

**DYOGO ZELLA ZIELINSKI**

**UNIÃO ESTÁVEL E A REGULAMENTAÇÃO CONTRATUAL DE SEUS EFEITOS**

**CURITIBA**

**2005**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO**

**DYOGO ZELLA ZIELINSKI**

**UNIÃO ESTÁVEL E A REGULAMENTAÇÃO CONTRATUAL DE SEUS EFEITOS**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em direito, no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof.º Dr. José Antônio Peres Gediel

**CURITIBA**

**2005**

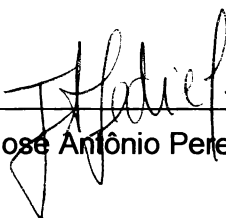
**TERMO DE APROVAÇÃO**

**DYOGO ZELLA ZIELINSKI**

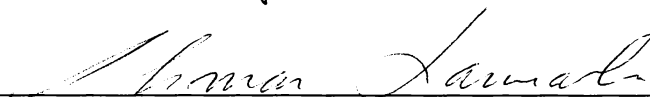
**UNIÃO ESTÁVEL E A REGULAMENTAÇÃO CONTRATUAL DE SEUS EFEITOS**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em direito, no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

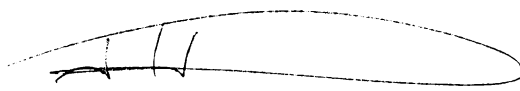
Orientador: \_\_\_\_\_



Prof.º Dr. José Antônio Peres Gediel



Prof.º Dr. Elimar Szaniawski



Prof.º Dr. Erouths Cortiano Junior

Curitiba, 27 de outubro de 2005.

## DEDICATÓRIA

A Cleverly Juliane Justus, minha namorada, pelo intenso apoio e amor a mim dedicados, pelo carinho e principalmente pela compreensão que teve nos momentos mais difíceis.

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, força suprema e fonte de sabedoria; imensamente agradeço a meus pais Irineu e Trifânia por todo o esforço que demandaram para a realização do presente momento; aos meus Mestres, profissionais e acadêmicos, pelo conhecimento proporcionado; enfim, a todos que de alguma maneira contribuíram para a efetivação deste trabalho.

## RESUMO

A união estável entre homem e mulher, figura recente no direito positivado nacional, há muito existe no plano fático. Outrora tratadas como relações destituídas de qualquer efeito jurídico, as uniões de fato dessa natureza passaram por constante evolução social, haja vista que em cada período histórico foram sofrendo diferentes concepções no intuito de uma regulamentação. Inicialmente reconhecidas como sociedades de fato, regidas pelo Direito das Obrigações; na seqüência, passam a ser reconhecidos direitos assistenciais aos conviventes, começando-se, então, a desenhar-se seu novo “locus” no ordenamento jurídico, para, por fim, serem reconhecidas como entidade familiar à luz da Constituição Federal de 1988. Muitas mudanças ocorreram na própria concepção de família, deixando-se num segundo plano os aspectos formais e patrimoniais como elementos caracterizadores da mesma, para se atribuir ao afeto esse fator determinante, em razão do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, para que exista uma família, primeiramente averigua-se se existe afeto, ficando os elementos formais e patrimoniais deslocados para uma segunda apreciação. Contudo, é sob a estruturação clássica do Direito de Família pessoal – patrimonial que foram tratadas as relações de fato, através de deveres pessoais entre os conviventes / companheiros, bem como em relação às regras aplicáveis ao patrimônio construído pelos mesmos. Concubinato e união estável, figuras similares em sua origem, que por vezes a própria jurisprudência tratou com regras do Direito de Família, o atual Código Civil veio a dar tratamento diverso, postulando uma ser entidade familiar (união estável) e outra não. Seria um retrocesso? Qual a construção social dessas figuras? Relevante também é a forma pela qual o direito positivo tratou de estabelecer requisitos para sua (união estável) caracterização, sejam de ordem fática (durabilidade, publicidade, continuidade) ou de ordem legal / formal a fim de preservar o princípio da monogamia (impedimentos matrimoniais também impedem a constituição de união estável). Houve preocupação ainda, em atribuir a essas relações uma regulamentação de seus efeitos, possibilitando inclusive o contrato na união estável. Contrato esse que em sua essência será instrumento criador de regras entre os conviventes / companheiros, na medida do que permite a autonomia privada, de acordo com a vontade dos sujeitos. Todavia, por tratar-se de relação de família, essa mesma autonomia que permite um auto-regramento, sofre restrições acerca do conteúdo contratual, seja em relação aos efeitos pessoais ou em relação aos efeitos patrimoniais da união estável.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	05
<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	08
<b>2. DIREITO DE FAMÍLIA</b> .....	12
2.1. CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA.....	12
2.2. ATUALIZAÇÃO DA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA EM FACE DA REALIDADE SOCIAL.....	16
2.3. ESTRUTURAÇÃO PESSOAL - PATRIMONIAL.....	25
<b>3. AUTONOMIA DO SUJEITO</b> .....	28
3.1. AUTONOMIA PRIVADA E SUAS LIMITAÇÕES.....	28
3.2. LIMITAÇÕES À AUTONOMIA PRIVADA DIANTE DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	36
<b>4. UNIÃO ESTÁVEL</b> .....	38
4.1. A IMPORTÂNCIA DAS SITUAÇÕES DE FATO PERANTE O DIREITO.....	38
4.2. CONSTRUÇÃO SOCIAL: DO CONCUBINATO À UNIÃO ESTÁVEL....	40
4.3. CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL.....	51
4.4. EFEITOS JURÍDICOS CONSTANTES DO CÓDIGO CIVIL.....	55
4.4.1. Aspectos pessoais.....	56
4.4.2. Aspectos patrimoniais.....	60
4.5. O CONTEÚDO DO CONTRATO DE CONVIVÊNCIA NA UNIÃO ESTÁVEL.....	64

