



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

JOSÉ NERY FERNANDES DE OLIVEIRA

**UNIÃO ESTÁVEL: REGIME PATRIMONIAL E
CONTRATUAL**

**SOUSA - PB
2007**

JOSÉ NERY FERNANDES DE OLIVEIRA

**UNIÃO ESTÁVEL: REGIME PATRIMONIAL E
CONTRATUAL**

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Ms. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira.

**SOUSA - PB
2007**



O482u Oliveira, José Nery Fernandes de.
União estável: regime patrimonial e contratual. / José Nery
Fernandes de Oliveira. - Sousa - PB: [s.n], 2007.

59 f.

Orientador: Professor Me. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro
de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências
Jurídicas e Sociais - Direito.

1. União estável. 2. Regime contratual - união. 3. Regime
patrimonial - união. 4. Direito de família. 5. Sistema de contrato -
casamento. 6. Acordo de união estável. 7. Contrato de convivência. I.
Oliveira, Eduardo Jorge Pereira de. II Título.

CDU: 347.626.2 (043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

JOSÉ NERY FERNANDES DE OLIVEIRA

UNIÃO ESTÁVEL: REGIME PATRIMONIAL E CONTRATUAL

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

Prof.

Prof.

A Alexandre, meu filho, sentido e norte de minha vida.

Dedico aos meus pais José Fernandes de Oliveira e Maria do Carmo de Lima Fernandes, que sempre me apoiaram na realização dos meus sonhos com seu amor incondicional.

In memoriam ao meu avô materno José Neri Fernandes que me ensinou o valor da fé, do trabalho e da simplicidade.

Aos meus avós paternos Nilton Silva de Oliveira e Zilá Fernandes da Costa que com o imenso amor e simplicidade me incentivaram a ser uma pessoa melhor.

A minha avó materna Maria dos Remédios de Oliveira que com seu amor e lições valiosas muito me ensinou na vida.

A minha esposa, companheira e cúmplice de meus propósitos.

**Agradeço a Deus pelo dom da vida e infinita
bondade.**

**Ao meu orientador prof. Eduardo Jorge Pereira de
Oliveira pelo acompanhamento deste trabalho.**

“Não ame por beleza, pois um dia ela acaba. Não ame por admiração, pois um dia você se decepciona. Ame apenas, pois o tempo nunca pode acabar com um amor sem explicação.” (Madre Teresa de Calcutá).

RESUMO

A união estável foi alçada à entidade familiar pela Constituição Federal de 1988, e como entidade familiar que é, apresenta reflexos diversos, próprios de uma família. Após a Constituição Federal de 1988, visando regular os efeitos jurídicos decorrentes da nova entidade familiar, surgiram a lei nº 8.971/94 e a lei nº 9.278/96, específicas a este fim, vindo a ser tratada posteriormente, no Código Civil de 2002. O presente estudo objetiva analisar o instituto da união estável, mormente no que tange aos seus elementos caracterizadores, seus reflexos de ordem patrimonial e o contrato de convivência. Mais especificamente que elementos caracterizam realmente a união estável; como se desenvolvem os reflexos patrimoniais da união estável, inclusive seus reflexos no direito intertemporal; e as características e possibilidades do contrato de convivência. Para tanto, utilizou-se de pesquisa bibliográfica, doutrinária, jurisprudencial e da legislação positiva. Dessa forma, pretenderá aprofundar-se no tema, a fim de se obter respostas às indagações próprias de tema tão complicado e delicado no ordenamento jurídico. Espera-se com este estudo um maior esclarecimento de tema pouco estudado, proporcionando um melhor uso de instrumentos, aplicáveis à união estável, e direitos decorrentes de tal relação, propiciando uma melhoria na vida dos companheiros.

Palavras-chave: União estável, regime patrimonial e contratual.

ABSTRACT

The stable union was raised the family entity by the federal constitution of 1988, and as family entity that is it present several reflexes, own of a family, after the federal constitution of 1988, seeking to regulate the current juridical effects of the new family entity, they appeared the law nº 8.971/94 and the law nº 9.278/96. specific to this end coming to be treated later. In the civil code of 2002. the present study aims at to analyze the institute of the stable union, especially with respect to their elements characterized their reflexes of patrimonial order and the coexistence contract more specifically than elements really characterize the stable union as he she grows the patrimonial reflexes of the stable union, besides their reflexes in the right intertime; and the characteristic and possibilities of the coexistence contract, for so much, it was used of bibliographical research, doctrinarian, Jurisprudential and of the positive legislation .in that way it will intend to deepen in the theme in order to it to obtain answers the own inquiries of such complicated and delicate theme in our juridical ordainment. It is waited with this study a larger theme explanation little studied, providing a better use of instruments applicable the stable union, and current rights of such relationship, propitiating an improvement in the companions' life.

Words key: stable union, patrimonial and contractual regime.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 CONCEITO DE UNIÃO ESTÁVEL.....	11
1.1 Elementos.....	12
CAPÍTULO 2 REGIME PATRIMONIAL.....	15
2.1 Regime Patrimonial no Tempo.....	15
2.2 Da Aplicação da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal.....	16
2.3 Do Regime Patrimonial na Lei nº 8.971/94.....	17
2.4 Do Regime Patrimonial na Lei nº 9.278/96.....	18
2.5 Do Regime Patrimonial no Código Civil.....	20
2.5.1 Direito a Alimentos.....	23
2.5.2 Direito à Sucessão.....	24
CAPÍTULO 3 DO CONTRATO DE CONVIVÊNCIA.....	28
3.1 Características do Contrato de Convivência.....	29
3.2 Elementos Essenciais do Contrato de Convivência.....	31
3.3 Cláusulas do Contrato de Convivência.....	32
3.3.1 Cláusula Determinando o Regime de Bens.....	33
3.3.2 Participação Diferenciada Sobre o Patrimônio.....	35
3.3.3 Participação Diferenciada Sobre Certos e Diferenciados Bens.....	35
3.3.4 Cláusula Prevendo o Afastamento dos Acréscimos Promovidos Pelos Companheiros Bens Particulares.....	36
3.3.5 Cláusula de Partilha do Patrimônio em Caso de Dissolução da União Estável.....	36
3.3.6 Cláusula de Indenização Pelo Rompimento da Relação.....	37
3.3.7 Cláusula Sob Condição.....	38
3.3.8 Pacto de Outorga de Usufruto de Bens ao Companheiro.....	39
3.3.9 Pacto de Outorga de Direito Real de Habitação ao Companheiro.....	39
3.3.10 Cláusula de Exclusão de Pensão Alimentícia.....	40
3.3.11 Cláusula de Exclusão de Herança e Demais Direitos Sucessórios.....	41
3.3.12 Cláusula Sobre Efeitos Pessoais Entre os Conviventes.....	41
3.4 O Contrato de Convivência em Face de Terceiros.....	42
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	45
REFERÊNCIAS.....	48

INTRODUÇÃO

O homem por sua natureza necessita viver em família, e o modo de sua constituição é livre, restando a cada um a escolha do melhor meio. A família, além de um instituto jurídico, é um organismo institucional, que tem como base o direito natural, devendo o Estado intervir, somente, para garantir a fruição deste direito com a devida segurança.

A família é a base da sociedade, e por este motivo tem especial proteção do Estado. A Constituição Federal de 1988 definiu três espécies de entidades familiares: a constituída pelo casamento civil, a constituída pela união estável e a família monoparental. Ao incluir a união estável como forma de constituição de família a Constituição Federal inovou, visto que as Constituições anteriores primavam pela família constituída pelo casamento, não reconhecendo direito e proteção à união estável, mesmo sendo esta família uma realidade social bastante arraigada em nossa sociedade, preexistente ao casamento, sendo um fato social.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que reconheceu a união estável como entidade familiar, surgiu a necessidade da edição de lei infraconstitucionais para regulamentar a união estável, seja em seus elementos constitutivos, seja em suas relações pessoais, patrimoniais e contratuais. Assim surgiu a Lei nº 8.971/94, sendo a primeira a dispor sobre a união estável, tratando de seus elementos caracterizadores, reconhecendo o direito a alimentos e direitos sucessórios.

Na esteira da lei de 1994 surgiu uma segunda, visando regulamentar a união estável, trazendo nova definição do instituto, prevendo direito a alimentos, prevendo o direito real de habitação, trazendo, ainda, a presunção de comunhão de bens entre os companheiros, uma espécie de regime de bens, com a possibilidade de criação de contrato entre os companheiros. Essa lei foi a de nº 9.278/96.

Mais recentemente o Código Civil de 2002, como não poderia ser diferente, tratou da união estável, em título próprio, dispondo, dentre outras coisas, de regime de bens, de direito a alimentos, à sucessão e a possibilidade de edição de contrato de convivência.

Indubitavelmente, por seu alcance social e jurídico, o Instituto da União Estável é merecedor de estudo, mormente no que tange ao regime patrimonial e conseqüentemente o contrato de convivência.

Ante ao exposto, o objeto de estudo do presente trabalho é a união estável, em seus reflexos patrimoniais e no que tange ao contrato de convivência, visando obter-se respostas para os mais diversos questionamentos referentes ao tema, como, por exemplo: que elementos

caracterizam realmente a união estável; como se desenvolvem os reflexos patrimoniais da união estável, inclusive seus efeitos no direito intertemporal; e as características e possibilidades dentro do contrato de convivência.

Para o desenvolvimento deste estudo, empregou-se como metodologia extensa pesquisa bibliográfica, considerações doutrinárias e a análise da legislação positiva, utilizando como fundamento legal a Constituição Federal de 1988, as leis nº 8.971/94 e 9.278/96 e o Código Civil de 2002. Objetivando o aprofundamento do tema em questão, qual seja, união estável: regime patrimonial e contratual. Este estudo foi dividido em três capítulos, sendo distribuídos da seguinte forma:

No primeiro capítulo, conceitua-se o instituto da união estável e, conseqüentemente, definem-se seus elementos caracterizadores, realmente essenciais dentre os apontados na doutrina. É pela conceituação e caracterização da união estável que se poderá identificar uma relação amorosa como sendo ou não uma entidade familiar fundada na união estável, e a partir desse enquadramento aplicarem-se os devidos reflexos, seja de natureza patrimonial, contratual, alimentícia ou sucessória.

O segundo capítulo tratará dos reflexos patrimoniais na união estável, mais especificamente: de qual lei deverá ser aplicada, quanto aos reflexos patrimoniais; da aplicação da súmula 380 do Supremo Tribunal Federal; do regime patrimonial na lei nº 8.971/94, na lei nº 9.278/96 e no Código Civil de 2002; tratando ainda, como reflexos da união estável que são, dos direitos sucessório e alimentícios entre os companheiros.

O terceiro capítulo, como decorrência da previsão legal, disporá sobre o contrato de convivência, de suas características, de seus elementos essenciais, de suas cláusulas, tratando inclusive de certas cláusulas mais comuns, mormente quanto sua possibilidade ou não pelo de aplicação no contrato de convivência pelo ordenamento jurídico. Tratará, ainda, de sua eficácia perante terceiros.

Por ser justamente nestas áreas em que se concentram as maiores divergências e disputas entre os companheiros, é que se vislumbra o alcance e a importância do presente estudo.

