao casamento, sendo indiferente a forma de vida em comum escolhida pelos envolvidos.

O *leit motif* deste trabalho, portanto, é o de esclarecer se a união estável teria sido efetivamente elevada à condição equiparada à do casamento, ou se a legislação, no fundo, discrimina essa forma de vida em comum entre um homem e uma mulher, se confrontada em todos os seus aspectos com o casamento. Para isso, além de se mencionar a questão no âmbito constitucional, naquilo que interessa, isto é, o princípio da não-discriminação, previsto no inciso IV do art. 3º, serão analisados os dispositivos que preveem sobre a vida em comum dos companheiros, antes da morte de um deles. Cuidar-se-á, portanto, de uma investida no campo dos direitos e deveres dos companheiros e dos cônjuges, do regime de bens a vigorar em uma e outra forma de relacionamento, bem como do uso do nome na união estável e no casamento. A condução dessa análise, contudo, excluirá incursão comparativa entre o direito sucessório do companheiro, em comparação com o do cônjuge, restringindo-se à vigência da vida em comum e seus efeitos².

Antes de iniciar o exame desses itens, deixa-se inequívoco que o objetivo aqui perseguido não é o de esgotar a discussão, mas tão-somente de levantar argumentos consistentes, a fim de que se possa comprovar se houve ou não discriminação por parte do ordenamento em relação aos companheiros, e, se houve, esclarecer os motivos que teriam levado a essa circunstância.

2 As novas Entidades Familiares na Constituição

Com a entrada em vigor da Constituição de 1988, pode-se afirmar que uma nova era teve início para o Direito de Família. A partir do momento em que o legislador estabeleceu como um dos pilares da sociedade brasileira o princípio da dignidade humana (CR, art. 1º, III), e o consolidou, em especial no art. 5º, § 1º, estabelecendo a igualdade entre o homem e a mulher, os dogmas que regiam o Direito de Família

¹ A Lei de 1996 regulamentou o § 3º do art. 226 da Constituição da República.

² O presente artigo complementa um outro elaborado pela autora, a convite do Professor Doutor Eduardo de Oliveira Leite, para obra por ele coordenada e a ser publicado pela Revista dos Tribunais, que se encontra no prelo. Nele cuidou-se de problemática semelhante, isto é, da eventual discriminação do companheiro, frente ao cônjuge, no âmbito exclusivo do direito sucessório. Neste estudo, por sua vez, o campo de análise será deslocado para a vida em comum antes do falecimento de um dos companheiros, em comparação com o cônjuge.

tiveram de ser revistos. Isso se deveu principalmente ao fato de o Código Civil de 1916 ter servido aos interesses da oligarquia na época de sua aprovação (início do século XX), refletindo exatamente aquele instante histórico, isto é, o patrimonialismo, o paternalismo e o individualismo reinante³. Esses pilares do Código Civil de Bevilacqua contrastaram imediatamente com os do texto constitucional, voltado para a efetivação do princípio da dignidade humana. Foi assim que as normas do direito de família, vigentes até a entrada em vigor do novo Código Civil, tiveram de ser interpretadas à luz da Constituição de 1988.

No campo que interessa ao presente estudo, imprescindível mencionar que o texto constitucional de 1988 elevou ao *status* de entidade familiar, ao lado do casamento, a união estável (CR, art. 226, § 3º) e a família monoparental (CR, art. 226, § 4º). Tratou-se, ali, de garantir, ao homem e à mulher que vivem juntos, sem os laços do casamento civil (união estável), e àquele que vive com sua prole, sem a presença do outro genitor, seja por que motivo for (família monoparental), a proteção dedicada, até aquele momento, somente à família constituída pelo casamento civil. Essa era a única forma de família reconhecida pelo ordenamento brasileiro até então.

A Constituição representou, desta feita, verdadeira revolução na sociedade brasileira, porquanto o legislador constituinte, sempre tão reticente em garantir direito a essas pessoas, integrou-as de uma vez por todas ao direito de família, independentemente do fato de a lei civil de 1916 não ter sido alterada. A integração legislativa ocorreu por meio da Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que disciplinou sobre alimentos e sucessão entre companheiros, e pela Lei nº 9.271, de 10 de maio de 1996, que regulamentou a união estável. Em momento algum, contudo, o legislador constituinte ou infraconstitucional parece ter tido a intenção de equiparar a união estável ao casamento. O que ele fez, e isto resta inequívoco a partir de leitura atenta e não emocional do § 3º, do art. 226, da Constituição, foi determinar que esta forma de união entre um homem e uma mulher é merecedora de proteção legal, única e exclusivamente por ser uma entidade familiar.