**5. CONCLUSÃO..... 76**

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 79**

## 1. INTRODUÇÃO

Já não mais havendo nos tempos atuais discussões sobre a validade dos contratos de convivência entre companheiros / conviventes, resta examinar qual a extensão dos mesmos. Tentar-se-á estabelecer uma linha lógico-sistemática para a aplicação prática de tais instrumentos jurídicos, diante do artigo 1.725 do Código Civil Brasileiro, sem, contudo, ter-se a intenção de esgotar o tema, bem como os possíveis efeitos de serem contratados. Nesse sentido, faz-se necessária uma visualização diferenciada desses contratos em relação aos demais celebrados cotidianamente na sociedade. Justifica-se tal situação pelo fato de que os efeitos a serem regulados por tais instrumentos serão efeitos oriundos de relações de família, e como tal, merecendo especial proteção do Estado conforme preceito constitucional. Assim, todo o tratamento a ser dado aos contratos de convivência entre pessoas que convivam em união estável, terá seu suporte jurídico primordial no Direito de Família, para depois buscar fundamento nos demais ramos, como, por exemplo, no Direito das Obrigações.

Diante dessa necessidade, antes mesmo de ser abordado especificamente o tema do contrato entre os conviventes, terão de ser definidas algumas questões que compõem a base do Direito de Família, bem como da figura jurídica da união estável, e ainda, do próprio contrato.

Primeiramente, tentar-se-á explanar a concepção de família. Para tanto, esse instituto será visualizado diante das transformações ocorridas ao longo da história. Melhor explicando: vislumbrar-se-á como se concebe a família em cada momento social, de modo a engendrar diferente tratamento jurídico a mesmas situações fáticas em distintos panoramas temporais. Assim, alguns fenômenos sociais que em determinada época não tinham qualquer proteção do direito positivo, passam a tê-lo devido às alterações culturais ocorridas na sociedade; como será verificado no presente estudo, assim o foi com a hoje denominada união estável. Na esteira dessa explanação, verificar-se-á uma alteração bastante significativa acerca da concepção de família com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, qual seja, a mudança de foco protetivo de tal instituto pelo Estado. Enquanto inicialmente era demandada uma proteção a fim de preservar as relações jurídicas da família, após a

vigência da Constituição Federal a proteção que o Estado deve dar à família é para preservar a integridade de seus membros, ou seja, a proteção justifica-se na medida em que são pessoas / indivíduos que compõem essa entidade, isso em razão do princípio da dignidade da pessoa humana. Desse modo, qualquer tratamento jurídico dado à família deve ter como finalidade principal proteger a figura humana. Daí a se conceber a entidade familiar não mais como aquela formada exclusivamente pelo matrimônio, mas também pela união estável entre homem e mulher, e ainda por qualquer dos pais com seus filhos. Como será demonstrado no transcórre deste estudo, existe trabalho na doutrina que vislumbra outras formas de entidades familiares que não somente as expressadas na Constituição.<sup>1</sup>

Após, também terá de ser verificado de modo geral qual o tratamento jurídico estrutural dado à entidade familiar, isto é, como se edifica o Direito de Família positivo a fim de regular as relações dos membros da família. Nesse sentido, será trabalhada sinteticamente a estruturação pessoal - patrimonial desse ramo do direito, estampada no Código Civil. Perceber-se-á, que no que tange aos aspectos pessoais dessa divisão há uma limitação integral quanto à possibilidade de disposição de tais direitos, uma vez que aí estão vinculados deveres de ordem pública, como, por exemplo, o dever de mútua assistência entre os cônjuges, bem como entre os companheiros, ou ainda, o dever de lealdade e de respeito; enfim, a normatização existente na seara pessoal familiar, visando à proteção do sujeito de direito, enquanto pessoa humana, tende a não ser objeto de contratação como será demonstrado. Por outro lado, quanto aos aspectos patrimoniais das relações familiares, há permissão legal para eventuais disposições contratuais. No caso da união estável, consta do próprio artigo 1.725 do Código Civil tal permissivo, contudo, como também será demonstrado na seqüência, a autonomia de que os conviventes dispõem para contratar sobre esses aspectos de sua relação, também sofrerá alguns limites, justamente por tratar-se a mesma de uma relação familiar.

Chegar-se-á, então, ao momento de analisar a figura da autonomia privada, em linhas conceituais apenas, a fim de esclarecer e tornar viável o entendimento sobre os limites que serão colocados à mesma. Nesse ínterim, vislumbrar-se-ão algumas limitações gerais à autonomia privada, e já em seguida, limitações

---

<sup>1</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista brasileira de direito de família**. v.3, n.12. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2002, p. 40 e ss.

específicas do Direito de Família, uma vez que o contrato de convivência realizado entre os companheiros, como já dito no início, será abordado à luz dos princípios gerais do Direito de Família.

Em seguida, será necessário trabalhar a figura da própria união estável, de modo a esclarecer com se dá a entrada de situações fáticas no mundo jurídico. Para tanto, verificar-se-á a importância dos fatos sociais perante o direito, para na seqüência analisar-se a construção social da união estável em face das diversas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais. Assim, como será demonstrado, antes de ser a união estável concebida como entidade familiar, e, portanto, merecedora de regulamentação legal, a mesma passou por longo processo de construção jurídica, tendo seus efeitos começados a serem reconhecidos a partir do Direito das Obrigações, para somente depois de bastante trabalho da doutrina e da jurisprudência ser visualizada sob a égide do Direito de Família. Ainda, serão trabalhados também, diante do direito positivo constante do Código Civil, os requisitos para a constituição da união estável, sejam os de ordem fática, bem como os de ordem legal – formal. Faz-se necessário também, verificar objetivamente os efeitos da união estável constantes do Código Civil, o que realizar-se-á a partir da estruturação pessoal – patrimonial do Direito de Família, conforme acima mencionado.