Capítulo 1 Conceito de União Estável

Por ser a União Estável, um fato jurídico e social há pouco institucionalizado, de constituição informal, e com elementos que no decorrer da história se transformaram no seio da sociedade, esse recente instituto do direito de família é de difícil conceituação. Talvez por isso o legislador preferiu definir a União Estável, seja nas Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 ou no Código Civil em seu artigo 1.723, o que contribuiu para cessar maiores divergências doutrinárias acerca do conceito deste instituto, levando a maioria dos doutrinadores a seguir o conceito legal, como Sílvio de Salvo Venosa, com poucas variações e divergências, existindo essas somente no que tange aos elementos da União Estável, como faz Maria Helena Diniz (DINIZ, 2005, p.360):

[...]a união estável, a convivência pública, contínua e duradoura de um homem com uma mulher, vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vinculação matrimonial, estabelecida com o objetivo de constituir família [...]

O doutrinador César Fiúza (FIUSA, 2003, p.824) peca pela excessiva simplicidade, pois define a União Estável como sendo somente “a convivência, sob o mesmo teto ou não, entre homem e mulher não ligados entre si pelo casamento”, o que abre brechas e falhas para se diferenciar e caracterizar este instituto, podendo se confundir com o concubinato, que se enquadra no conceito descrito pelo autor.

Alguns autores trazem conceitos ultrapassados e preconceituosos, com elementos que há muito não se enquadram no direito de família, como Sílvio Rodrigues (RODRIGUES, 2002, p.259), que conceitua a União Estável:

como a união do homem e da mulher, fora do matrimônio, de caráter estável, mais ou menos prolongada, para o fim da satisfação sexual, assistência mútua e dos filhos comuns e que implica uma presumida fidelidade recíproca entre a mulher e o homem.

O conceito que mais acertado é o apresentado por Álvaro Villaça Azevedo, que define a União Estável como “a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, para a constituição de uma família de fato” (AZEVEDO, 2002, p.437). Neste conceito, o referido doutrinador apresenta os elementos essenciais do instituto, ora estudado, além de sua natureza jurídica, que é ser um fato jurídico, uma família de fato, que nasce

espontaneamente na sociedade, sem maiores formalidades, pois a família não é criada pelo homem, mas sim pela natureza.

É baseado no conceito legal, acrescentado de sua natureza jurídica e de outros elementos fundamentais, que conceituamos a União Estável como uma família de fato, baseada na convivência *more uxório* pública, contínua e duradoura, entre homem e mulher, não impedidos de casar ou separados de fato ou judicialmente, com o ânimo de constituir família.

1.1 Elementos da União Estável

Para melhor entender o conceito de União Estável, deve-se delinear os elementos caracterizadores dessa entidade familiar. A doutrina e jurisprudência elencaram esses elementos para que haja uma maior percepção para a configuração da União Estável, em cada caso concreto. Os elementos essenciais, objetivos e subjetivos, são apresentados na lei, seja no Art. 1.723 do C.C., seja no 1º da Lei nº 9.278/96.

O primeiro elemento, de natureza objetiva, é a *diversidade de sexo*, que decorre clara e impositivamente da Constituição Federal e do Código Civil. Exclui-se, portanto, da União Estável a união de pessoas do mesmo sexo, uniões “homoafetivas”, havendo somente a caracterização de uma sociedade de fato. Sobre o assunto aduz Venosa (VENOSA, 2007, p.43):

Como no casamento, a união do homem e da mulher tem, entre outras finalidades, a geração de prole, sua educação e assistência. Desse modo, afasta-se de plano qualquer idéia que permita considerar a união de pessoas do mesmo sexo como União Estável nos termos da lei.

A *ausência de impedimentos matrimoniais* constitui um segundo elemento, de ordem objetiva, contido no conceito de União Estável, que serve de requisito para sua formação. Estando, esse elemento, presente no §1º do art. 1.723, do Código Civil Brasileiro, que evidencia não se configurar a União Estável se ocorrerem as causas impeditivas descritas no art. 1.521, do C.C., excetuando-se a causa do inciso VI do art. 1.521, que trata das pessoas casadas, pois estando separados de fato ou judicialmente nada obsta à configuração da União Estável. Dispõe ainda o C.C. no §2º do art. 1.723 que as causas suspensivas do art. 1.523 não incidirão sobre a União estável.

A *convivência more uxório*, entre os companheiros, se configurará no desdobramento de três outros elementos, quais sejam, a publicidade, continuidade e a duração dessa convivência dos companheiros como se marido e mulher fossem.

O elemento, objetivo, da *publicidade* da convivência, se apresenta na medida em que não se poderia configurar a União Estável de um casal que apenas se encontrasse às escondidas, furtivamente, como se um crime ou algo espúrio à sociedade estivesse a ser praticado. Para que haja a proteção estatal da família, é necessário que o casal se apresente, perante a sociedade, como se marido e mulher fossem. A publicidade que se exige dos companheiros é a que, perante a comunidade em que vivem, em seu círculo de amigos e nos meios sociais se apresentem e sejam reconhecidos como se casados fossem. Nesse sentido, Maria Helena Diniz (DINIZ, 2005, p.366), nos ensina sobre esse elemento

A convivência *more uxorio* deve ser notória, os companheiros deverão tratar-se, socialmente, como marido e mulher, aplicando-se a teoria da aparência, revelando a *intentio* de constituir família, traduzida por uma comunhão de vida e de interesses, mesmo que não haja prole comum.

A convivência deverá ser *contínua*, sem interrupções, apresentando-se com uma certa estabilidade. Sendo um elemento, objetivo, essencial para a configuração da União Estável. O que possibilitará verificar, através deste elemento, a solidez da união. Não serão pequenos sobressaltos ou rupturas, por curto espaço de tempo, que inibirão a continuidade da relação, cabendo a análise do caso concreto dizer se uma relação é contínua ou não.

A convivência deverá ser *duradoura*, não mais a lei delimitando prazo certo para a caracterização deste elemento objetivo, como outrora o fez a Lei nº 8.971/94, que tinha o prazo de 5 (cinco) anos para considerar uma relação de duradoura. Fez bem o legislador em não por termo inicial à União Estável, na lei de 1996 e no Código Civil, pois, “realmente, a união estável nasce com o afeto entre os companheiros, constituindo sua família, sem prazo certo para existir ou para terminar”. (AZEVEDO, 2002, p.438)

O objetivo de constituir família, que é um elemento subjetivo, é o corolário da União Estável. Esse objetivo se mostra por uma série de elementos comportamentais, contidos na convivência *more uxorio*, que é a convivência pública, contínua e duradoura dos companheiros que se comportam como se casados fossem. Evidencia-se, ainda, na *affection maritalis*, que é a afeição recíproca de um verdadeiro casal. Por fim, o objetivo de constituir família se enlaça ao conceito de união familiar,

como sendo a comunhão de vidas entre o casal; uma união de corpo e alma, de carne e de espírito, integrando, em seu conceito, a assistência emocional recíproca e a intenção de permanência neste estado de convivência *more uxorio*.(CAHALI, 2002, P.76)

Além dos elementos contidos na lei, a doutrina apresenta outros elementos secundários da União Estável, tais como: a *honorabilidade*, qual seja o respeito e a afeição entre os companheiros; a *coabitação*, que, não mencionada pelo legislador, perdeu-se, não sendo indispensável para a caracterização da União Estável, como dispõe a Súmula 382 do S.T.F.

Questão interessante aparece, quando se trata do dever de *lealdade*, como elemento caracterizador da União Estável. Certo é que o legislador quis traçar uma diferença entre *lealdade* e *fidelidade*, visto que, no que tange ao casamento, o dever é de *fidelidade* (art. 1.566, I, C.C.), enquanto na União Estável o dever imposto foi o da *lealdade* (art. 1.724, C.C.), não haveria, pois, necessidade do legislador usar termos diferentes para designar a mesma coisa, a nomenclatura não se dar por acaso. O dever de *lealdade* foi incluído no ordenamento jurídico pelo Código Civil. Não há, na União Estável, adultério; visto que não existe o dever de *fidelidade*, que ao contrário do que pensam alguns, não é sinônimo de *lealdade*, como bem dispõe Álvaro Villaça Azevedo (AZEVEDO, 2002, p.444):

A lealdade é gênero de que a fidelidade é espécie; aquela figura no âmbito genérico da conduta dos casais, tanto que, muitas vezes, entre cônjuges [e companheiros] , não se configurando o adultério, de difícil prova, o mau comportamento de um deles, ainda que se faça presumir, às vezes, adultério, já, por si, caracteriza-se como injurioso, apto a autorizar a dissolução da sociedade matrimonial[...].

Não devemos, contudo, nos confundir, como o faz Silvio Rodrigues (RODRIGUES, 2002, p.287) ao dispor que

Dentre os vários elementos capazes de configurar a união estável, o que, realmente, parece fundamental para esse fim é a presumida fidelidade da mulher ao homem.

Tendo em vista as mudanças sociais e a própria ordem constitucional que não tolera mais esses entendimentos preconceituosos e ultrapassados.

CAPÍTULO 2 REGIME PATRIMONIAL

A união estável, como entidade familiar que é, não tem conteúdo econômico direto, mas culmina e se almeja mútua cooperação material, moral e espiritual, visando atingir os fins visados por este casal dentro da sociedade. Destarte, como um dos objetivos, do homem médio, em uma sociedade capitalista é a melhoria de vida, através de um ganho patrimonial; é indubitável que a união estável gera reflexos de natureza patrimonial, tanto com o desfazimento da relação como durante a união para suprir as necessidades do lar e da família. Dessa forma, o regime de bens é uma consequência da união estável, assim como é do casamento, sendo, pois, resultado da comunhão de vida.

2.1 Regime Patrimonial no Tempo

Diante da grande quantidade de atos normativos que regulam o regime patrimonial dos companheiros, faz-se necessário uma análise sobre que leis deverão ser aplicadas.

De início, verifica-se que o art. 2.035 do Código Civil não poderá ser aplicado à União Estável, tendo em vista que para ser aplicado esse dispositivo legal ter-se-ia que considerar a União Estável como um negócio jurídico, como é o casamento. Como já salientamos nesse trabalho de conclusão de curso, por sua natureza jurídica, a União Estável é um fato jurídico, e não um negócio ou um ato jurídico. Não se aplicando, assim, ao regime patrimonial dos companheiros as regras do art. 2.035, resta-se analisar a aplicação de normas de direito intertemporal que podem se adequar ao tema.

O princípio vigente na Lei de Introdução ao Código Civil é o *princípio da irretroatividade*, não podendo, como regra, a lei nova incidir sobre situações pretéritas, produzindo os seus respectivos efeitos de acordo com a lei em vigor ao tempo em que se aperfeiçoou a situação jurídica pretérita. Francisco José Cahali (CAHALI, 2002, p.155) bem esclarece a questão:

a titularidade dos bens se consuma no momento da respectiva aquisição, tornando-se um ato jurídico perfeito, com a realidade jurídica então existente, além de outorgar ao titular o direito adquirido, tornando o negócio jurídico imune à nova legislação.

A lei nova terá aplicação nas Uniões Estáveis em curso, não atingindo o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. As regras contidas no Código Civil recairão sobre os bens adquiridos a partir da entrada em vigor do Código.