No que concerne às famílias monoparentais, até o momento elas não foram objeto de legislação especial, por estarem seus integrantes protegidos, basicamente, pelo Código Civil, e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), mais conhecido pela abreviação “ECA”. Sobre essa entidade familiar, contudo, não se cuidará no presente estudo, voltado que é para comparação entre união estável e casamento, para se discutir se há ou não diferenças entre os institutos.

³ V. sobre este tema, em especial: GOMES, Orlando. **As origens históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

3 O Direito dos Companheiros antes do Código Civil de 2002

Todo aquele que é afeito ao Direito de Família, ou que teve contato com a legislação anterior à entrada em vigor da lei civil vigente, é conhecedor do fato de que a situação dos companheiros/conviventes⁴ estava praticamente equiparada à dos cônjuges, embora o texto constitucional, ao reconhecer a existência dessa espécie de entidade familiar, não tivesse previsto sobre essa igualdade. Muito pelo contrário. Na parte final do § 3^a, do art. 226, o legislador constituinte dispôs que a lei deveria “facilitar sua conversão [união estável] em casamento”. Assim, se a lei deveria estabelecer a forma pela qual poderiam os companheiros converter sua união em casamento, constata-se que ela não seria igual ao casamento.

Apesar do texto constitucional, o legislador infraconstitucional houve por bem garantir aos companheiros, num primeiro momento, o direito a alimentos, autorizando-os a ingressar em Juízo com pedido de alimentos amparado na Lei nº 5478/68. Essa lei, até então, destinava-se só ao cônjuge e aos parentes, justamente por prever rito bastante célere. Essa equiparação com a pessoa casada decorreu da entrada em vigor da Lei nº 8.971/94 (art. 1º), que também regulamentou o direito sucessório do companheiro sobrevivente. Nesse caso, contudo, o legislador restringiu-se a garantir mero direito de usufruto, caso o companheiro concorresse com descendentes (comuns ou só do autor da herança) ou com ascendentes. Na ausência destes, que eram os herdeiros necessários, de acordo com o CC/16, o companheiro poderia herdar o todo deixado pelo falecido, segundo prescrevia o inciso III, o art. 2º, da Lei nº 8.971/94. Não sendo ele herdeiro universal, deveria comprovar ter contribuído com seu esforço para a aquisição do patrimônio⁵, a fim de ter direito à meação, conforme disciplinado no art. 3º do citado diploma legal. Por fim, esclareça-se que, por essa lei, só poderia ser considerada união estável, aquela que perdurasse há mais de cinco anos, desde que não houvesse filhos. Nesse caso, a união seria considerada estável e merecedora da proteção legal, independentemente do prazo mencionado (Lei nº 8.971/94, art. 1º, *caput*).

Com a entrada em vigor da Lei nº 9.278/96, o ordenamento passou a ter legislação sobre a vida em comum dos agora denominados “conviventes”, durante a constância dessa união. O texto legal inovou ao ter deixado de prever o tempo de duração (art. 1º), a fim de que a união seja considerada estável, orientação esta que foi seguida pelo Código de 2002. No diploma legal ora mencionado, foram estabe-

⁴ A Lei nº 8.971/94 usou o termo companheiro, que já era conhecido do mundo jurídico pátrio, e a Lei nº 9.278/96 inaugurou o uso de “convivente” para designar aquele. O Código Civil de 2002 optou por “companheiro”, como a Lei de 1994.

⁵ Assim era tratada a relação patrimonial entre os companheiros, de acordo com a Súmula 380 do STF.

lecidos direitos e deveres para os conviventes, bem como estipulado que os bens, havidos durante a vida *more uxorio*, seriam havidos em condomínio, em partes iguais, salvo disposição em contrato escrito⁶. Ao ter tomado essa posição, o legislador derogou o art. 3º da lei nº 8.971/94, que previa a prova do esforço comum, para que o companheiro sobrevivente tivesse direito à meação, no caso de morte do companheiro, como citado no parágrafo anterior. Ademais, pela lei de 1996, instituiu-se o direito real de habitação para o convivente, em caso de dissolução da união por morte. E aqui o cônjuge teve de ter o seu direito equiparado ao do convivente, o que não era condizente com o objetivo da norma constitucional. Afinal, como poderia a lei garantir mais direitos ao convivente sobrevivente, do que ela garantia ao cônjuge supérstite? Assim sendo, a doutrina e a jurisprudência acabaram acatando o entendimento de que o cônjuge, independentemente do regime de bens que vigorou no casamento, poderia requerer o direito de continuar morando no imóvel do casal, após o desfazimento da sociedade conjugal por morte. Isto porque o Código Civil de 1916 só autorizava o cônjuge sobrevivente ao exercício desse direito, caso o regime de bens tivesse sido o da separação. Ora, como na união estável não havia regime de bens, o que havia era a estipulação de um condomínio entre os conviventes⁷, não houve outra saída senão a de conferir à pessoa que havia sido casada, o mesmo direito daquele que viveu em união estável.