Finalmente, chegar-se-á ao momento de verificar o possível conteúdo dos contratos de convivência. Isso será desenvolvido a partir de todos os elementos declinados acima, a fim de perceber de uma maneira lógico-sistemática de que modo e que matéria poderá ser regulada pelos próprios companheiros através de um instrumento contratual. Sobre este, discorrer-se-á acerca de sua forma, do momento de sua celebração, de sua eficácia quanto à regulação de situações pretéritas e futuras, da possibilidade ou não de sua alteração no curso da relação, e especialmente, sua principal finalidade, qual seja o afastamento das regras do regime matrimonial da comunhão parcial de bens. Ainda, terá de ser analisada como se dá a aplicabilidade prática de tais regras à união estável, levando-se em consideração que a mesma diferentemente do casamento é uma relação oriunda de um fato, sendo, portanto, um fato jurídico. Na hipótese de afastamento das regras do regime matrimonial da comunhão parcial de bens, buscar-se-á, então, o modo de

contratação dos efeitos patrimoniais da união, a fim de estabelecer um regramento próprio para cada relação.

Ressalta-se, desde logo, que o presente estudo não tem a intenção de esgotar as possíveis cláusulas de serem objeto do contrato de convivência, mas sim de estabelecer-se em linhas gerais, quais os limites e possibilidades de contratação dos efeitos da união, diante da proteção estatal dada à família.

## 2. DIREITO DE FAMÍLIA

### 2.1. CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA

A primeira questão a ser abordada deflagra-se no que se entende por família, em cada momento histórico. Doutrina Silvio de Salvo VENOSA, que “a família, como uma entidade orgânica, deve ser examinada, primordialmente, sob o ponto de vista exclusivamente sociológico, antes de o ser como fenômeno jurídico”.<sup>2</sup>

Assim, concebe-se a família como um dado apriorístico, de modo que antes de ser encarada como um instituto jurídico, deve ser compreendida no próprio seio social material, sem distinção de como a mesma é formada. A partir do momento em que se tenha essa caracterização da família, ou das famílias, é que o jurídico deverá ser transposto para o fenômeno social. Verifica-se, portanto, que a família acaba sendo um fenômeno originado naturalmente, no sentido de criação da natureza, que será considerado como tal em cada momento histórico de acordo com o que a cultura à época assim entender, apesar de haver na doutrina discussão sobre a natureza da mesma, distinguindo-a ora como fenômeno natural<sup>3</sup>, ora como fenômeno cultural. Contudo, antes mesmo de culturalmente conceber algum fenômeno social e daí a colocá-lo como protegido pelo direito, ele já existe no plano substancial<sup>4</sup>, mesmo que destituído seja e/ou venha a ficá-lo no mundo jurídico. Desta sorte, verifica-se no curso da história que em cada período houve uma dada concepção cultural de família, o que fez com que determinadas relações fáticas / naturais fossem assim consideradas pelo direito positivo e outras não.

---

<sup>2</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 3. ed. v. 6. São Paulo: Atlas, 2003, p. 17.

<sup>3</sup> Nesse sentido: OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo código civil**. 6. ed. São Paulo: Método, 2003, p.24. “Antecede ao direito positivo o caráter natural da família, até por força do instinto gregário, visando a preservação do grupo e à perpetuação da espécie humana. (...) Não há como desconhecer a situação dos que optam pela união informal, não legalizada, com dispensa das solenidades do casamento civil. As ligações dessa espécie, com características de permanência, labor comum, criação de prole e formação de patrimônio, assemelham-se à situação da família regularmente constituída, em seus múltiplos direitos e deveres”.

<sup>4</sup> Segundo afirmara PEREIRA, Virgílio de Sá. **Direito de família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p.89. “A família é um fato natural. Não na cria o homem, mas a natureza (...) o legislador não cria a família, como o jardineiro não cria a primavera (...) ela excede à moldura em que o legislador a enquadra (...). Agora, digei-me: que é que vedes quando vedes um homem e uma mulher, reunidos sob o mesmo teto, em torno de um pequenino ser, que é fruto de seu amor? Vereis uma família. Passou por lá o juiz com sua lei, ou o padre, com o seu sacramento? Que importa isso? O acidente convencional não tem força para apagar o fato natural”.

Álvaro Villaça AZEVEDO ao dizer que “a família, por mais que livre seja, e que tenha existência natural, reclama o regramento do complexo de direitos e de deveres, que dela nasce, para que, ao lado dos sentimentos próprios da união fática, exista um clima de responsabilidade, indispensável à segurança dos conviventes e de sua prole”,<sup>5</sup> reconhece que existem relações que são naturalmente tidas como familiares, mas que devem ser objeto de regramento de direitos e deveres no ordenamento jurídico, o que dar-se-á mediante uma análise histórico-cultural em cada momento social.

Outro ponto a ser observado, é a caracterização dos grupos familiares no decorrer da história. Silvio de Salvo VENOSA pondera que, segundo descrição feita por Friedrich Engels, em sua obra sobre a origem da família, editada no século XIX, “no estado primitivo das civilizações o grupo familiar não se assentava em relações individuais. As relações sexuais ocorriam entre todos os membros que integravam a tribo (endogamia)”.<sup>6</sup> Continua a desenvolver seu pensamento, postulando que num momento seguinte “as guerras, a carência de mulheres e talvez uma inclinação natural levaram os homens a buscar relações com mulheres de outras tribos, antes do que em seu próprio grupo”.<sup>7</sup> Tem-se nesse momento, segundo historiadores, a primeira manifestação contra o incesto no meio social (exogamia).

No transcorrer da história, há um movimento no sentido de serem buscadas relações individuais com caráter de exclusividade, embora algumas civilizações mantivessem concomitantemente situações de poligamia, como ocorre até o presente. Desse modo, atinge-se a organização atual de inspiração monogâmica.

A monogamia desempenhou um papel de impulso social em benefício da prole, ensejando o exercício do poder paterno, com a concentração das riquezas nas mãos dos homens, dos chefes guerreiros. A família monogâmica torna-se nesse ínterim um fator econômico de produção, pois quase fica restrita exclusivamente aos interiores dos lares, nos quais existem pequenas oficinas. Uma alteração nesse plano existencial somente ocorre com a Revolução Industrial, que faz surgir um novo modelo de família. Com a industrialização, a família perde sua característica de unidade de produção. Perdendo seu papel econômico, sua função relevante

---

12. <sup>5</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Do concubinato ao casamento de fato**. Belém: Cejup, 1986, p.