Outrossim, aplicar-se-á o *princípio da ultratividade* sob as leis que tenham incidência sobre os bens adquiridos ao seu tempo, e que estendem seus efeitos até a presente data. Assim, aplicar-se-á a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal sobre as situações jurídicas dos bens adquiridos desde sua edição até 29 de dezembro de 1994; aplicar-se-á a Lei nº 8.971 de 30 de dezembro de 1994 a 12 de maio de 1996; aplicar-se-á a Lei nº 9.278 de 13 de maio de 1996 a 10 de janeiro de 2003; e, por fim, aplicar-se-á o Código Civil a partir de 11 de janeiro de 2003, até disposição legal posterior em contrário sobre os bens e direitos adquiridos, enquanto durar a vigência do dispositivo legal.

Destarte, apesar de a regra geral ser a da *irretroatividade* da lei nova, os conviventes podem dispor, em contrato de convivência, qual dispositivo normativo regulará os seus direitos patrimoniais, sendo, pois, possível a retroatividade ou, até mesmo, a ultratividade de uma lei, tendo os conviventes a “liberdade de dispor de seu patrimônio não só atual e futuro, como também do patrimônio passado”(SANTOS, 2005, p.127).

2.2 Aplicação da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal

Após anos de injustiça, por parte da jurisprudência, em negar efeitos jurídicos a união estável, denominação adotada na época, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 380, baseada em uma dezena de julgados de 1946 a 1963, de seguinte teor: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. “A idéia predominante na súmula é a da sociedade de fato entre os concubinos, donde resulte um patrimônio ou aumento de patrimônio existente, o qual tenha derivado do esforço comum daqueles”(RODRIGUES, 2002, p,292). Dessa forma, comprovada a existência da sociedade de fato, restava a comprovação da colaboração, do companheiro ou da companheira, na formação ou aumento do patrimônio do casal, restando a cada um a parte ideal de sua contribuição. Inicialmente se entendia que a companheira ou o companheiro só teria direito à participação no patrimônio do casal, se este tivesse contribuído diretamente para a formação ou aumento deste patrimônio. Nesse momento, a jurisprudência entendia cabível a aplicação da súmula estudada tanto à

União Estável (concubinato puro), quanto ao concubinato (concubinato impuro), pois se tratava, meramente, de uma participação econômica a ser comprovada.

A jurisprudência, ao evoluir, passou a admitir o posicionamento, correto, de Álvaro Villaça Azevedo (AZEVEDO, 2002, p.211) que aduz:

mesmo a admitir-se, com a citada Súmula 380, à época, que é indispensável o “esforço comum” dos concubinos nessa formação de seu patrimônio, há que se entender esse esforço em sentido amplo, pois nem sempre ele resulta de natureza econômica, podendo implicar estreita colaboração de ordem pessoal, às vezes de maior valia.

Admitindo-se, pois, a contribuição indireta para a formação do patrimônio do casal, passando com esse posicionamento, hoje, a ser aplicável a referida Súmula, somente, ao concubinato impuro e às uniões homoafetivas, não mais sendo cabível à União Estável. No que diz respeito à partilha dos bens do casal, não mais se dará na proporção da contribuição de cada um, e sim por meação. Mas, o direito à meação continua subordinado à comprovação da existência da sociedade de fato e a colaboração, seja com capital, seja com trabalho, para a formação ou manutenção ou administração do patrimônio do casal, não sendo suficiente o simples concubinato, para que se faça a meação.

2.3 Do Regime Patrimonial na Lei nº 8.971/94

Após a Constituição Federal de 1988, passaram-se seis anos, para que se concedessem direitos, mesmo que poucos, aos companheiros. A Lei nº 8.971/94, em apenas três artigos, buscou regular o direito a alimentos, à sucessão e à meação em caso de morte.

No que tange à questão patrimonial, o art. 3º dessa lei teve como fundamento a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, que descrevia a necessidade de existência de colaboração mútua entre os companheiros na aquisição dos bens. Outrossim, a estudada lei somente considerou o direito à meação em caso de morte, o que para a época já era questão superada, pois a jurisprudência já concedia a meação em caso de dissolução da União Estável ainda em vida. É de se analisar que a lei de 1994 não instituiu os companheiros como meeiros, adotando, como já citado, o entendimento da Súmula 380, qual seja a necessidade de colaboração do companheiro(a), como bem é explícito o art. 3º, *in verbis*: “Quando os bens

deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro(a), terá o sobrevivente direito à metade dos bens.”

O legislador não mencionou que tipo de “colaboração” deveria ser considerada para que houvesse a meação, o que nos leva a crer, juntamente com toda a doutrina, que tanto a contribuição direta como a contribuição indireta, para a formação do patrimônio do casal, devem ser levadas em consideração para a divisão dos bens.

Por restar claro, que, não se trata, no art. 3º da lei 8.971/94, de herança e sim de meação, primeiro se divide os bens adquiridos durante a União Estável, com a colaboração do companheiro sobrevivente, e depois é que se passa à herança, seguindo as regras do art. 2º da mesma lei.

2.4 Do Regime Patrimonial da Lei nº 9.278/96

O regime patrimonial da União Estável, na lei nº 9.278/96, está regulado no art. 5º, *in verbis*:

Art. 5º – Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes na constância da união estável e a título oneroso são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação em contrato escrito.

§1º – Cessa a presunção do *caput* deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união.

§2º – A administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

A partir dessa lei, a União Estável passou a ter um regime patrimonial próprio, tendo características próprias, não tendo correspondente com o regime matrimonial de bens e nem com o instituto do condomínio, como expor-se-á adiante.

O primeiro aspecto a ser analisado é o de que essa lei criou a presunção de comunhão de bens adquiridos durante a união, a título oneroso, não mais sendo necessário, como enunciava a Súmula 380 do S.T.F. e o art. 3º da lei nº 8.971/94, a comprovação do esforço comum para a aquisição ou aumento do patrimônio.

A presunção de colaboração na formação do patrimônio comum, é absoluta, pois apenas não prevalece diante de situações excepcionais expressas em lei, qual seja, a existência de contrato escrito em sentido contrário e a sub-rogação de outro bem adquirido anteriormente

à união. A possibilidade de se admitir prova em contrário, para ilidir essa presunção, seria um retrocesso no ordenamento jurídico, visto que perder-se-ia uma boa oportunidade de se desprender-se das amarras da necessidade de comprovação da colaboração comum, contidas na Súmula 380 e na Lei de 1994. Nesse sentido, tem-se a orientação de Rainer Czajkowski, de Guilherme Calmoon Nogueira da Gama e de Simone Orodieschi Ivanov dos Santos (SANTOS, 2005, p.34), que cito:

entendemos tratar-se de uma presunção absoluta, pois apenas não prevalece diante de contrato escrito em sentido diverso. Caso fosse admitida prova em sentido contrário, haveria uma grande insegurança na sociedade e estaríamos diante de uma situação patrimonial praticamente igual à da Lei nº 8.971/94, em que só haveria diversidade de tratamento quanto ao ônus da prova.

Da mesma forma, há quem entenda contrariamente, como Álvaro Villaça Azevedo, que considera essa presunção relativa, e não *juris et de jure*, na medida em que se prove a vida irresponsável, a pautada em vícios e o mero companheirismo. Nesse último caso, não se aplica à União Estável, pois o mero companheirismo não é compatível com este instituto e sim com o concubinato. Nos demais casos, citados pelo referido doutrinador, é de escolha do companheiro viver com uma pessoa repleta de vício e defeitos, sem colaboração em sua vida financeira. Ocorre que, a presunção estabelecida é de colaboração comum, mesmo que não haja essa colaboração, ao se provar a União Estável, essa presunção é tão absoluta quanto a regra contida no art. 1.658, do Código Civil, relativa ao regime matrimonial do casamento.

Outro aspecto que se destaca, nesse artigo sob análise, é que, partindo da presunção supra mencionada, os bens adquiridos onerosamente durante a união pertencem a ambos, em condomínio, e serão divididos em partes iguais, salvo estipulação em contrário, em contrato escrito.

O condomínio que se presume neste artigo não é o mesmo do condomínio do direito real, não existindo identidade ou analogia, visto que “as regras do condomínio são contrárias à unidade familiar, pois cada condômino pode vender sua parte a terceiros ou gravá-las”(VARJÃO, 1999, p.123); por isso, este condomínio é considerado atípico, visto que é presumido em lei, considerando fruto do trabalho e colaboração comum os bens adquiridos durante a união, e em partes iguais, salvo estipulação em contrário.

De acordo com o artigo sob análise, só farão parte do condomínio e serão objeto de meação os bens adquiridos na constância da União Estável e a título oneroso. Dessa forma, ficam afastados da meação os bens decorrentes de herança e doação, exceto se em favor de ambos os companheiros. Também, de acordo com o §1º do art.5º da Lei nº 9.278/96, ficam

excluídos da meação os bens adquiridos em sub-rogação real a bens adquiridos anteriormente à união, excluindo-se somente até o limite do valor do bem substituído. Exclui-se também os bens adquiridos por fato eventual, tais como jogo, aposta, loteria etc. ainda os frutos civis do trabalho de cada um. Por último, a doutrina cita as benfeitorias nos bens de cada consorte. Contudo, esse entendimento deve ser visto com certa reserva, visto que se a benfeitoria, se necessária, foi realizada onerosamente, esta deve participar da meação. Da mesma forma, Simone Orodeschi Ivanov dos Santos (SANTOS, 2005, p.38):

quanto à comunicação ou não de benfeitorias, construções ou acréscimos em seus bens particulares, "entende" que se a obra ou despesa foi realizada a título oneroso, deverá ser admitida a participação deles, para fins de meação.

Por fim, o §2º do artigo sob exame dispõe que a administração do patrimônio comum dos companheiros competirá ao casal, só ocorrendo de forma diversa por estipulação em contrato escrito.

2.5 Do Regime Patrimonial no Código Civil

O regime patrimonial da União Estável, no Código Civil, está descrito no artigo 1.725, *in verbis*: "Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens." De acordo com enunciado no artigo supra mencionado, os conviventes poderão estipular, em contrato de União Estável, o regime convencional para reger o seu patrimônio. Caso os companheiros não celebrem contrato escrito estipulando regras quanto ao seu patrimônio, o regime legal adotado será o da comunhão parcial de bens, que se encontra descrito nos art. 1.658 ao art. 1.666, do código civil.

É de se observar que o texto do artigo 1.725, mesmo diferindo do texto do art. 5º da Lei nº 9.278/96, apresenta-se, em seus efeitos, como o artigo da lei de 1996, o que leva ao entendimento de Álvaro Villaça Azevedo (AZEVEDO, 2002, p.450):

É meu entendimento que, pretendendo aproveitar o modelo da comunhão parcial, "no que couber", [...], acaba o texto voltando ao regime previsto no art.5º da lei de 1996, relativo ao condomínio, que é o único que atende à possibilidade de constante mutação no patrimônio dos companheiros, inclusive com a possibilidade de alienação judicial para extinção do condomínio, o que é impossível em qualquer

regime de bens onde exista comunhão, [...], que deve durar enquanto durar o casamento, ou enquanto os cônjuges de comum acordo não resolverem alienar o bem afetado.