A partir do exposto percebe-se que companheiros/conviventes e cônjuges gozavam de relativa equiparação no direito anterior à vigência do Código Civil de 2002, como será analisado nos itens a seguir.

4 Direitos e deveres entre companheiros e cônjuges

O primeiro aspecto que merece atenção, em estudo que se propõe a examinar eventual discriminação (ou igualdade) existente entre companheiros e cônjuges, é o referente aos direitos e deveres dos quais eles são titulares, e que se encontram previstos no estatuto civil.

No que concerne aos companheiros, dispõe o art. 1.724 do atual Código Civil, praticamente nos mesmos moldes que o art. 2º, da Lei nº 9.278/96⁸: “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e as-

⁶ Sobre este tema veja-se o item 4, *infra*.

⁷ Sobre a questão do condomínio v.:GOZZO, Débora. O patrimônio dos conviventes na união estável. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. LEITE, Eduardo de Oliveira.(Coord). **Repertório de Doutrina sobre Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. 4, p. 107-109.

⁸ Dispunha o referido texto legal: “São direitos e deveres iguais dos conviventes: I – respeito e consideração mútuos; II – assistência moral e material recíproca; III – guarda, sustento e educação dos filhos comuns”.

108 sistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”.

Por sua vez, o art. 1.566, do CC, disciplina sobre direitos e deveres semelhantes para os cônjuges:

São deveres de ambos os cônjuges:

- I – fidelidade recíproca
- II – vida em comum, no domicílio conjugal
- III – mútua assistência
- IV – sustento, guarda e educação dos filhos
- V – respeito e consideração mútuos.

Numa breve comparação entre esses dois dispositivos, percebe-se que o legislador só iguala companheiros e cônjuges no que concerne à mútua assistência, à relação paterno-filial, e ao respeito. No resto, constata-se que o legislador foi muito mais abrangente e exigente para com aqueles que são casados. Assim é que, para o companheiro existem os deveres de *lealdade* – o que para alguns doutrinadores implicaria um dever de fidelidade⁹ –, e o de respeito. Para a pessoa casada, contudo, previu-se o *dever de fidelidade*, de respeito e consideração mútuos. Ao fazer essa distinção, exigindo que pessoas casadas sigam o princípio da monogamia que, ao lado do princípio da liberdade de escolha do nubente, rege o direito matrimonial, garante-se à pessoa casada, total respaldo, no sentido de que seu cônjuge, tanto quanto ela, está preso à relação matrimonial, constituindo o adultério um dos motivos para a separação judicial litigiosa com base na culpa do infrator (CC, art. 1.573, I). Relação extraconjugal, portanto, não é protegida pelo ordenamento, conforme se depreende da leitura do art. 1.727 da lei civil, que determina não configurar união estável a vida em comum entre pessoas que estejam impedidas para o casamento. A única exceção encontra-se no § 1º, do art. 1.723, do mesmo texto legal, pelo qual se autoriza a constituição de união estável por pessoa casada, desde que ela esteja separada de fato.

Exige-se, ainda, da pessoa casada que cumpra os deveres de respeito e consideração perante seu cônjuge. Confrontados estes com o de fidelidade, percebe-se

⁹ V.: CZAPSKI, Aurélia L. Barros. Comentário ao art. 1.724 do CC. In: COSTA MACHADO, Antonio Cláudio (Org.). CHINELLATO, Silmara Juny (Coord). **Código Civil Interpretado**. 2ª ed. São Paulo: Manole, 2009, p. 1379; OLIVEIRA, Euclides de. **União Estável: Do concubinato ao casamento**. 6ª ed. São Paulo: Método, 2003, p. 103; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável**. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 112; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Comentários ao art. 1.723 do CC. In: FIÚZA, Ricardo. (Coord). **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1536-1537. GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2005, vol. VI, p. 550. Discorda desse entendimento Maria Berenice Dias. **Manual de Direito das Famílias**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2005, p. 172.

que o legislador parece querer evitar, a todo custo, que pessoas casadas mantenham qualquer espécie de relação extraconjugal. No entanto, ele deixa antever claramente que o dever de fidelidade pode não implicar o de respeito e consideração de um cônjuge pelo outro. Se assim fosse, ele não precisaria ter sido tão explícito, uma vez que a fidelidade implicaria, automaticamente, respeitar e considerar o outro. Ao tratar da fidelidade no inciso I, e, de respeito e consideração mútuos, no inciso V, ambos no art. 1.566 do CC, o legislador parece entender que a pessoa casada pode ser fiel, sem respeitar e considerar seu cônjuge. Se assim não fosse, não constaria da segunda parte do art. 1.573, III, que a injúria é um dos motivos pelos quais o cônjuge pode pedir a separação judicial, com base na culpa daquele que infringir o dispositivo citado. Desse modo, o cônjuge pode ser fiel, mas pode destratar seu cônjuge, por exemplo, perante terceiros. Esse tipo de comportamento, inclusive, já demonstra a infração ao dever de consideração em relação ao cônjuge.