<sup>6</sup> VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 17.

<sup>7</sup> Idem.

transfere-se ao âmbito espiritual fazendo da família a instituição na qual mais se desenvolvem os valores morais, afetivos, espirituais e de assistência recíproca entre seus membros.

Importante lembrar que em Roma, o poder do *pater* exercido sobre a mulher, os filhos e os escravos é quase absoluto. A família é culturalmente concebida como grupo essencial para a perpetuação do culto familiar. No Direito Romano, insta ressaltar, o afeto natural, embora pudesse existir, não era o elo de ligação entre os membros da família. Cabe aqui fazer uma pausa chamando a atenção para a figura do afeto, pois, naquele momento cultural a mesma não detinha uma real importância, ao contrário do que ocorre na atualidade, que em atenção ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, torna-se um dos vetores na caracterização e concepção de entidade familiar, o que será visto na seqüência. Voltando ao direito romano, nem o nascimento nem a afeição foram fundamentos da família.

A instituição fundava-se no poder paterno ou poder marital. Essa situação deriva do culto familiar. Os membros da família antiga eram unidos por vínculo mais poderoso que o nascimento: a religião doméstica e o culto dos antepassados. Esse culto era dirigido pelo *pater*. Por esse largo período da Antiguidade, família era um grupo de pessoas sob o mesmo lar, que invocava os mesmos antepassados. Por essa razão, havia necessidade de que nunca desaparecesse, sob pena de não mais serem cultuados os antepassados, que cairiam em desgraça. Por isso, era sempre necessário que um descendente homem continuasse o culto familiar.

Por muito tempo na história, inclusive durante a Idade Média, nas classes nobres, o casamento esteve longe de qualquer conotação afetiva. A instituição do casamento sagrado era um dogma da religião doméstica. Várias civilizações do passado incentivavam o casamento da viúva, sem filhos, com o parente mais próximo de seu marido, e o filho dessa união era considerado filho do falecido. O nascimento de filha não preenchia a necessidade, pois ela não poderia dar continuidade ao culto de seu pai, quando contraísse núpcias. Reside nesse aspecto a origem histórica dos direitos mais amplos, inclusive em legislações mais modernas, atribuídas ao filho e em especial ao primogênito, a quem incumbiria manter unido o patrimônio em prol da unidade religioso-familiar.

Desaparecida a família pagã, a cristã guardou esse caráter de unidade de culto, que na verdade nunca desapareceu por completo, apesar de o casamento ser tratado na história mais recente apenas sob o prisma jurídico e não mais ligado à religião oficial do Estado. A família sempre foi considerada como célula básica da Igreja.

No direito brasileiro, por meio do Código Civil de 1916, diferenciava-se a família legítima, formada por meio do casamento, da ilegítima, resultante da união informal, de fato, pela convivência de fim amoroso entre homem e mulher, sem as solenidades do casamento.<sup>8</sup> Como será demonstrado na seqüência, essa união informal denominava-se genericamente de concubinato, a significar vida em comum entre homem e mulher, com aparência de casamento, para fins de relacionamento sexual, com suposta fidelidade das partes, mas sem nenhuma proteção legal.

Pelo que já foi exposto, pode-se perceber que realidade social e sistema jurídico nem sempre caminharam juntos. Até a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, a regra era de que a família constituía-se pelo casamento, sem qualquer referência ao inegável fenômeno social das uniões de fato. Já com o novo diploma constitucional, passa-se a conceber dentro do conceito formal – cultural de família outras relações para além daquelas formadas pelo casamento<sup>9</sup>, visando à implementação dos princípios estampados nos primeiros artigos da Constituição, dentre os quais o da dignidade da pessoa humana.

Recentemente, com o Código Civil de 2002, a união estável já albergada constitucionalmente como entidade familiar, recebe um tratamento positivado no sentido de serem estabelecidas algumas regras de direitos e deveres entre os conviventes / companheiros. Vale lembrar, que tal regulamentação já havia sido iniciada com a edição das Leis 8.971/94 e 9.278/96.

---

<sup>8</sup> Verifica-se, portanto, como já mencionado anteriormente que a família aceita pelo ordenamento jurídico naquele momento social, passou por um crivo de caracterização cultural que representara a própria sociedade da época.

<sup>9</sup> Art. 226, §3º, Constituição Federal: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

## 2.2. ATUALIZAÇÃO DA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA EM FACE DA REALIDADE SOCIAL

Como já mencionado, no Código Civil de 1916, a família somente constituía-se pelo casamento. Ela devia manter-se coesa, como uma unidade que se legitimava por si própria. Naquele cenário, “a proteção atribuída à família tinha por finalidade afastar toda e qualquer ameaça à estrutura familiar, justificando a indissolubilidade do vínculo matrimonial, a chefia da sociedade conjugal exercida pelo marido, enquanto a mulher casada era incluída no rol dos relativamente incapazes, e a administração dos filhos não matrimoniais”.<sup>10</sup>

Dessa maneira, a legislação civil conferia um interesse superior à comunidade familiar, em detrimento de seus componentes, justificado pela “paz doméstica”. Basta pensar que na disciplina original do Código Civil o vínculo matrimonial não se rompia após o desquite. Este, por sua vez, podia ser consensual, ou litigioso, quando ocorria uma das hipóteses expressamente previstas pelo artigo 317, do Código Civil vigente à época. O desquite litigioso estava sempre associado à idéia de culpa, gerando um conjunto de sanções patrimoniais e não patrimoniais ao cônjuge faltoso: a noção de culpa identificava um comportamento causador de dano (por si só, necessariamente) injusto, ou seja, a dissolução do vínculo conjugal.

Durante a vigência do Código Civil de 1916, em virtude das inúmeras mutações sociais, diversas transformações marcaram a disciplina jurídica da família, destacando-se a admissão do reconhecimento dos filhos adulterinos, a emancipação da mulher casada e a dissolubilidade do vínculo matrimonial.