Neste momento, não tratar-se-á do contrato de convivência, pois far-se-á em capítulo próprio. Põe-se a tratar, agora, do regime legal de comunhão parcial de bens entre os companheiros.

O regime da comunhão parcial de bens se caracteriza pela “separação quanto ao passado e de comunhão quanto ao futuro” (RODRIGUES, 2002, p.206), comunicando-se, pois, os bens que sobrevierem à união do casal. Esse regime também se caracteriza pela existência de três massas de bens: os bens da companheira, os bens do companheiro e os bens comuns, que foram adquiridos após a união.

Dessa forma, os bens comuns, que se comunicam, são: os adquiridos onerosamente após a união(art.1.660, I), como por compra e venda, permuta, troca, dação em pagamento, existindo a presunção, como a contida no art. 5º da lei nº 9.278/96, absoluta quanto ao esforço comum, na aquisição do patrimônio comum dos companheiros; os bens adquiridos por fato eventual(art.1.660, II) ou fortuito, adquiridos a título não oneroso, tais como a loteria, aposta, jogo, invenção, aluvião, rifa, avulsão; os bens provenientes de doações em favor do casal(art.1.660, III), devendo incidir a regra do art.551 do C.C.; as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge(art.1.660, IV), considerando, o código, as benfeitorias, necessárias, úteis ou voluptuosas, como obras advindas com o esforço comum dos companheiros, restando acrescentar que as acessões naturais não entram na comunhão, pois não decorrem da intervenção do proprietário, como salienta o art. 97 o Código Civil; por fim, comunicam-se os frutos dos bens comuns e particulares dos companheiros, percebidos durante à união ou pendentes ao tempo de cessar a união(art.1.660, V).

Da mesma forma, os bens particulares que pertencem a cada companheiro, que não se comunicam estão descritos no artigo 1.659, sendo eles: os bens que cada companheiro possuía ao casar e os bens adquiridos gratuitamente, durante a união, como por herança, doação ou legado, desde que não importe a ambos os conviventes (art.1.659, I); os bens adquiridos em sub-rogação real, direta ou indireta, de bens particulares de um dos companheiros, fazendo-se necessário a indicação dessa sub-rogação no título aquisitivo do bem imóvel, visto que a prova quanto ao móvel é mais difícil, devendo vigorar a presunção do art. 1.662, e sendo adquirido um bem novo em sub-rogação de bens particulares de ambos os companheiros, deverá se apurar a cota parte ideal de cada um(art.1.659, II); as obrigações anteriores à união, serão de responsabilidade do convivente que a contraiu (art.1.659, III); seguindo o princípio

do direito penal segundo a pena não passa da pessoa do criminoso, excluem-se as obrigações provenientes de ato ilícito praticado por um companheiro, que responderá com seus bens particulares, e não os possuindo ou não os possuindo suficientemente, poderão responder os bens comuns, sendo, na partilha, diminuído esse valor da meação do convivente culpado, salientando-se que, excluem-se da comunhão as obrigações provenientes de ato ilícito desde que não tenha esse ato revertido em proveito do casal (art.1.659, IV); por seu caráter pessoal, os livros, instrumentos de profissão e os bens de uso pessoal, mas como observa Maria Helena (DINIZ, 2005, p.152) “quanto aos livros, convém lembrar que se forem destinados a negócios [...], deverão ser comunicáveis” (art.1.659, V); não se comunicam os proventos do trabalho pessoal de cada companheiro, enquanto renda, comunicando-se no momento em que esses proventos se transformam em patrimônio, pela incidência dos artigos 1.658 e 1.660, I, sendo (VENOSA, 2006, p.352) “difícil precisar o momento exato em que os valores deixam de ser proventos do trabalho e passam a ser bens comuns, valorizados para atender às necessidades do lar conjugal” (art. 1.659, VI); e por fim, não se comunicam, por serem direitos personalíssimos, as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes (art. 1.659, VII).

Ainda no que tange à comunicabilidade ou não de bens no regime de comunhão parcial, dispõe o art. 1.661 que, são incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior à união, sendo tão somente a aquisição do bem adiada por condição ou termo. Um exemplo: coisa vendida à crédito, sendo paga somente após a união.

No que tange aos bens móveis, o Código Civil, em seu art. 1.662, presume adquiridos na constância da união estável, salvo prova em contrário e desde que não sendo nenhum dos bens descritos no inciso V do artigo 1.659 do Código Civil. Trate-se, pois, de uma presunção *juris tantum*.

Quanto à administração dos bens comuns, estabelece o Código Civil, de acordo com o princípio constitucional de que homens e mulheres são iguais, em seu artigo 1.663, que compete a ambos os companheiros. E ainda, de acordo com o §1º deste artigo, as dívidas contraídas na administração dos bens comuns obrigam os bens comuns, os bens particulares de quem os administram e os particulares do outro companheiro, na medida de seu proveito. Já o §2º deste mesmo artigo, não encontra aplicabilidade prática na união estável, pois este instituto não é oponível perante terceiros, ficando, na prática, a administração dos bens ao titular do bem ou direito. Por fim, o §3º dispõe que em caso de má administração dos bens comuns, o companheiro poderá ser afastado da administração dos bens comuns.

O art. 1.664 dispõe que os bens comuns responderão pelas obrigações assumidas por qualquer dos conviventes para atender às necessidades do lar.

O art. 1.665 dispõe, logicamente, que a administração dos bens particulares compete ao seu titular, salvo estipulação em sentido contrário.

Ainda, dispõe o art. 1.666, em seqüência lógica do artigo anterior, que as dívidas contraídas por um dos companheiros na administração de seus bens particulares e em benefício destes não obrigam os bens comuns.

Por fim, entende-se que não se aplica, por força da expressão “no que couber” contida no art. 1.725, à União Estável, por sua natureza, dentre outras, as regras contidas nos artigos 1.641 e 1.647 do Código Civil.

2.5.1 Direito a Alimentos

O direito a alimentos entre os companheiros surgiu com a lei nº 8.971/94, inovando o sistema jurídico, ao prever alimentos aos companheiros ao lado daquele decorrente do casamento e do parentesco. Nesta lei, teria direito a alimentos o companheiro que convivesse com o outro por mais de cinco anos ou existisse filho do casal. Sendo necessário, pois, que se configure a união estável, pois o lapso de cinco anos ou a prole em comum eram requisitos para a caracterização da união estável. Esses alimentos seriam devidos ao companheiro que deles necessitar e seriam pagos até que o alimentando não constituísse nova união estável ou casamento.

Além do mais, o art. 1º da referida lei previu a utilização da lei nº 5.478/68, como um dos meios processuais de se obter os alimentos pleiteados. Comentando a respeito tem-se Francisco José (CAHALI, 1996, p.192):

Embora referindo-se à utilização pelo(a) companheiro(a) de um dos meios processuais para a obtenção de alimentos(Lei nº 5.478/68), deve ser interpretado como criador, no campo do direito material, da obrigação alimentar entre os partícipes da união estável, nas condições nele previstas.

Posteriormente o art. 1º da lei nº 8.971/94 foi revogado pelo art. 1º da lei nº 9.278/96, no que tange aos elementos para a formação da união estável, e pelo art. 7º da mesma lei, no que tange ao direito dever de alimentos. Dessa forma, a partir desta lei, ficariam devidos ao companheiro necessitado, após o rompimento da relação, alimentos pelo outro companheiro,

em condições de provê-los. Não persiste a necessidade de união por mais de cinco anos ou a prole em comum, bastando a caracterização da convivência pública, contínua e duradoura, como se casados fossem, com a finalidade de se constituir família, ou seja, que se caracterize a união estável nos moldes do art. 1º da lei mais recente. A respeito dos alimentos na lei de 1996, comenta Álvaro Villaça Azevedo (AZEVEDO, 2002, p.358) que

Com sua dissolução, entretanto, duas são as situações relativas a alimentos: em caso de separação amigável, vale a obrigação alimentar que for acordada, por escrito, entre os separados; em se cuidando de separação culposa, ocorre a rescisão do contrato de convivência, só sendo devidos alimentos pelo companheiro culpado ao inocente, se ele deles necessitar.

Concorda-se com o entendimento do eminente doutrinador na primeira situação, uma vez que àquela época o ordenamento jurídico não vedava a disposição sobre alimentos, assim como os nossos tribunais aceitavam inclusive a renúncia acordada em contrato escrito. Na segunda situação, o autor não se baseia somente na leitura do art. 7º, da lei nº 9.278/96, *in verbis*: "Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta lei será prestada por um dos conviventes ao que dele necessitar, a título de alimentos", pois o dispositivo não comportou tal hipótese, sendo necessário se utilizar da analogia com o art. 234 do Código Civil, em vigor à época, e o art. 19 da lei nº 6.515/77. Neste caso, o dever de prestar alimentos cessaria em caso de culpa da alimentante e de abandono de lar.

Atualmente, o Código Civil, em seu art. 1.694, é claro a respeito dos alimentos entre os companheiros, de forma idêntica ao casamento, existindo o dever de alimentar, se um companheiro necessitar e o outro poder arcar com as custas. O dever alimentar cessa com o casamento ou união estável do companheiro alimentante. Caso o companheiro que necessitar dos alimentos for considerado culpado pelo rompimento da relação, este receberá somente os alimentos estritamente necessários para a sua sobrevivência. Ressalte-se, por fim, que o direito a alimentos é indisponível, e dessa forma irrenunciável.

2.5.2 Direito à Sucessão

Antes da Lei nº 8.971/94, o companheiro não participava da sucessão do companheiro falecido. Com o advento desta lei inseriu-se o companheiro na ordem de vocação hereditária, que consta no art. 2º da referida lei, *in verbis*:

Art. 2º. As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

I – O(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto da quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos deste ou comuns;

II – O(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III – Na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Dessa forma, somente sucederia o falecido o companheiro que se enquadrasse nos elementos constitutivos da união estável, constantes nesta lei em seu art. 1º. Os incisos I e II tratam do usufruto *vidual*, usufruto legal que independe da situação econômica do companheiro. A seu turno o inciso III equiparou a situação do companheiro sobrevivente ao cônjuge sobrevivente, colocando o companheiro em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, como ocorria com o cônjuge sobrevivente no art. 1.603, do Código Civil de 1916. Por este inciso o companheiro sobrevivente herda preferencialmente aos colaterais. Diante disso, cita-se e corrobora-se com Álvaro Villaça Azevedo (AZEVEDO, 2002, p.337 e 338), ao analisar este artigo, tendo em vista sua vigência em face do Código Civil de 2002,

Pode-se dizer, assim, que o usufruto vidual foi substituído, atualmente, no atual projeto do novo Código Civil, pela concessão de cota-parte de herança ao cônjuge sobrevivente, solução de alta praticidade e de justiça[...] substituindo o usufruto vidual pela participação do cônjuge, ou do companheiro, na herança, como visto, estarão revogados os dispositivos legais de caráter sucessório, constantes dos arts. 2º e 3º da comentada lei, que favorece os concubinos.