Ao dispor de modo não tão amplo para os companheiros, poder-se-ia interpretar que eles seriam titulares de uma *liberdade* bem maior do que aquela conferida aos cônjuges. Isso poderia possibilitar-lhes a eventual manutenção concomitante de mais de uma união estável, tendo em vista a inexistência de um dever de fidelidade. Essa exegese, porém, corresponde, em parte, aos fatos. Realmente, companheiros não estão submetidos ao dever de fidelidade¹⁰, e quem resolve viver junto sem os laços do casamento se sujeita a não poder exigi-lo de seu companheiro. Os deveres de lealdade e de respeito, todavia, fazem com que não se deva aceitar a existência de mais de uma união como estável. Afinal, como entender-se que a união é estável, se ela não é única, em especial quando se trata de um tipo de relação fundamentada somente na vivência dos companheiros, e não em uma certidão, como ocorre no casamento?

A partir do exposto, verifica-se que o objetivo do legislador teria sido o de continuar privilegiando o casamento, como espécie ideal de constituição de família, que conta inclusive com a participação do Estado em sua formação. Isto não significa, todavia, desamparar aqueles que vivem em união estável, mas em proteger da forma mais ampla possível aqueles que são casados. Não é à toa, pois, que o § 3º, do art. 226 do texto constitucional, citado no número 1, supra, determina ser tarefa do legislador facilitar a conversão da união estável em casamento. E em assim dispondo, a lei indica que a espécie de família que tem merecido a proteção ideal do legislador é aquela formada pelo casamento civil, apesar de a união estável e a família monoparental estarem amparadas constitucionalmente.

¹⁰ O ensejo para isso é o de que só pessoas casadas, em razão do vínculo conjugal, podem cometer adultério. Veja-se a esse respeito: DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2005, p. 172.

110 **5 O regime de bens na união estável e no casamento**

A primeira tentativa legal de disciplinar o regime de bens na união estável foi feita com a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Até então vigia a Súmula 380 do STF, que garantia aos companheiros o direito de participar do patrimônio adquirido na constância da vida *more uxorio*, desde que comprovado o esforço comum. No caput do artigo 5º da citada lei¹¹, o legislador determinava que os bens adquiridos pelos companheiros, a título oneroso, durante a constância da vida em comum seriam havidos em *condomínio*, em partes iguais, salvo se os conviventes¹² dispusessem de modo diverso em contrato escrito. Estavam excluídos dessa união, portanto, os bens adquiridos a título gratuito.

A partir do momento em que a lei estipulou que era possível estabelecer, por meio de contrato escrito, outra forma de estatuto patrimonial para a união estável, ela conferiu aos conviventes, direito à liberdade de escolha quanto ao “regime de bens”, o que já existia para os nubentes. O legislador num caso e no outro, por saber que as pessoas normalmente não gostam de misturar sentimento e patrimônio, determinou o melhor estatuto patrimonial para um e outro caso, supletivamente. O fato é que, embora o texto legal tenha estabelecido quase¹³ que um regime de bens supletivo para a união estável, o que ocorreu foi a previsão de um condomínio, isto é, uma co-propriedade, em relação aos bens adquiridos a título oneroso, durante a vida em comum. Só isso.

Com a entrada em vigor do novo Código Civil, o legislador tomou posição mais corajosa, e afirmou, no art. 1.725, que o regime de bens durante a constância da união estável será o da comunhão parcial, excetuando-se a celebração, pelos companheiros, de contrato escrito em que optem por estatuto patrimonial diverso.

¹¹ GOZZO, Débora. O patrimônio dos conviventes na união estável. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. LEITE, Eduardo de Oliveira.(Coord). **Repertório de Doutrina sobre Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, vol. 4, pp. 86 -124.

¹² A Lei nº 9.278/96 inovou ao nomear os companheiros de conviventes, expressão que deixou de existir no texto legal desde a entrada em vigor do novo Código Civil, que voltou a usar o termo “companheiro” para fazer referência àquele que mantém uma vida *more uxorio*.

¹³ “Quase”, porque o legislador afirmava que os bens adquiridos a título oneroso durante a constância da união estável seriam havidos em condomínio. De regime de bens, em sentido estrito, portanto, não se tratava. Sobre isso v.: GOZZO, Débora. O patrimônio dos conviventes na união estável. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. LEITE, Eduardo de Oliveira.(Coord). **Repertório de Doutrina sobre Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, vol. 4, pp. 107-109. Sobre o regime de bens na união estável v., ainda, da autora: Apontamentos sobre o patrimônio no casamento e na união estável. In: ARRUDA ALVIM. CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim P. ROSAS, Roberto. **Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil**: Estudos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 151 es.