A normativa codificada refletia um modelo de relações familiares da sociedade pré-industrial. A civilização agrícola e artesanal consagrou uma organização da família de tipo quase administrativo, qual seja unidade econômica e produtiva, dotada de grande estabilidade, a partir de uma estrutura autoritária e piramidal, com papéis separados e diversos poderes reais de seus componentes. Uma tal realidade encontrou um excelente ponto de encontro na codificada autoridade marital e num poder paterno quase incondicionado. O advento de uma sociedade industrial de massa criou condições humanas e sociais de larga

---

<sup>10</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. Entidades familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira (Coord.) et al. **Diálogos sobre direito civil – construindo a racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 291.

mobilidade e determinou um rompimento entre vida e trabalho gerando um novo sistema produtivo, que não tinha mais na família o seu centro de gravitação. No entanto, exigia da família uma organização pessoal e patrimonial que para ser funcional e homogênea ao sistema devia se apresentar o mais possível livre, aberta e paritária, sem repartições predeterminadas de funções e com papéis fungíveis e intercambiáveis entre cônjuges.

Verifica-se que os princípios do Estado Liberal que influenciaram a elaboração do Código Civil de 1916 cederam lugar aos do Estado Social consubstanciado na Constituição Federal de 1988, que tomou para si as normas gerais relativas a praticamente todas as matérias que antes eram reguladas unicamente pelo Ordenamento Civil, estabelecendo normas de hierarquia superior, fazendo com que os institutos da família, das sucessões, da propriedade, entre outros, fossem lidos a partir de outros valores agora consagrados na Constituição como fundamentais da sociedade.<sup>11</sup>

A pessoa humana que a Constituição eleva a valor de vértice do ordenamento, não é mais o sujeito de direito codificado, formalista e abstrato, apreciável somente em termos patrimoniais e mais propriamente econômico-produtivos, mas sim o sujeito histórico-real, concreto, considerado na multiplicidade de suas explicações e manifestações ativas, como também em suas variadas e diversas necessidades, interesses, exigências, qualidades individuais, condições econômicas, posições sociais e, enquanto tal, devendo ser considerado como portador de valores essenciais (dignidade, segurança, igualdade, liberdade) e fundamentais instâncias de promoção e desenvolvimento da pessoa (saúde, trabalho, educação).

Elege a Constituição, como um de seus objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em função da atuação da pessoa humana. Dessa maneira, a tutela da personalidade não se volta somente aos direitos individuais, pertencentes ao sujeito no seu precípua e exclusivo interesse, mas aos

---

<sup>11</sup> “A partir de 1988, o ser humano passa ocupar o centro do ordenamento e consolidando-se a dignidade da pessoa humana como valor maior, cujo respeito se impõe como valor estrutural da República, a determinar a revisão e adaptação de todo sistema jurídico. Inicia-se (...) a constitucionalização do direito civil, que se fez forte no que concerne à família, à medida que se lhe reconhece o papel de núcleo natural para o pleno desenvolvimento das potencialidades dos seus integrantes”. BARBOZA, Heloísa Helena. O direito de família no projeto de código civil: considerações sobre o “direito pessoal”. **Revista brasileira de direito de família**. v.3, n.11. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2001, p. 21.

direitos individuais sociais, que possuem uma forte carga de solidariedade que, por sua vez, constitui o pressuposto e fundamento de tais direitos. Esses não são mais entendidos como pertencentes ao indivíduo fora da comunidade na qual vive, mas como instrumentos para realizar uma comunidade, que se torne o meio para justificá-los. A partir de tais considerações, tem-se como pontos centrais o homem na comunidade e a relação comunidade-homem. Ainda, elevar a dignidade da pessoa humana ao posto máximo do ordenamento jurídico constitui opção metodológica oposta a do individualismo das codificações. A pessoa humana há de ser apreciada a partir da sua inserção no meio social.

Desse modo, altera-se a noção de família, entendida como comunidade da qual o homem faz parte. De uma instituição por si só merecedora de tutela a um organismo social que só será protegido se, e na medida em que, promove o desenvolvimento de seus membros. A família, como formação social, é garantida pela Constituição não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas, sim, em função da realização das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa. É a dignidade da pessoa humana que confere conteúdo à especial proteção atribuída à família pelo Estado. Como bem salienta Euclides Benedito de OLIVEIRA, “a família passou a ser vista e aceita de forma ampla, pela sua origem no Direito Natural, com naturais reflexos em todo o ordenamento jurídico, tanto no âmbito civil quanto no penal”.<sup>12</sup>

Além da mudança na concepção de família, a Constituição Federal introduziu no ordenamento jurídico novas formas de entidades familiares. O casamento, portanto, como já afirmado perde o seu papel de único legitimador do núcleo familiar. Em seu artigo 226, §3º, a Constituição reconhece como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher.

Destarte, a proteção que o Estado deve dar à família, surge do fato de dar proteção à própria dignidade da pessoa humana, e nesse sentido, a família albergada pelo ordenamento jurídico não deve ser apenas aquela fundada no matrimônio (negócio jurídico), mas sim e principalmente, todas aquelas que fundadas e constituídas em solidariedade, por laços de afeto. Chega-se então ao

---

<sup>12</sup> OLIVEIRA, Euclides Benedito de. União estável e seus reflexos no direito penal. **Revista brasileira de direito de família**. v.1, n.2. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 1999, p. 14.

novel elemento caracterizador da família: o afeto.<sup>13</sup> (do latim *ad= para e factum= feito*, significando “feito um para o outro”).