Na lei de nº 9.278/96, encontra-se somente a previsão de direito real de habitação sobre o imóvel residencial do casal, enquanto não constituir nova união estável ou casamento, ao companheiro sobrevivente. Dessa forma, não modifica ou revoga a lei anterior, somente acresce novo direito ao convivente, como meio de proteção ao sobrevivente. Esta previsão está contida no parágrafo único do art. 7º, *in verbis*:

Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver e não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Cabe-nos esclarecer que o direito real de habitação consiste na utilização, gratuita, de imóvel alheio, para a moradia, vedando-se alugá-lo ou emprestá-lo. E, tendo em vista o

sistema do atual Código Civil, o direito real de habitação previsto neste artigo é plenamente válido.

O Código Civil em vigor traz o direito sucessório entre os companheiros no art. 1.790, *in verbis*:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

O artigo sob análise dispõe que o companheiro sobrevivente participará da sucessão o *de cuius*, quanto aos bens adquiridos a título oneroso durante a união estável, independente do regime adotado pelo casal e da meação. O inciso I atribui ao companheiro sobrevivente a mesma cota-parte dos filhos comuns. Caso os filhos sejam somente do companheiro falecido, ao companheiro sobrevivente caberá, como dispõe o inciso II, a metade da cota-parte cabível a estes filhos. Caso concorra com outros parentes sucessíveis terá um terço da herança. O legislador foi infeliz ao redigir o inciso III, visto que se o companheiro, por exemplo, concorrer com um tio do *de cuius*, este terá dois terços da herança contra um terço do companheiro, o que seria um despropósito. Maior retrocesso observa-se no inciso IV, que somente atribui a totalidade da herança, se o companheiro falecido não deixar nenhum outro herdeiro. Dessa forma, na lei atual os colaterais herdam preferencialmente ao companheiro, o que não ocorria no sistema da lei de 1996. O atual código avança ao estabelecer o direito de propriedade do convivente sobrevivente, na herança, não mais estabelecendo somente o usufruto.

Ressalte-se que, ao contrário do que ocorre com o casamento, por força do inciso I do art. 1.829, o regime de bens instituído entre os companheiros não interfere no direito sucessório, visto que a disposição legal que regula o direito sucessório entre os companheiros é outra. Dessa forma, no casamento não participa da sucessão legítima o cônjuge sobrevivente, casado no regime de comunhão total, no regime de separação total de bens, ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares. Enquanto na união estável, essa regra não é aplicável, independentemente o regime de bens adotado pelos companheiros, visto que a união estável tem regras próprias que regulam a sucessão entre companheiros, conforme disposição constante no art. 1.790.

Por fim, resta ressaltar que, herdando o companheiro, exclui-se o direito do cônjuge.

CAPÍTULO 3 DO CONTRATO DE CONVIVÊNCIA

O contrato de convivência é firmado, sem forma própria, entre os companheiros, visando regular suas relações patrimoniais e pessoais, ressalvadas as disposições que contrariem a ordem pública, a moral e os bons costumes.

A lei não exige forma certa para este contrato, podendo ser por escritura pública ou particular, sendo necessário somente a forma escrita. Não se faz necessário nem que se nomeie como “contrato de convivência” ou “contrato de união estável” ou qualquer outra nomenclatura, bastando que este instrumento escrito, de qualquer natureza, venha a regular a questões patrimoniais ou pessoais dos companheiros. O que vale é a manifestação de vontade escrita, podendo inclusive constar em contrato de compra e venda ou registro de imóveis etc. como dispõe Francisco José Cahali:

Qualquer acordo, convenção, disposição ou manifestação, expressados pelas partes, ainda que a união estável e seu efeito patrimonial não tenha sido o objeto único ou principal do negócio jurídico que as contém, valerá como “contrato de convivência”. (CAHALI, 2002, p.56)

Como descreveu-se, ao estudar o art. 1.725 do Código Civil, o contrato entre os companheiros é plenamente lícito, tendo previsão legal justamente neste artigo supracitado. O art. 1.725, prevê a contratação de ordem patrimonial entre os companheiros, mas nada obsta que o casal acorde acerca de suas relações pessoais e próprios da convivência, desde que não contrarie a ordem pública, a moral e os bons costumes.

Pode-se dizer que este contrato assemelha-se ao pacto antenupcial em sua finalidade, mas tem características próprias, quanto à forma por exemplo, que é, como já apontado, livre. Ainda, a lei, diferentemente do pacto antenupcial, não impõe a unicidade de contratos.

Tais características fazem com que a família oriunda da união estável goze de maior liberdade na formação das regras patrimoniais e pessoais, podendo ser inúmeras as cláusulas, de acordo com as necessidades do casal. Além de poder ser mudado a qualquer tempo e ter efeitos retroativos. Todas estas características apontadas, sucintamente, neste capítulo serão aprofundadas nos seguintes.

Por fim, acredita-se ser o contrato de convivência, por expressar em suas características, o “fundamento” maior da união estável, que é a liberdade, a sua principal virtude que o diferencia do instituto do casamento, sendo, pois, “meio flexível para garantir os

concubinos, nesse mar de incertezas e de injustiças em que navegou nossa doutrina e nossa jurisprudência.” (AZEVEDO, 2002, p.384)

3.1 Características do Contrato de Convivência

O contrato de convivência apresenta uma série de características que o torna bastante flexível e ponto forte no instituto da união estável, contrato diferenciador e até certo ponto evolucionário no direito de família.

Característica fundamental é o condicionamento da eficácia do contrato de convivência em face da existência da união estável. O contrato, *de per se*, não cria a união estável; verifica-se esta em virtude da presença de elementos fático-jurídicos, contidos no art. 1.723 do CC, que dão ensejo à união estável. Esta característica assemelha o contrato de convivência aos contratos de direitos reais, pois não se aperfeiçoam com a mera declaração de vontade entre as partes, sendo necessário que se verifique fato externo, futuro e incerto ou atual, para que se dê efetividade ao contrato. Há de se ressaltar que esse fato não deriva meramente da vontade das partes; é inerente à natureza do contrato, sendo, pois, condição jurídica, *sine qua non*, para a efetivação do contrato de convivência. Dessa forma, os efeitos projetados no contrato de convivência ficam suspensos até que o fato jurídico, união estável se verifique. E é por estar o contrato de convivência subordinado a existência da união estável, que tendo ocorrido o término da relação, não se faz necessário a revogação ou distrato do contrato. Sobre o tema, bem sintetiza Francisco José Cahali (CAHALI, 2002, p.66)

Pela sua natureza e essência, o contrato de convivência é sempre condicional e dependente do fato jurídico cujos efeitos nele se contém. Está subordinado à união estável.

Ao contrário do que ocorre com o pacto antenupcial, o contrato de convivência não tem tempo certo para sua realização. Por falta de previsão legal, determinando o tempo da celebração do contrato, este poderá ser celebrado a qualquer tempo, tendo validade suas regras, se contratado antes da união, no momento em que se configurar a união estável ou, se contratado durante a união estável, poderá retroagir à data de início da união estável. A esse respeito, e em comparação ao instituto do pacto antenupcial, no casamento, o renomado autor comenta:

Como a união estável é situação de fato, esse contrato escrito pode ser feito a qualquer tempo; o mesmo não ocorre com o casamento, em que o pacto é anterior a este e imutável. (AZEVEDO, 2002, p.383)

O contrato de convivência se caracteriza, ainda, pela amplitude de suas disposições, podendo ter caráter geral ou parcial. Será geral se nada dispuser em sentido contrário, aplicando-se as regras a todos os bens e em todo o tempo de constância da relação estável. Caso as disposições tenham caráter parcial, elas limitarão a incidência das regras aos bens e/ou no tempo. Quanto à limitação no tempo, a disposição poderá ser no sentido de as regras aplicarem-se sobre os bens adquiridos em determinado tempo durante a união, como por exemplo, se versar que durante o primeiro ano de convivência se aplicará o regime da comunhão parcial de bens e durante os demais anos se aplicará o regime da separação total de bens. Quanto à limitação aos bens, as regras poderão se limitar a certos e determinados bens e/ou a certos tipos de bens, como por exemplo, se dispuser o casal que os bens imóveis ficarão sob o regime da separação total de bens e os móveis sob o regime legal, ou seja, o da comunhão parcial de bens.

Pelo princípio da liberdade contratual, o contrato de convivência poderá ser alterado, de comum acordo, total ou parcialmente, a qualquer tempo, ao contrário do que ocorre no casamento. Isso ocorre por não existir no ordenamento jurídico brasileiro nada que impeça essa mutabilidade do contrato no momento em que desejarem o casal. Idéias em sentido contrário surgem apenas dos que ainda não distinguem a união estável do casamento, como se esses fossem análogos. Ora, já é nítido que a união estável é instituto independente, no bojo do direito de família, não sendo necessário que sejam aplicadas analogamente as regras do casamento. Pois bem, a alteração do contrato somente poderá ocorrer por ato bilateral das partes. Contudo, “em caráter excepcional, pode até mesmo ser unilateral a declaração de vontade, se o seu conteúdo for de renúncia a um direito ou participação patrimonial” (CAHALI, 2002, p.90). Dessa forma, somente se admite a mutabilidade do contrato, unilateralmente, se esta mudança não vier a prejudicar o outro companheiro e se o outro dispuser em favor do outro de parte de seus direitos descritos no contrato.

O contrato de convivência se caracteriza, também, pela possível retroatividade de suas disposições. Os companheiros são livres para reger seus bens adquiridos antes, durante e depois da união estável. Não há disposição legal, no ordenamento jurídico, que impeça essa retroatividade. Destarte, essa disposição de retroatividade das disposições deverá ser expressa e escrita, não se presumindo, nem admitindo a forma tácita; caso contrário aplicar-se-ão as

disposições somente quanto aos bens futuros. Contudo, essa retroatividade encontra óbice nos negócios jurídicos realizados perante terceiros. Isto ocorre porque, como veremos em capítulo próprio, o contrato de convivência não opera efeito *erga omnes*, não tendo, pois, efeitos perante terceiros a cláusula determinante da retroatividade.

Por fim, a última característica do contrato de convivência é a possibilidade de pluralidade de contratos e disposições. Essa pluralidade decorre naturalmente da mutabilidade do contrato, característica esta já estudada por nós neste tópico. Além de não haver no ordenamento jurídico disposição em sentido contrário. Dessa forma, é permitida a vigência simultânea de vários contratos que visem regulamentar o patrimônio dos companheiros, tratando, contudo, cada contrato com um determinado objeto, tendo eficácia plena. Contudo, se novo contrato dispuser sobre objeto já tratado em contrato anterior, o novo revoga tacitamente, se não feito de forma expresso o mais antigo.

3.2 Elementos Essenciais do Contrato de Convivência

O contrato de convivência, por ser um negócio jurídico, tendente a adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, está sujeito às regras de validade dos negócios jurídicos, como um todo, previstos no Código Civil.

Dessa forma, o Código Civil, em seu art. 104, requer: agente capaz, objeto lícito e forma não defesa em lei para que os negócios jurídicos tenham validade.

Como primeiro elemento, tem-se a capacidade dos contratantes, que se refere à idoneidade para adquirir direitos e contrair obrigações, sendo plena, aos maiores e aos emancipados. Já a incapacidade dá-se por idade, condição mental ou física, e poderá ser suprida pela representação ou assistência. Ressalte-se que a capacidade do agente deve ser auferida no momento da celebração do contrato.

O segundo elemento é a forma que, no caso do contrato de convivência, se impõe somente que ocorra da forma escrita, como dispõe o art.5º da Lei nº 9.278 e o art.1.725 do Código Civil.