De modo praticamente idêntico ele disciplinou para o casamento. Assim, de acordo com o art. 1.640, *caput*, do Código Civil, se o pacto antenupcial for nulo, e os cônjuges não estiverem obrigados a se casar pelo regime da separação obrigatória (CC, art. 1.641)¹⁴, vigorará, durante a vigência da sociedade conjugal, o regime da comunhão parcial.

Observa-se, a partir do exposto, que o legislador, no que concerne ao regime patrimonial, praticamente equiparou os direitos de companheiros e os dos cônjuges. Mas será que os companheiros não foram discriminados, se comparados aos cônjuges? Se tiverem sido, qual o propósito do legislador? Isto é o que se propõe analisar nos próximos números.

5.1 Sobre a expressão “no que couber” do art. 1.725 e o art. 1.647 do CC

Um dos aspectos mais controversos do art. 1.725 do Código Civil, que regula o regime patrimonial na união estável, diz respeito à expressão “no que couber”. Ao dispor desse modo, o legislador deixou a cargo do intérprete, o alcance das normas que disciplinam o regime de bens entre os cônjuges, para os companheiros. Qual seria, então, a abrangência da parte final do art. 1.725 da lei civil? Levando-se em conta especialmente o disposto no art. 1.647 do mesmo diploma legal, que exige a outorga uxoria ou marital, para marido e mulher, respectivamente, seria correto afirmar-se que esse assentimento também seria exigido entre os companheiros?

A resposta para essa dúvida parece ser a de não se exigir a outorga do companheiro para a celebração válida dos negócios jurídicos listados nos quatro incisos do art. 1.647, e que poderiam levar à anulação deles, caso a norma fosse infringida. Afinal, se não há as formalidades exigidas para o casamento, no que concerne ao regime de bens, e não sendo oponíveis contra terceiros os efeitos do regime de bens entre os companheiros¹⁵, difícil seria entender-se em sentido contrário¹⁶.

5.1.1 O art. 1.641 do Código Civil e a união estável

No âmbito ainda das normas que devem ser aplicadas ao regime de bens na união estável, e da expressão “no que couber”, constante da parte final do art. 1.725 do CC, surge a seguinte dúvida: podem-se aplicar àqueles que pretendem constituir

¹⁴ Sobre a problemática do regime da separação obrigatória de bens, previsto no art. 1.641 da lei civil, v. item 4.1.1., *infra*.

¹⁵ RT 826: 228-230.

¹⁶ Carlos Roberto Gonçalves entende que é necessária a outorga, especialmente em se tratando da aplicação do inciso I do art. 1.647 do CC. Em sentido contrário: OLIVEIRA, Euclides de. **União Estável**: do concubinato ao casamento. 6. ed. São Paulo: Método, 2003, p. 193.

112 união estável as restrições previstas no art. 1.641 da lei civil? Essa norma impõe para as hipóteses ali elencadas o regime da separação obrigatória ou legal de bens. Trata-se de norma de ordem cogente, que não pode ser afastada pelo particular. Na prática isso significa que a autonomia privada deste foi eliminada, pelo menos no que concerne à escolha do regime de bens do casamento, devendo ele submeter-se à vontade da lei. Mas em que casos a norma incidirá?

Para que haja a incidência desse dispositivo, em primeiro lugar, precisa haver infração a um dos incisos do art. 1.523 da lei civil (CC, art. 1.641, I), que disciplina sobre as causas suspensivas para o casamento. Num segundo momento, o legislador dispõe sobre a impossibilidade de escolha do regime de bens, pelo nubente que já conte sessenta (60) anos ou mais, por ocasião da celebração do matrimônio (CC, art. 1.641, II). Por fim, disciplina o texto legal sobre a imposição do regime da separação legal, sempre que um ou ambos os nubentes requererem e obterem autorização judicial para o casamento (CC, art. 1.641, III).

Nenhuma das hipóteses legais mencionadas têm sido considerada pela doutrina da como passíveis de aplicação à união estável.