Sendo o afeto o elemento que conjuga as pessoas que vivem em família não há mais sentido em se considerar como família apenas as relações matrimonializadas; isso já foi superado. Insta atualmente a discussão sobre quais seriam as relações consideradas como família, ou melhor, se exclusivamente aquelas textualmente mencionadas na Constituição (casamento, união estável e monoparental) ou ainda, outras que apesar de não constarem do texto normativo também estariam sob a proteção do Estado como família a partir de uma interpretação inclusiva da norma Constitucional. Apesar de não ser esse o objeto do presente trabalho, e por isso não será dedicado um aprofundamento sobre o tema, se faz interessante mencionar que um detalhamento das possíveis famílias constitucionais pode ser observado no trabalho do jurista Paulo Luiz Netto LÔBO.<sup>14</sup>

No trabalho do referido autor, faz-se abordagem dos elementos comuns às possíveis formas de família: i) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade; ii) estabilidade, excluindo-se relacionamentos causais; e iii) ostensibilidade, como unidade familiar publicamente visualizada. Percebe-se, portanto, que como elemento principal fundamental da família é o afeto. “Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, tendo em vista que consagra a família como unidade de relações de afeto, após o desaparecimento da família patriarcal”<sup>15</sup> de modo que as relações patrimoniais, econômicas, procriacionais, políticas e religiosas, tem sua importância deslocada para um segundo plano. Assim, não se pode dizer que não mais importam esses últimos elementos para a família, e tão somente basta o afeto. Ao contrário, interessam sim,

---

<sup>13</sup> “É o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuges (... os que se sentem conjugados por uma origem ou destino de vida comum) quanto aos meios e aos fins de sua afeição, até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico. Este é o afeto que define a família: *é o afeto conjugal*. Mais conveniente seria chamá-lo *afeto familiar*, uma vez que está arraigada nas línguas neolatinas a significação que, desde o latim, restringe o termo *cônjuge* ao binômio marido e mulher, impedindo ou desaconselhando estendê-lo para além disso”. BARROS, Sérgio Rezende de. A ideologia do afeto. **Revista brasileira de direito de família**. v.4, n.14. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2002, p. 8.

<sup>14</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista brasileira de direito de família**. v.3, n.12. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2002, p. 40 e ss.

<sup>15</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto, op. cit., p. 46.

mas é a figura do afeto que passa culturalmente a ser elemento fundador e caracterizador da família, sendo que os demais elementos passam a ser considerados como secundários à entidade familiar; “a afetividade é construção cultural, que se dá na convivência, sem interesses materiais, que apenas secundariamente emergem (...)”.<sup>16</sup>

Como leciona Luiz Edson FACHIN, na sociedade atual, afastam-se os laços formais, sendo valorizadas as relações de “mútua ajuda e afeto, com índices cada vez maiores de uniões não matrimonializadas”.<sup>17</sup> Para o referido jurista, “o ente familiar é um corpo que se reconhece no tempo. Uma agregação histórica e cultural como espaço de poder, de laços e de liberdade. Uma aliança composta para representar harmonia e paradoxos. Uma agremiação destinatária de projetos e de discursos (...)”.<sup>18</sup> Ainda, ensina que três temas podem expor o lugar da família no direito, nos fatos sociais e na cidadania, dentre os quais menciona o valor jurídico do afeto.<sup>19</sup> Com o surgimento deste no plano fático, a família acaba por ser inserida numa trajetória de direitos subjetivos: “de espaço do poder se abre para o terreno da liberdade: o direito de ser ou de estar, e como se quer ser ou estar”<sup>20</sup>, e assim o conceito de família-poder passa para “família-cidadã” à luz do princípio já mencionado da dignidade da pessoa humana, que para ter aplicação prática os indivíduos precisam receber proteção estatal como cidadãos, dignos todos de direitos e deveres.

Na esteira desse desenvolvimento,

reputa-se que o princípio da dignidade não é um conceito constitucional, mas um dado apriorístico, preexistente a toda experiência, verdadeiro fundamento da República brasileira, atraindo o conteúdo de todos os direitos fundamentais; não é só um princípio da ordem jurídica, mas também da ordem econômica, política, cultural, com densificação constitucional.<sup>21</sup>

---

<sup>16</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto, op. cit., p. 47.

<sup>17</sup> FACHIN, Luiz Edson. Direito além do novo código civil: novas situações sociais, filiação e família. **Revista brasileira de direito de família**. v.5, n.17. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2003, p. 7.

<sup>18</sup> FACHIN, Luiz Edson, op. cit., p. 8.

<sup>19</sup> Para uma pormenorização do tema, ver FACHIN, Luiz Edson, op. cit., p. 7 a 35.

<sup>20</sup> FACHIN, Luiz Edson, op. cit., p. 10.

<sup>21</sup> DIAS, Maria Berenice. União estável homoafetiva – comentários aos embargos infringentes n.º 70003967676, 4º grupo de câmaras cíveis Porto alegre, Embargante: I.L.M., Embargado: Espólio de V.D., representado por sua curadora especial, L.F.. **Revista brasileira de direito de família**. v.5, n.20. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2003, p. 62.

O afeto concebido como elemento fundamental da família, vislumbra que o que se está em primeiro plano é a própria pessoa humana, sua condição pessoal, sendo que “a nova família busca constituir uma história em comum, não mais a união formal, o que existe é uma comunhão afetiva, cuja ausência implica falência do projeto de vida”.<sup>22</sup>

O Direito de Família, entre todos os ramos das ciências jurídicas, foi o que experimentou maiores transformações nos últimos tempos. Antes submetido a um olhar retrógrado do sistema, insistia em não admitir a existência de uniões de fato que, com toda a aparência de uma entidade familiar convivia aparentemente bem na sociedade. Competiu a uma doutrina avançada e aos precedentes dos tribunais ditar as novas linhas que passaram a controlar tais relações, finalmente reconhecidas em dispositivo da Constituição de 1988. “No entanto, nem o texto constitucional, nem a legislação infraconstitucional, mostraram-se suficientes para solução de todos os conflitos que porventura surjam das relações de afeto, quando rompidas”.<sup>23</sup>

Leciona Cristiano Chaves de FARIAS, que

sem dúvida, hoje a família é núcleo descentralizado, igualitário, democrático e não necessariamente heterossexual. Trata-se de entidade de afeto e entre-ajuda, fundada em relações de índole pessoal, voltadas para o desenvolvimento da pessoa humana, que tem como diploma legal regulamentador a Constituição da República de 1988.<sup>24</sup>

Elegendo como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, a Constituição alargou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros e descendentes, sejam estes frutos de casamento ou não. Portanto, pode-se dizer que a preocupação central da atualidade é com a pessoa humana, com o desenvolvimento de sua personalidade, afinal, é ela o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social.