O terceiro elemento é o objeto lícito, possível ou determinável. Devendo ser observada a licitude do objeto diretamente sobre as disposições contratuais, não importando na nulidade do contrato como um todo, mas sim na nulidade de uma ou mais cláusulas. Também são nulas

as disposições que atentarem contra a moral, os bons costumes e os princípios gerais do direito, como classicamente nos ensina Clóvis Beviláqua (BEVILÁQUA, 1975, p.329):

A declaração da vontade deve ser conforme os fins ethicos do direito, que não póde dar apoio a intuitos immorais, cercar de garantias combinações contratuais aos seus preceitos fundamentais. O acto jurídico há de ser lícito, por definição. Consequentemente, se o objeto do acto fôr offensivo da moral ou das leis de ordem pública, o direito não lhe reconhece validade.

Vale lembrar que, mesmo presentes todos os elementos essenciais dos negócios jurídicos, a eficácia do contrato de convivência está condicionada à existência da União Estável.

Dessa forma, por estar condicionada à União Estável, o contrato de convivência não terá eficácia em face da existência dos impedimentos contidos no art. 1.521 do Código Civil, excetuando-se o inciso VI, que trata do caso de estar a pessoa casada, separada de fato.

Por fim, vale ressaltar que o contrato de convivência está sujeito às regras de nulidade dos negócios jurídicos, contidas do art. 166 a 184. Sendo nulo o contrato de convivência: celebrado por pessoa absolutamente incapaz; cujo objeto for ilícito, impossível ou indeterminável; o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; não revestir a forma prescrita em lei; que tiver por objetivo fraudar lei imperativa e o contrato simulado.

3.3 Cláusulas do Contrato de Convivência

UFCG - CAMPUS DE SOUSA
BIBLIOTECA SETORIAL

Como já apontado, o contrato de convivência é o meio próprio para a regulamentação das situações patrimoniais e pessoais entre companheiros, reconhecendo, criando, modificando ou extinguindo direitos. Assim sendo, as cláusulas do contrato de convivência têm esse fim, amoldando-se nas necessidades do casal. Tantas quantos forem as necessidades do casal serão, respeitando os limites da lei, as cláusulas direcionadoras da vida em união estável, sendo dessa forma impossível prever o número de cláusulas passíveis de constar no contrato de convivência. Outrossim, as cláusulas dependerão das necessidades e características da relação, sempre limitadas pela lei.

Destarte, as cláusulas devem, como todo ato jurídico, ter objeto lícito, caso contrário, gerarão a nulidade do negócio jurídico, como dispõe o art. 166, inciso II do Código Civil. Nunca poderão restringir direitos pessoais dos companheiros ou violar preceitos legais. Além

de lícitas as cláusulas devem guardar harmonia com os preceitos fundamentais, quais sejam, a moral, os bons costumes e os princípios gerais do direito.

Diante do exposto, ficam, exemplificativamente, vedadas as seguintes cláusulas: cláusula que menciona objetivar o casamento civil, pois o casamento é instituto próprio, tendo sua constituição forma própria prevista em lei; cláusula que preestabeleça a guarda definitiva, dos filhos com um dos conviventes, o que não tem validade tendo em vista que se houver mudança na situação fática a guarda poderá mudar de genitor; também não serão válidas cláusulas que vise alterar a ordem de sucessão hereditária ou excluir herdeiro necessário de seu quinhão devido, pois estas normas são de ordem pública, contendo expressa previsão legal sobre tais disposições; são ilícitas as cláusulas que tentem dispor sobre direitos indisponíveis como o direito à alimentos, sucessão, direito previdenciário etc.; não podem existir cláusulas que atentem contra a própria natureza do instituto, como a que determine termo inicial e final da relação, pois a união estável por sua natureza não é ato jurídico que começa e termina por disposição de vontade, devendo seu fim e início ser constituído no mundo fático.

De um modo sintético nos ensina Francisco José Cahali (CAHALI, 2002, p.222)

Em linhas gerais, pois, é vedada cláusula afastando a incidência das leis próprias da união estável ou mesmo daquelas destinadas às relações familiares como um todo e especificamente ao casamento, aplicadas por analogia, criando direitos “e deveres” indisponíveis, impondo, nessas condições, determinados efeitos de caráter cogente aos seus sujeitos.

Por fim, resta-nos salientar que é afastado o *princípio da contaminação*, que levaria à nulidade o contrato que contivesse cláusula nula ou ineficaz. Dessa forma, a presença de uma cláusula nula não anula as demais cláusulas, seguindo-se a regra da *utile per inutile non vitiatur*.

3.3.1 Cláusula Determinando o Regime de Bens

Há divergência na doutrina quanto à possibilidade de se regular a situação patrimonial dos companheiros por meio da escolha de um dos regimes de bens constantes no Código Civil. Existem dois entendimentos um no sentido da impossibilidade de tal disposição e um no sentido de sua possibilidade. Seguindo a primeira linha, temos Francisco José Cahali

(CAHALI, 2002, p.82), ao comentar a possibilidade da escolha de um regime a ser aplicável união estável

[...]não se trata de uma opção a regime de bens, o que afasta a possibilidade de se adotar a comunhão universal. O contrato tem por finalidade a definição dos feitos patrimoniais decorrentes da união estável[...].

E de forma diversa entende Álvaro Villaça Azevedo (AZEVEDO, 2002, p.450):

Já com a adoção do regime de comunhão parcial de bens, na união estável, salvo estipulação contrária, será permitida a utilização de outro regime patrimonial pelos companheiros, por menção no termo de aquisição, por documento à parte, seja, por exemplo, uma carta, uma declaração ou uma cláusula do contrato de convivência.

Comunga-se com o segundo entendimento, visto que não há no ordenamento jurídico norma que proíba ou dê a entender dessa proibição. Em segundo lugar o doutrinador, supra citado, que defende a primeira posição, não é claro quando afirma ser a finalidade do contrato definir os efeitos patrimoniais ao mesmo tempo em que nega a possibilidade de uma escolha de regime de bens por parte dos companheiros, visto que essa escolha seria de grande utilidade, praticidade e segurança para os companheiros. Quando o art. 1.725, do Código Civil, cita o regime da comunhão parcial como sendo o regime legal da união estável, salvo disposição em contrário em contrato escrito, a nosso ver ele é claro à possibilidade de se determinar regime diverso do legal, como ocorre com o casamento. Só não se concorda com o entendimento de Álvaro Villaça em sua segunda parte, quando diz ser possível essa disposição “por menção no termo de aquisição, por documento à parte, seja, por exemplo, uma carta, uma declaração [...]”(AZEVEDO, 2002, p.450), pois o art.1.725 é claro ao dispor que a exceção só existirá se contido em contrato escrito.

Em suma, crer-se ser plenamente lícito, no contrato de convivência, cláusula que determine o regime de bens na união estável, seja o regime legal, da comunhão parcial de bens, o regime de separação de bens, o regime da comunhão universal, o regime da participação final nos aqüestos, ou até mesmo criar um regime híbrido, dentre os existentes. Ressaltando-se que estes regimes poderão ser aplicados sobre todo o patrimônio ou sobre parte dele, podendo inclusive incidir cada regime sobre certos e determinados bens ou sobre espécies de bens.

3.3.2 Cláusula de Participação Diferenciada Sobre o Patrimônio

Como regra geral, em todos os regimes de bens, com exceção do regime da separação total de bens, presentes no Código Civil, está contida a meação, divisão em partes iguais, dos bens comuns do casal. Contudo, por determinação em contrato escrito, escritura pública ou outro meio qualquer, os conviventes poderão estipular percentuais diferenciados sobre o patrimônio comum do casal, determinando cotas condominiais ideais sobre determinado bens ou dispor genericamente sobre a totalidade do patrimônio comum do casal. Merecendo menção o ensinamento de Álvaro Villaça Azevedo (AZEVEDO, 2002, p.449) ao comentar o art. 1.725 do Código Civil

Desse modo, se os concubinos, ao comprarem um imóvel, por exemplo, quiserem ressaltar direito maior do que o do outro, poderão mencionar na escritura pública ou no compromisso particular, dessa aquisição, percentual diferente, como, exemplificativamente, setenta por cento ideal do imóvel para um e trinta por cento para outro. Poderão, também de modo genérico, fazer contrato, programando toda sua vida econômico-financeira, como possibilita, expressamente, esse artigo.

Dessa forma, esta cláusula encontra respaldo tanto na doutrina como na legislação.

3.3.3 Participação Diferenciada Sobre Certos e Diferenciados Bens.

Da mesma forma que os companheiros podem estipular participação diferenciada sobre o patrimônio, de forma geral, os companheiros poderão, também, estipular esta participação diferenciada sobre certos e diferenciados bens.

Assim, permite-se aos conviventes estipularem esta participação diferenciada sobre certos e determinados bens e/ou sobre certas espécies de bens. Destarte, o critério para a diferenciação poderá ser a “[...] origem, a titularidade, o momento da aquisição, o gênero, a classe, espécies de bens ou direitos etc.” (CAHALI, 2002, p.228).

Outrossim, por ser exceção, e tendo em vista a segurança jurídica, esta cláusula deverá ser expressa e clara quanto a sua disposição, para que não reste dúvida quanto a vontade das partes.

3.3.4 Cláusula Prevendo o Afastamento dos Acréscimos Promovidos Pelos Companheiros em Bens Particulares

Quando da separação, questão de difícil será auferir os acréscimos promovidos pelos companheiros em bens particulares. Questão de difícil prova e complicadíssima constatação, que gera litígio e discórdia. Visando prevenir este futuro problema, os companheiros poderão dispor que os acréscimos em bens particulares não entram na comunhão de bens do casal.

Da mesma forma, os conviventes poderão dispor que os valores acrescidos, quando da sub-rogação de bens particulares, também não entrarão na comunhão.

Então, com a presença dessas duas cláusulas, plenamente lícitas, os conviventes poderão prevenir desgastantes e complexos conflitos, quando da separação do casal.

3.3.5 Cláusula de Partilha do Patrimônio em Caso da Dissolução do Casal

Situação delicada se dá quando do rompimento das relações amorosas, mormente na união estável e no casamento, em que as relações são mais profundas, havendo, quando da separação, grande constrangimento, rancor, ódio e sentimento de vingança, o que torna, na maioria das vezes, de grande complexidade o processo de separação, sendo agravada, no caso de união estável, por cumulado com o pedido de divisão de bens está todo um processo para reconhecer a união estável.

Destarte, a união estável, através do seu contrato de convivência, apresenta um dispositivo que poderá facilitar, tornando menos doloroso, o processo de separação dos companheiros. O contrato de convivência poderá conter uma cláusula dispondo sobre como ocorrerá a partilha dos bens comuns, sendo este ponto, geralmente, o de maior discórdia, quando da separação.

Dessa forma, os companheiros poderão dispor quanto ao destino dos bens em caso de dissolução da união estável. Como por exemplo: poderão dispor, de forma genérica que determinados tipos de bens ou bens adquiridos em determinado lapso temporal ficarão com um dos companheiros enquanto os demais ficarão com os outros; ou poderão dispor, especificamente, sobre bens determinados, dispondo que a casa de residência do casal ficará

para a mulher, enquanto o ponto comercial ficará para o varão. Bem, as disposições e situações são variáveis, cabendo a aplicação desta cláusula de acordo com o caso concreto.