Em primeiro lugar, porque não se pode estabelecer, com precisão, a data do início dessa vida em comum, diferentemente do casamento. Neste, tem-se um termo inicial seguro, isto é, a data da sua celebração, o que pode ser provado por meio da certidão de casamento, expedida pelo Cartório de Registro Civil em que foi realizado. Ademais, o próprio legislador previu, no § 1º do art. 1.639, do Código Civil, que o regime de bens entra em vigor a partir do casamento, não se podendo subordinar esse efeito a termo ou condição, que não a legal. Desse modo, uma vez tendo havido a celebração do matrimônio, com a participação inclusive do Estado, todas as normas que cuidam do direito patrimonial entram em vigor imediatamente. Já na união estável, o máximo que se tem é a data em que eventualmente começou a haver vida em comum que foi se consolidando, ao longo do tempo, como duradoura, pública, e com o objetivo de constituição de família (CR, art. 226, § 3º, e art. 1.723 do CC). Desconhece-se, portanto, o momento exato a partir do qual ocorreu a incidência do art. 1.725 da lei civil, diferentemente da hipótese do já citado § 1º do art. 1.639, no que concerne às pessoas casadas. Indubitável é que, ao término dessa união, se restar demonstrada sua estabilidade, sua publicidade e seu objetivo de constituir família, o regime de bens, seja o previsto em lei, seja aquele acordado em contrato escrito pelos companheiros, terá produzido seus efeitos. Note-se, contudo, que a estabilidade da união, fator essencial para que a vida em comum seja merecedora da proteção legal, consolida-se aos poucos, dependendo da convivência dos companheiros, ainda que não sob o mesmo teto (Súmula 382 do STF).

Em segundo lugar, não havendo celebração do casamento, ainda que um ou outro se encontre em uma das hipóteses legais do art. 1.523 e incisos da lei civil, desnecessária a prova de que não haverá prejuízo para as pessoas especificadas no texto legal, conforme previsto no parágrafo único da norma citada. Ora, se não há casamento, não há como se fazer a prova prevista no parágrafo único da norma citada. Esse mesmo argumento pode ser usado para aqueles que precisariam suprir o consentimento negado pelos responsáveis legais, ou por incidirem no art. 1.520 do mesmo estatuto legal.

Em terceiro, porque, em optando as pessoas pela união estável e não pelo casamento, isso já indica que elas não querem se submeter às restrições previstas para aqueles que querem contrair matrimônio. Por isso, se ela é ou não maior de sessenta (60) anos, não interessa. O fato é que ela estará livre da incidência do inciso II do art. 1.641 do Código Civil, isto é, da obrigatoriedade do regime de bens da separação legal.

Enfim, o que parece ser um benefício do legislador para esse tipo de vida em comum, no entanto, não é. Na medida em que o ordenamento permite àqueles que vivem juntos como se casados fossem, que não se submetam às normas previstas para os nubentes, ele está desprotegendo as pessoas envolvidas. No fundo o que o legislador quer alcançar com essa tomada de posição é que as pessoas se casem. Leve-se em consideração que, ao não prever formalidade para que uma união estável tenha início, ele desampara os que optam por esse modo de vida em comum. Afinal, ao impor a forma solene para um determinado ato, mais ele quer chamar a atenção dos envolvidos para a importância do que estão celebrando. Por isso, a ausência de incidência do art. 1.641 do CC à união estável, diferentemente do que se possa pensar, não é benefício, mas sim um modo que o legislador encontrou para demonstrar, ainda que indiretamente, que sua preferência por uma vida em comum ainda é o casamento.

5.2 Sobre o contrato escrito e o pacto antenupcial

Conforme analisado nos itens supra, os companheiros têm como regime de bens supletivo o da comunhão parcial de bens (CC, arts. 1.725), como também está previsto, no art. 1.640, *caput*, do Código Civil, para as pessoas casadas. A principal distinção entre companheiros e cônjuges, contudo, está no fato de que, para aqueles, é impossível a incidência do art. 1.641 da lei civil. Não se pode cogitar, portanto, da aplicação do regime da separação obrigatória ou legal para a união estável, diferentemente do que ocorre no matrimônio. Neste caso, o máximo que se poderia permitir aos nubentes, depois do casamento, seria a alteração do regime de bens da separação legal, na hipótese do inciso I, do art. 1.641 do Código Civil, porque a causa suspensiva poderia ser

114 superada pelo cônjuge, ainda que na constância do casamento¹⁷.

No que concerne, contudo, à vontade dos companheiros de adotarem outro regime de bens, previu o legislador a possibilidade de eles fazerem essa escolha por meio de contrato escrito. Ser *escrito*, aliás, é a *única* formalidade exigida por lei, a fim de que a prova, se necessária, seja facilitada. Acrescente-se que esse contrato não precisa ser feito *antes* do início da vida em comum, como no caso do pacto antenupcial, que serve aos mesmos propósitos, só que para pessoas casadas. Ora, o regime de bens para as pessoas casadas começa a vigorar a partir da celebração do casamento. Isto gera uma situação de segurança para as partes envolvidas, bem como para terceiros.

Some-se a esses fatos, que os companheiros podem *modificar* o regime de bens da união estável sempre e quantas vezes desejarem, sem submeterem sua vontade ao crivo do Judiciário, como ocorre para os casados (CC, art. 1639, § 2º). Trata-se, aqui, mais uma vez, de solução legislativa que parece garantir mais liberdade aos companheiros, em detrimento daqueles que optaram pelo casamento.