Nesse sentido, a fim de que se efetive a proteção à pessoa humana, deve reconhecer-se

---

<sup>22</sup> FACHIN, Rosana. **Em busca da família do novo milênio** – uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 7.

<sup>23</sup> DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 103.

<sup>24</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito constitucional à família. **Revista brasileira de direito de família**. v.6, n.23. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2004, p. 09.

que o ponto de partida para tanto deve estar sempre no conceito de cidadania. Isso porque a cidadania, concebida como elemento essencial, concreto e real, para servir de centro nevrálgico das mudanças paradigmáticas da sociedade, será a ponte, o elo de ligação, com o porvir, com os avanços de todas as naturezas, com as conquistas do homem que se consolidam.<sup>25</sup>

Restaurando-se a primazia da pessoa, nas relações de família, na garantia da realização da afetividade e de sua dignidade, vislumbra-se uma adequação do direito à realidade social. Assim, Paulo Luiz Netto LÔBO, ensina que

a família tradicional aparecia através do direito patrimonial e, após as codificações liberais, pela multiplicidade de laços individuais, como sujeitos atomizados. Agora, é fundada na solidariedade, na cooperação, no respeito à dignidade de cada um de seus membros, que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida. A família atual é apenas compreensível como espaço de realização pessoal afetiva, no qual os interesses patrimoniais perderam seu papel de principal protagonista. A repersonalização de suas relações revitaliza as entidades familiares, em seus variados tipos ou arranjos.<sup>26</sup>

Outro ponto que se faz necessário mencionar, face a discussão doutrinária sobre o assunto, é o fato de haver ou não hierarquia entre as entidades familiares expressamente mencionadas no texto constitucional, quais sejam: aquelas oriundas do casamento, aquelas oriundas da união estável e as monoparentais. Mais precisamente, será verificado se existe hierarquia entre as figuras do casamento e da união estável, uma vez que a discussão dá-se pelo fato de o art. 226, §3º, da Constituição, ao reconhecer a união estável como entidade familiar, ter determinado que a lei deverá facilitar a sua conversão em casamento. Tal disposição é o cerne da tese que prega a superioridade do matrimônio como forma de constituição da família, tese essa que adquire maior repercussão quando se discute o estatuto normativo o casamento e da união estável.

Na doutrina, é possível encontrar entendimentos no sentido de que haja constitucionalmente uma prevalência do casamento sobre a união estável, como se verifica no seguinte trecho: “Tais observações têm levado muitos doutrinadores a questionar a constitucionalidade deste dispositivo da Lei 8.971/94 – art. 2º, inciso III), visto que a Carta Magna expressa sua inequívoca preferência pela família constituída pelo matrimônio, ao determinar que a lei deve facilitar a conversão da

---

<sup>25</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de, op. cit., p.17.

<sup>26</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto, op. cit., p. 153.

união estável em casamento”.<sup>27</sup> Em posicionamento crítico, a professora Carmem Lúcia Silveira RAMOS, também vislumbra uma hierarquia:

Na mesma linha, a concessão, inserida no texto constitucional, com a pluralização das fontes de família no sistema jurídico positivado brasileiro, embora seu caráter de vitória sobre os princípios norteadores do direito racionalista liberal, também não deixou de conter uma forma de exclusão, na medida em que implicitamente hierarquizou as realidades familiares em razão de sua origem, ao manter como modelo básico a família matrimonializada, conforme se pode depreender, no que tange às situações designadas como uniões estáveis, na faculdade concedida para sua conversão em casamento.<sup>28</sup>

O Direito das Sucessões é um dos que mais rende frutos para a discussão da hierarquização das entidades familiares, pois tanto no regime do Código Civil de 1916 e das Leis 8.971/94 e 9.278/96, como no do Código Civil de 2002, os direitos sucessórios atribuídos a cada uma das referidas entidades familiares são diversos, ensejando toda uma discussão sobre a preferência do legislador em relação ao casamento.

Em estudo aprofundado sobre o tema, Ana Luiza Maia NEVARES, postula que,

Entender que o casamento é entidade familiar hierarquicamente superior às demais significa dizer que este será protegido prioritariamente pelo ordenamento jurídico admitindo-se que aos casados sejam atribuídos direitos superiores em relação àqueles que constituem outras formas de entidades familiares, simplesmente porque celebraram o ato formal do matrimônio.

Além disso, faz com que o regime jurídico casamento seja o parâmetro para aquele conferido aos demais tipos de arranjos familiares. Assim, alguns direitos conferidos à união estável, por exemplo, são considerados inconstitucionais por não terem sido atribuídos ao casamento. Em outros casos, às pressas, a união estável é equiparada ao matrimônio em relação a institutos já considerados ultrapassados, como a verificação do elemento da culpa para a concessão dos alimentos.<sup>29</sup>

Na seqüência de seu estudo, a referida jurista afirma que admitir tal hierarquização é inconstitucional. Na realidade, em face do que já foi exposto, é possível dizer que a proteção desempenhada pelo Estado às entidades familiares, não se dá pelo simples fato de serem por si só consideradas como família, mas sim pelo fato de que sua composição é realizada por pessoas humanas que são igualmente dignas de proteção, ou seja, a dignidade da pessoa humana confere conteúdo à proteção atribuída pelo Estado à família, afinal, como ensina Gustavo

<sup>27</sup> CIOTOLA, Katia Regina da Costa S. **O concubinato**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p. 65.

<sup>28</sup> RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Família sem casamento**: de relação existencial de fato a realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 158.

<sup>29</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia, op. cit., p. 302.

TEPEDINO “é a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas do direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social”.<sup>30</sup>

Então, se assim é, admitir a superioridade do casamento significa proteger mais, ou prioritariamente, algumas pessoas em detrimento de outras, simplesmente porque aquelas optaram por constituir família a partir da celebração do ato formal do matrimônio.