Podem, ainda, aos companheiros prefixar parcialmente a partilha dos bens, ficando os remanescentes a serem divididos de acordo com as regras do regime legal ou convencional, ficando a partilha para ser resolvida em juízo ou amigavelmente.

Quanto à possibilidade legal desta cláusula e seus benefícios, citamos o brilhante entendimento de Francisco José Cahali (CAHALI, 2002, p.242)

inexistente impedimento para a contratação de cláusula preestabelecendo os critérios para a partilha, saudável, sem dúvida, será sua utilização, por limitar a fronteira do atrito entre ex-companheiros, e restringir o litígio por vezes à avaliação e fixação de valor em composição, sem retirar de cada um a disponibilidade plena do patrimônio que, pelo contrato, confirmado a livre auto-regulamentação prévia das relações patrimoniais, restou-lhe destinado.

Por fim, nada impede a disposição contratual no sentido de regular uma futura dissolução da relação, ao contrário é bastante salutar esta disposição.

3.3.6 Cláusula de Indenização Pelo Rompimento da Relação

Diante de todo o sofrimento, as frustrações e dissabores oriundos de uma separação, os companheiros poderão desde logo fixarem um valor a título de indenização pelo rompimento da relação. Esta indenização pode ter por causa o rompimento culposo e imotivado da relação, por parte de um dos companheiros ou ambos, ou por rompimento consensual do casal.

Quando da indenização, pela separação espontânea, esta terá caráter compensatório, compensando as expectativas frustradas com o fim da relação, ou reparatória, visando reparar prejuízos decorrentes da união estável, como por exemplo, o abandono do emprego por parte da mulher para se dedicar ao lar e ao companheiro. Vale ressaltar que o valor da indenização não deve estar além das condições financeira e patrimonial do companheiro devedor. Não podendo, pois, ser meio para ilidir a liberdade das partes para o rompimento imotivado da relação, por não poder arcar com o ônus da indenização.

Outrossim, quando da separação culposa, a indenização terá caráter punitivo, penalizando o faltoso para com os deveres, previstos no art. 1.724 do Código Civil, decorrentes da união estável.

A indenização poderá ser recíproca ou ser devida a uma das partes em decorrência dos atos do outro, ou estipulação prévia.

Por fim, ao contrário do que defendem alguns doutrinadores a indenização não poderá ter caráter substitutivo dos alimentos, visto que mesmo que esta indenização venha a gerar renda para a subsistência do favorecido, jamais, por imposição do art. 1.707, estes alimentos se necessitados poderão ser renunciados ou compensados.

3.3.7 Cláusula sob Condição

Tanto a cláusula sob condição resolutiva quanto a cláusula sob condição suspensiva podem ser adotadas no contrato de convivência. Podendo incidir estas cláusulas sob as demais já estudadas.

Logicamente, os companheiros, dentro de sua realidade e de suas necessidades, utilizarão da cláusula sob condição do modo que melhor os aprouver para regular acerca de seus bens. Tem-se como exemplos de cláusulas sob condição suspensiva: ao início da relação o regime de bens será o da separação de bens, caso o relação ultrapasse três anos o regime será o da comunhão parcial de bens e após cinco anos de convivência o regime passaria a ser o da comunhão universal de bens e, ainda, se o casal vier a ter filhos a incidência destas disposições teriam efeito retroativo. Poderiam, ainda, como cláusula suspensiva acordarem as partes que a partir do nascimento de prole do casal o regime seria o da comunhão universal de bens e que o imóvel residencial da família pertenceria a mãe, cabendo, em consonância com esta cláusula, criar cláusula resolutiva, dispondo que em caso de morte do filho o regime voltaria a ser o da separação de bens. Por fim, inúmeras seriam as possibilidades de se combinarem as cláusulas sob condição com as demais presentes no contrato de convivência, podendo ainda, terem termos iniciais e finais, assim como terem como condição suspensiva ou resolutiva os deveres entre os companheiros.

3.3.8 Pacto de Outorga de Usufruto de Bens ao Companheiro

Tendo em vista a liberdade das partes de contratarem sobre seus bens, entende-se ser plenamente possível a outorga de usufruto de bens ao companheiro, em contrato de convivência.

O usufruto tanto pode dar-se sobre bem comum dos companheiros, o que significaria uma diminuição do condomínio entre as partes, ou pode dar-se sobre bem particular do companheiro, o que significaria um benefício extra, paralelo e autônomo em favor de um companheiro.

O usufruto poderá ser total ou parcial. Poderá ser a termo, como no caso de o casal ter filho, passando o usufruto, após o rompimento da relação, para a companheira, até que o filho complete dezoito anos, momento em que o usufruto retornaria ao companheiro varão. Poderia ser, ainda, sob condição, estipulando, por exemplo, que a companheira teria direito a esse benefício extra, sobre o regime de bens, caso a culpa pela dissolução do casal fosse do companheiro varão.

Destarte, caso o usufruto recaia sobre bem imóvel, este requer forma própria, como estipula o art. 1.391 do Código Civil. Devendo ainda, serem observadas as regras dos art. 548 e 549 do Código Civil, por ser um ato de liberalidade.

3.3.9 Pacto de Outorga de Direito Real de Habitação ao Companheiro

Da mesma forma que no usufruto, defende-se a possibilidade de outorgar direito de habitação ao companheiro em caso de dissolução da união estável, em vida. Essa outorga, como no usufruto poderá ser total ou parcial. Poderá ser estabelecido termo ou condição.

Enquanto disposição contratual, esta terá valor enquanto vivo o companheiro, vez que morto, o companheiro, o instrumento para outorgar direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, será o testamento.

Vale ressaltar que o parágrafo único do art. 7º da lei nº 9.278/96, dispõe que em caso de dissolução da união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação sobre o bem imóvel destinado à moradia do casal. Existindo o direito, condicionalmente, sob condição resolutiva ou termo, enquanto viver o titular, ou constituir nova união estável ou casamento.

3.3.10 Cláusula de Exclusão de Pensão Alimentícia

Anteriormente ao advento do Código Civil de 2002, a doutrina e a jurisprudência entendiam ser plenamente lícita cláusula excluindo o dever alimentar dos conviventes, como lecionava Álvaro Villaça Azevedo (AZEVEDO, 2001, p.220)

a renúncia do direito a alimentos é possível, tanto na separação consensual ou amigável entre conjugues, como no contrato de convivência na união estável.

Da mesma forma entendia Sílvio Rodrigues (RODRIGUES, 1999, p.212), como sendo “inegável a legitimidade da renúncia de alimentos”. Assim como Washington de Barros Monteiro (MONTEIRO, 2001, p.360), quando trata da disposição renunciando aos alimentos, dispendo que “pactuada, a desistência, não pode reclamá-los posteriormente”.

É por este posicionamento maciço da doutrina e, pela maioria, da jurisprudência, que causa estranheza o dispositivo contido no Código Civil de 2002, em seu art. 1.707, que dispõe sobre a irrenunciabilidade ao direito de alimentos. Esta sentimento de estranheza é bem sintetizado por Álvaro Villaça Azevedo (AZEVEDO, 2002, p.298)

Por absurdo que pareça, contra essas inúmeras decisões judiciais, respaldadas na doutrina pela renunciabilidade do direito a alimentos entre conjugues e companheiros, o novo Código Civil acolheu a posição contrária, confundindo o direito a alimentos *ex iure sanguinis* com o que nasce do contrato de casamento ou da união estável.

Que pesem entendimentos contrários à irrenunciabilidade ao direito à alimentos, tendo em vista o respeito a manifestação bilateral entre os companheiros ou o fato de os alimentos devidos entre os companheiros difeririam aos dos familiares, o Código Civil foi expresso em seu art. 1.707, *in verbis*: Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.

Dessa forma, por imposição legal não teria efetividade, por ser ilegal, cláusula prevendo a renúncia de crédito alimentar. Não decorre, pois, da vontade das partes, sendo sim uma imposição legal, por uma norma de ordem pública, que inclusive não traz no seu bojo exceções, colocando no mesmo patamar o dever alimentar decorrente do casamento, do parentesco e da união estável. Esse dever alimentar surge no momento do rompimento da relação, devendo-se verificar da necessidade do alimentado e a possibilidade do alimentando, para aí sim ter-se a certeza de sua imposição perante o alimentando.

3.3.11 Cláusula de Exclusão de Herança e Demais Direitos Sucessórios

O direito hereditário apenas constitui-se um direito, estando disponível para se efetuar negócios ou exercitá-lo, após a morte do autor da herança. Outrossim, antes da morte, a sucessão é mera expectativa de direito. Além do mais o art. 426 é expresso ao enunciar que não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva. Dessa forma, é incabível, por imposição legal a presença de cláusula dispondo sobre direito hereditário, qual seja a renúncia de tal direito.

3.3.12 Cláusula Sobre Efeitos Pessoais Entre os Conviventes

Muitos doutrinadores não acreditam ser possível estipular cláusula contendo disposições pessoais entre os conviventes, por ferirem normas de ordem públicas. Alegam que, em regras, os efeitos pessoais são indisponíveis e por isso não podem ser objeto de contrato de convivência. Como exemplo de doutrinador contrário às cláusulas sobre efeitos pessoais no contrato de convivência temos, dentre outros, Francisco José Cahali (CAHALI, 2002, p.272) ao concluir que

Diante dessas colocações, curvamo-nos à inadmissibilidade de estipulação de efeitos pessoais em contrato de convivência, sendo eventuais disposições desta natureza, ou inúteis, pois já previstas no ordenamento, ou ineficazes, pois inaptas a impor aos contratantes a obrigação nela contida.

Concorda-se com os que entendem da impossibilidade de se estipular regras dispensando determinados deveres pessoais, decorrentes da lei, ou qualquer cláusula que seja contrário à lei, aos princípios gerais do direito, à moral e aos bons costumes. Contudo, não se concorda com os que alegam que, em regra, os efeitos pessoais são indisponíveis, pois isso não significa que não existam possibilidades de se dispor sobre outros efeitos “disponíveis”. Quanto ao posicionamento de que as regras neste sentido seriam inaptas, como dispõe Cahali, questiona-se no sentido de que a efetivação de qualquer disposição contratual, por mais cogente que seja, passa pelo crivo da consciência do contratante em cumpri-la, e caso não a venha a cumprir arcará com a devida responsabilidade. O que não pode é a disposição contratual inibir a liberdade da parte.

Dessa forma, não sendo a disposição contrária à lei, aos costumes, aos princípios gerais do direito, à moral e aos bons costumes, crê-se ser plenamente lícito contratar sobre efeitos pessoais no contrato de convivência, como dispõe Álvaro Villaça Azevedo (AZEVEDO, 2002, p.451), quando trata do tema

O mesmo contrato escrito pode ser utilizado pelos companheiros, para regularem outras situações não patrimoniais, relativas à sua convivência [acrescentando que] Podem os conviventes, livremente, assegurar, pelo contrato, outros direitos e deveres, entre si e com relação a seus filhos, existentes ou futuros, outras hipóteses de pensionamento e de seguros, entre outras disposições.