Diversamente da liberdade garantida aos companheiros, que podem celebrar o contrato escrito de regime de bens a qualquer momento, antes, durante ou depois da vida em comum, podendo alterá-lo independentemente de motivo justo e da autorização do Judiciário, as pessoas casadas só poderão estipular regime diverso do supletivo, se não estiverem obrigadas a se casar pelo da separação obrigatória ou legal (CC, art. 1641), *antes* do casamento. Além disso, só poderão fazer essa escolha por meio de *escritura pública* de pacto antenupcial, conforme disposto nos arts. 1.653 e s. do Código Civil. Modificações posteriores só serão possíveis, desde que os cônjuges submetam o seu pedido ao Poder Judiciário, fundamentando-o em motivo justo, de acordo com o disposto no § 2º do art. 1.639 da lei civil.

Novamente, o que se observa é que aparentemente os companheiros seriam titulares de uma liberdade muito maior do que aquela conferida aos cônjuges, pelo ordenamento. Esse argumento, contudo, não suporta uma análise mais apurada do problema. Isto porque ao não ter disposto acerca de formalidades, exceto a do contrato escrito, os companheiros poderão, realmente, fazer o que bem entenderem em relação ao regime de bens a ter vigência durante sua vida em comum. Ocorre que nunca se sabe quem eventualmente precisará fazer prova do fato, e essa falta de formalidade para esse negócio jurídico pode transformar-se em motivo de muita incerteza para os envolvidos. Imagine-se a hipótese em que o referido contrato seja extraviado, sem que se possa falar em má-fé da parte de qualquer um dos compa-

¹⁷ V. ROFRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. 28ª ed. atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, vol. 6, pp. 148-149.

nheiros. Não haverá como demonstrar que o regime escolhido por eles foi outro, posto ser exigência legal a forma escrita. Certamente eles poderão providenciar um novo instrumento, pelo qual se estipule o mesmo regime optado por eles anteriormente. Essa providência suprirá a ausência do documento anterior. Isto, no entanto, só será viável, se eles estiverem de acordo. E será justamente no caso de desacordo entre eles que o problema surgirá. Sendo assim, se um deles resolver mudar de idéia, por entender que o melhor regime é o da comunhão parcial dos aqüestos, uma vez que o contrato por eles celebrado perdeu-se, nada se poderá fazer. Não se está defendendo que quem age desse modo deva merecer proteção legal, mas como a forma escrita é *ad probationem tantum*, ainda que o companheiro interessado esteja de boa-fé ao fazer suas alegações, não conseguirá fazer prova contrária por meio de testemunhas, por exemplo. Aquele que estiver de má-fé, conseguirá manter sua posição. Isto não parece ser uma situação de proteção legal, mas, sim, de relativa insegurança criada pela lei, no intuito de chamar a atenção dos pretendentes a uma vida em comum, sem o casamento, de que eles são protegidos, mas não tanto quanto pessoas casadas. Para estas exige-se a forma da escritura pública para o pacto antenupcial, instrumento este que deverá ser feito no Cartório de Registro de Títulos e Documentos, que tem fé pública.

Assim, tendo o legislador cercado de formalidades tanto a escolha do regime de bens pelos nubentes, quanto a alteração do estatuto patrimonial durante a vigência do casamento, resguarda-se muito mais os interesses dos cônjuges, do que a forma livre e descompromissada prevista para a união estável.

6 Do uso do sobrenome do companheiro e do cônjuge

As leis que dispuseram sobre a união estável, a partir da entrada em vigor da Constituição vigente, nada disciplinaram sobre a adoção por um dos companheiros, do nome de família do outro, como acontece no casamento (CC, art. 1.565, § 1º). Previsão neste sentido, contudo, havia na Lei de Registros Públicos – Lei nº 6.015/73 –, em seu art. 57 e §§ 2º, 3º e 4º.

Referido texto legal, todavia, encontra-se revogado tacitamente, não sendo mais de admitir a inclusão do “patronímico” do companheiro ao sobrenome da companheira, na sua certidão de nascimento, ainda que ele dê sua aquiescência para tanto. Ocorre que, com a previsão constitucional do art. 226, § 3º, de que o legislador deveria facilitar a conversão da união estável em casamento, o mundo jurídico deixou de colocar empecilhos para que o homem e a mulher que mantêm vida *more uxorio* possam regularizar sua situação perante o ordenamento. Por isso, se os companheiros quiserem converter a união estável em casamento, qualquer um deles poderá

116 optar pelo nome de família do outro. Autorizar-se, como no passado, esse acréscimo ao nome de um ou de outro, poderia ser considerado como tentativa de elevar a união estável ao mesmo patamar do matrimônio. Neste caso, de acordo com o citado art. 1.565, § 1º, do CC, o cônjuge que quiser poderá acrescentar aos seus os apelidos do outro. Ele só não poderá, por ocasião do casamento, retirar integralmente o seu nome de família, porquanto a norma dispõe quanto a poder acrescentar e não a tirar.

No direito anterior à Constituição de 1988, quando o legislador ainda não havia elevado a união estável ao patamar de entidade familiar, o acréscimo do sobrenome do companheiro ao da companheira era plenamente admissível. Para tanto, como já afirmado, o companheiro precisava concordar com o pedido. Apesar de a Lei do Divórcio estar em vigor desde 26 de dezembro de 1977, muitas pessoas que haviam se divorciado uma primeira vez, não poderiam se divorciar uma segunda vez. O divórcio era possível, mas era restrito. Foi a partir da entrada em vigor da atual Constituição, que essa situação mudou (CR, art. 226, § 6º). Esse o motivo pelo qual o citado dispositivo da Lei nº 6.015/73, continuou a ter vigência. Dessa forma garantia-se, em especial para a companheira, a possibilidade de ser identificada como “mulher” do seu companheiro, e mãe de seus filhos, quando estes traziam só o nome de família do genitor. Buscava-se com isso minimizar, perante a sociedade, os efeitos dessa vida em comum, mantida à margem do casamento. Afinal, o nome sempre foi um fator de agregação dos membros de um mesmo núcleo familiar.

Para as pessoas casadas esse problema não se apresenta. Qualquer dos cônjuges, por ocasião do casamento, poderá optar pelo acréscimo ao seu nome, ou não, dos apelidos do outro. Se escolher pela não inclusão, no entanto, a certidão de casamento servirá como prova cabal de que eles são casados, independentemente do nome ser um fator de exterioridade dessa união, o que não acontece com a união estável.

7 Conclusão

Todo o exposto acima tem o propósito de demonstrar que o intuito do legislador constitucional, apesar de ter reconhecido a união estável como entidade familiar, não foi o de equipará-la ao casamento. Tanto é que a legislação infraconstitucional, de fato, nunca garantiu às pessoas que vivem *more uxorio*, os mesmos direitos que para o casamento, nem no que concerne aos direitos e deveres dos companheiros, nem na questão patrimonial, como se pensa ter deixado claro nos itens acima. Na aparência, todavia, os dois institutos são equivalentes, cabendo à pessoa escolher por tornar-se companheira ou cônjuge.

Para aquele que não conhece o ordenamento, as diferenças trazidas ao longo deste texto, são desconhecidas. Muitos acreditam que pelo fato de não haver maio-

res exigências, como para o casamento, inclusive a dissolução da união seria facilitada. Ledo engano. Se o legislador faz exigências e impõe formalidades para o matrimônio, por exemplo, ele quer que as pessoas reflitam sobre o ato a ser celebrado. Ele dá importância, portanto, a este ato. Diversamente, como mencionado acima, ocorre na união estável, para a qual o legislador garante a vida em comum entre os companheiros, sem protegê-la na sua inteireza, como no casamento. Ele de fato discrimina esta espécie de entidade familiar, ainda que de forma velada, se comparada ao matrimônio. Este, no fundo, representa a forma ideal de entidade familiar objetivada pela lei.

Enfim, escolhendo-se pela vida em comum sem o casamento, a proteção garantida pela lei será diferenciada e os companheiros não gozarão dos mesmos direitos e deveres previstos para os cônjuges. A discriminação existente, portanto, no campo da lei brasileira, no âmbito da união estável, parece ter o único condão de deixar claro à sociedade, que o legislador aprecia situações regulares e de fácil comprovação.

Referências bibliográficas

- CZAPSKI, Aurélia L. Barros. Comentário ao art. 1.724 do CC. In: COSTA MACHADO, Antonio Cláudio (Org.). CHINELLATO, Silmara Juny (Coord). **Código Civil Interpretado**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2005.
- GOMES, Orlando. **As origens históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005, vol. VI.
- GOZZO, Débora. O patrimônio dos conviventes na união estável. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. LEITE, Eduardo de Oliveira.(Coord). **Repertório de Doutrina sobre Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, vol. 4, p. 107-109.
- GOZZO, Débora. Apontamentos sobre o patrimônio no casamento e na união estável. In: ARRUDA ALVIM. CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim P. ROSAS, Roberto. **Aspectos controvertidos do novo código civil: estudos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 137-159.
- OLIVEIRA, Euclides de. **União Estável: do concubinato ao casamento**. 6. ed. São Paulo: Método, 2003.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 28. ed. atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, vol. 6.
- SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Comentários ao art. 1.723 do CC. In: FIÚZA, Ricardo. (Coord). **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.