Isto posto tem-se como exemplos de cláusulas, sobre efeitos pessoais, possíveis: cláusulas estipulando o dever de coabitação entre os companheiros, sendo motivo para a separação culposa, a quebra deste dever; cláusula sobre o convívio doméstico do casal; cláusula dispendo sobre qual o tipo de educação que os filhos, futuros ou não, deverão ter; cláusula estipulando em qual tipo de religião deverão ser iniciados os filhos, entre outras, dependendo das necessidades do casal e das características da relação.

3.4 O Contrato de Convivência em Face de Terceiros

Como regra geral os efeitos da união estável, ao contrário dos efeitos do matrimônio, não são oponíveis perante terceiros, restringido-se seus efeitos somente aos companheiros, pois a união estável é uma situação de fato, constituída pelo *more uxório* e não por contrato, e por não ser um negócio jurídico não pode ser oposto à terceiros. Contudo, uma vez reconhecida, judicialmente, a união estável, esta passa a ter efeitos perante terceiros, com eficácia *erga omnes*.

Com relação ao contrato de convivência, a regra é a mesma, não opera efeitos perante terceiros, sendo enfática a orientação de Francisco José Cahali (CAHALI, 2002, p.190) no sentido de que

Esse pacto em nada, absolutamente nada, altera a relação dos conviventes com terceiros, no sentido de criar uma situação jurídica apta a ter repercussão *erga omnes*, ou impositiva da realidade nele retratada. “Concluindo” com efeito, o contrato de convivência é o instrumento pelo qual se cria, reconhece ou extingue direitos exclusivamente entre os seus signatários, e ainda sob condição de se efetivar, no mundo empírico a proclamada união estável.

Dessa forma, infelizmente, o contrato de convivência não tem imperatividade contra terceiros. Mesmo que registrado no registro de títulos e documentos, por força do art. 127 da Lei de registros públicos, o que traria certeza quanto ao momento da celebração e a existência do contrato, este por não estar dentre os enumerados no art. 129 da mesma lei, continua a não ter eficácia contra terceiros.

Por essa situação de não efetividade perante terceiros, os companheiros ficam vulneráveis em algumas situações, como por exemplo, em caso de um dos companheiros, querendo se desfazer de bem imóvel, adquirido na constância da relação, a venda, deixando o outro companheiro a ver navios. Neste caso, o terceiro não tem obrigação de conhecer da situação do alienante, que legalmente é o proprietário do imóvel, sendo, pois, lícito o negócio jurídico de compra e venda, por apresentarem os requisitos essenciais do negócio, não tendo-se de se falar de má-fé do terceiro adquirente, restando ao companheiro prejudicado buscar a recomposição em perdas e danos, contra o outro companheiro, sem envolver o terceiro, que permanecerá no domínio do bem alienado. A respeito comenta Álvaro Villaça Azevedo (AZEVEDO, 2002, p.452)

O maior perigo está na alienação unilateral de um bem, por um dos companheiros, ilaqueando a boa-fé do terceiro, em prejuízo da cota ideal do outro companheiro, omitindo ou falsamente declarando seu estado concubinário.[...] Esse ato ilícito leva o faltoso, também, no âmbito civil, à necessidade e compor as perdas e danos, sofridos pelo companheiro inocente

Contudo, se o negócio for efetivado com o intuito deliberado de prejudicar o outro companheiro, através de simulação, e às vésperas da separação ou litígio, este será passível de anulação, de acordo com o art. 167 do Código Civil. Assim como em caso de o terceiro ser amigo íntimo do casal, parente ou testemunha do contrato de convivência, este não poderá alegar não ser conhecedor da situação do companheiro alienante, o que caracterizaria a má-fé do terceiro.

Essa questão seria diversa se o Presidente da República não tivesse vetado o artigo 4º da Lei nº 9.278/96, *in verbis*: para ter eficácia contra terceiros, o contrato referido no artigo anterior deverá ser registrado no Cartório de registro civil, de residência de qualquer dos contratantes, efetuando-se se for o caso, comunicação ao Cartório de Registro de Imóveis, para averbação. Outrossim, acerca da disciplina legal do caso aduz Sálvio de Salvo Venosa (VENOSA, 2007, p.373)

Pela natureza deste contrato e pela lacuna de sua disciplina legal, como vimos, o contrato de convivência não tem efeito *erga omnes*. É necessário que norma impositiva estabeleça a obrigação de toda pessoa declarar não somente seu estado civil, mas também sua relação em união estável para maior segurança no trato negocial com terceiros.

Por fim, mas uma vez o legislador pecou no trato da união estável, deixando passar a oportunidade de melhorar a situação dos conviventes e da sociedade como um todo, na medida em que traria maior segurança nos atos negociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da importância do tema, de seu alcance social e jurídico, vislumbrou-se uma pequena, mas importante, contribuição ao estudo deste. Mormente por ter se concentrado o presente estudo nos pontos de maior conflito nas famílias modernas, qual seja a questão patrimonial entre o casal, que traz em sua esteira o estudo do contrato de convivência como meio ideal para a regulamentação das questões patrimoniais na união estável.

Ante tudo o que foi exposto, vislumbraram-se várias conclusões decorrentes do estudo aprofundado do tema abordado. Resultados esses de suma importância para nossa formação no direito de família. Dentre as conclusões apresentadas no decorrer deste estudo, destacam-se as que se seguem.

Inicialmente conceituou-se o instituto da união estável, com base no conceito legal, acrescido de sua natureza jurídica e de outros elementos fundamentais, como uma família de fato, baseada na convivência *more uxório* pública, contínua e duradoura, entre homem e mulher, não impedidos de casar ou separados de fato ou judicialmente, com o ânimo de constituir família. Dessa forma, em detrimento de entendimentos diversos na doutrina, entendemos como elementos essenciais para a caracterização da união estável a diversidade de sexo, a ausência de impedimentos matrimoniais, a publicidade, continuidade e durabilidade da convivência *more uxório*, e como corolário da união estável o objetivo de constituir família.

Ressaltou-se que, no que tange às questões patrimoniais, aplicar-se-á a lei em vigor ao tempo da aquisição patrimonial, tendo-se como regra o princípio da irretroatividade da lei nova. Contudo, os conviventes podem dispor, em contrato de convivência, qual dispositivo normativo regulará o direito patrimonial dos conviventes, sendo, pois, possível a retroatividade ou, até mesmo, a ultratividade de uma lei.

Quando tratado especificamente do regime aplicável em cada lei, viu-se que a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, atualmente, não mais se destina à união estável, e sim ao concubinato e às sociedades de fato. Viu-se que, a lei nº 8.971/94 não instituiu os companheiros como meeiros, adotando, o entendimento da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, qual seja a necessidade de colaboração do companheiro, que por sua proporção será instituído sua cota nos bens adquiridos com sua colaboração, que como destacou-se poderá ser direta ou indireta.

Quando tratou-se da lei nº 9.278/96, em seu artigo referente ao regime patrimonial dos companheiros, concluiu-se que a presunção de colaboração na formação do patrimônio comum é absoluta, apenas não prevalecendo diante de situações excepcionais expressas em lei, como a sub-rogação de outro bem adquirido anteriormente à união e a existência de contrato escrito em sentido contrário. Concluiu-se, ainda, que a possibilidade de se admitir prova em contrário, para ilidir esta presunção, como almejam alguns doutrinadores, seria um retrocesso no ordenamento jurídico.

Viu-se que o Código Civil de 2002 inovou ao instituir um regime legal, o regime da comunhão parcial de bens, para os companheiros, permitindo, ainda, a escolha de outro regime de bens, dentre os listados no código, criar um regime híbrido ou dispor da maneira que bem entender sobre o regime patrimonial decorrente da união estável.

Afora as considerações já mencionadas, vale destacar, ainda, a possibilidade admitida na lei de 1996 e no Código Civil, de os companheiros regalarem suas relações patrimoniais ou não em contrato de convivência, apresentando, pelas características apontadas no contrato de convivência, maior liberdade à família oriunda da união estável, na formação de regras patrimoniais e pessoais. Dessa forma, sustentou-se ser o contrato e convivência um trunfo nas mãos dos companheiros, que deve ser bem usado.

Concluiu-se que é impossível prever o número de cláusulas possíveis, pois essas dependem das necessidades do casal. Mas exemplificativamente, pôde-se citar as seguintes cláusulas no contrato de convivência: cláusula determinando o regime de bens, prevendo participação diferenciada sobre o patrimônio como um todo ou sobre certos e determinados bens, cláusula prevendo o afastamento dos acréscimos promovidos pelos companheiros em bens particulares do outro, cláusula estabelecendo previamente a partilha dos bens do casal e indenização no caso do rompimento da relação, cláusula sob condição, cláusula de outorga de usufruto de bens ao companheiro ou outorgando direito real de habitação ao companheiro e ainda cláusula sobre efeitos pessoais entre os conviventes. Da mesma forma, por ter objeto ilícito, impossível ou indeterminável, por não guardarem harmonia com a moral, os bons costumes e os princípios gerais do direito, determinadas cláusulas não poderão constar no contrato de convivência, sob pena de nulidade de tal disposição. Ante todo exposto ficam, exemplificativamente, vedadas as seguintes cláusulas: que mencione objetivar o casamento civil; preestabelecendo a guarda, definitiva, dos filhos com um dos conviventes; que vise alterar a ordem de sucessão hereditária ou excluir herdeiro necessário de seu quinhão devido; que tentem dispor sobre direitos indisponíveis como o direito a alimentos, sucessão, direito previdenciário e cláusula determinando termo inicial ou final da união.

Por fim, ante as divergências doutrinárias, jurisprudenciais, à legislação falha e pobre, o tema abordado neste estudo de longe está superado, requerendo estudos posteriores e mais aprofundados. Resta-nos, contudo, o sentimento do dever cumprido e satisfação ao lançar luz em tema tão complexo e instigante dentro do direito de família.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Estatuto da Família de Fato. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. Estatuto da Família de Fato. São Paulo: Editora jurídica brasileira, 2001.

BEVILÁQUA, Clóvis. Código civil dos Estados Unidos do Brasil. Ed. histórica. Rio de Janeiro: ed. Rio, 1975.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 2004.

BRASIL. Novo código civil: exposição de motivos e texto sancionado. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 2003.

CAHALI, Francisco José. Contrato de convivência na união estável. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAHALI, Francisco José. União estável e alimentos entre companheiros. São Paulo: Saraiva, 1996.

DINIZ, Maria Helena. Direito civil brasileiro: direito de família. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Código civil anotado. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FIUSA, César. Direito civil: curso completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil: direito de família. 36. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MORAIS, Alexandre de. Direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NEGRÃO, Theotônio e José Roberto Ferreira Gouvêa. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

UFPA
BIBLIOTECA SETORIAL

PIZZOLANTE, Francisco E. O. Pires e Albuquerque, União Estável no Sistema Jurídico Brasileiro. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil: direito de família. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Direito civil: direito de família. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS, Simone Oroschi Ivanov dos. União estável: regime patrimonial e direito intertemporal. São Paulo: Atlas, 2005.

VARJÃO, Luiz Augusto Gomes, União Estável: requisitos e efeitos, São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito das sucessões. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Direito civil: direito de família. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. Direito Civil: teoria geral dos contratos e das obrigações. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.