O que deve existir, contudo, é uma diversidade na regulamentação das distintas entidades familiares levando em conta as peculiaridades de cada uma delas. Entretanto, o conteúdo dos seus respectivos estatutos deverá respeitar o princípio da igualdade. Em especial, no caso do casamento e da união estável, essas entidades familiares diferenciam-se na maneira de sua constituição. Enquanto o casamento é constituído a partir de um ato formal e solene, um negócio jurídico, a união estável é uma situação de fato, verificada *a posteriori*, que resulta num fato jurídico.

Diante do que foi até agora trabalhado, é possível dizer que as relações familiares geradas pelo casamento e pela união estável são idênticas em sua essência, baseadas em semelhantes vínculos de afeto, solidariedade e respeito. Entretanto, são diversas quanto a sua forma de constituição. Neste aspecto, portanto, a regulamentação de cada uma deve conter diferenciações.

Na esfera desse entendimento, Ana Luiza Maia NEVARES, exemplifica que

há um conjunto de atos que o cônjuge não pode praticar sem a autorização do outro (art. 1647, CC). O mesmo não poderá ser dito quanto à união estável, porque esta diferenciação está na natureza do constitutivo do casamento. Como exigir que terceiros saibam que o seu partícipe num negócio jurídico vive em união estável e, dessa forma, reclamar pela autorização do consorte? Impossível.<sup>31</sup>

Pelo princípio constitucional da liberdade e também pela própria autonomia da vontade, cada pessoa é e está livre para escolher a forma de constituição de família que melhor lhe aprouver, não podendo haver preterição de direitos em virtude de tal escolha. Tem-se o princípio da liberdade de escolha como concretização do macroprincípio da dignidade da pessoa humana, reconhecido constitucionalmente,

---

<sup>30</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 328.

<sup>31</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia, op. cit., p. 311.

na medida em que diz respeito à dignidade da pessoa humana a liberdade de escolher e constituir a entidade familiar que melhor corresponder a sua realização existencial.

Ao final do estudo apresentado por Ana Luiza NEVARES, a jurista coloca que a razão de ser da orientação constitucional para a conversão da união estável em casamento, seria a segurança jurídica gerada por este último, haja vista ser um ato sole e formal, nas seguintes palavras:

Não obstante tais considerações, não se pode negar que o ato formal do matrimônio gera uma maior segurança para as relações jurídicas na sociedade, tanto em relação aos partícipes da relação conjugal, quanto em relação aos terceiros que com eles venham a contratar. Isso porque estabelece *a priori* os seus efeitos, bastando que o ato seja celebrado: a partir desse momento estão definidas todas as relações entre os cônjuges e todos os atos que um cônjuge não poderá celebrar sem a autorização do outro. Dessa maneira, “certo de que com o ato jurídico solene do casamento, seriam mais seguras as relações familiares”, prevê o constituinte algumas regras que o facilitem, como a gratuidade do casamento civil, os efeitos civis do casamento religioso e a conversão em casamento das uniões estáveis.<sup>32</sup>

### 2.3. ESTRUTURAÇÃO PESSOAL - PATRIMONIAL

Todo o Direito de Família Brasileiro é pensado a partir de concepções acerca da própria pessoa humana e de suas relações jurídicas, enquanto sujeito de direito. Nesse sentido, com uma simples leitura do Código Civil, é possível observar a divisão estrutural entre direito pessoal e direito patrimonial. Assim o é em relação ao casamento (entidade familiar matrimonializada), em relação à figura dos filhos e também em relação à união estável.

Quanto ao casamento, o principal efeito pessoal consta do artigo 1.511 do Código Civil ao prever o estabelecimento de “comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. A partir dessa norma orientadora de toda entidade familiar matrimonializada, observa-se que o Código Civil estabelece em seu artigo 1.566, os deveres dos cônjuges, quais sejam: i) a fidelidade recíproca; ii) vida em comum, no domicílio conjugal; iii) mútua assistência; iv) sustento, guarda e educação dos filhos; e v) respeito e consideração mútuos. Não cabe aqui pormenorizar o estudo a respeito de cada um desses efeitos, ao passo que o objetivo nesse momento trata-se tão somente de demonstrar os elementos

---

<sup>32</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia, op. cit., p. 314.

estruturantes do Direito de Família no tocante aos aspectos pessoais. Assim, percebe-se que no intuito de preservar o princípio da monogamia, a relação matrimonial deve ser única e exclusiva, não devendo existir outra concomitantemente ao casamento; ainda, ao se estabelecer plena comunhão de vida, em compasso com o princípio constitucional da igualdade o artigo 1.565, do Código Civil é incisivo ao prever que o homem e a mulher enquanto cônjuges “assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”. Nesse diapasão, tem-se também pelo mesmo diploma legal que a direção da sociedade conjugal cabe ao homem e à mulher, em colaboração, tendo sempre como fim último o interesse do casal e dos filhos.<sup>33</sup> De outro lado, tem-se a preocupação, oriunda do capitalismo, com as relações patrimoniais dos cônjuges entre si e para com terceiros. Dessa forma, a partir do artigo 1.639 do Código Civil prevê-se inúmeras situações em que os cônjuges poderão regular contratualmente (pacto antenupcial) suas relações de ordem patrimonial, estabelecendo para tanto regimes de bens. Ainda, dentro desse mesmo aspecto aparecem a obrigação alimentar e o dever de sustento recíprocos dos cônjuges e da prole<sup>34</sup>, apesar de em relação a este último (dever de sustento da prole) haver posicionamento doutrinário no sentido de entender que o mesmo não está calcado em normas patrimoniais, mas sim em “interesse jurídico-familiar que transcende o próprio indivíduo”.<sup>35</sup> Ainda, em relação à obrigação alimentar, apesar de o Código Civil prescrevê-la no campo do direito patrimonial, parece que, face a finalidade de tal prestação, tratar-se de direito pessoal. Nesse sentido, escrevera OLIVEIRA e MUNIZ que “o direito a alimentos é, com efeito, um direito não patrimonial. Isso não exclui a patrimonialidade da prestação alimentar. Todavia, o seu fim é um dado não patrimonial: sustento do credor”.<sup>36</sup>

Quanto aos filhos, também há previsão legal no sentido de regular a pessoa e os bens dos filhos. Assim é feito no artigo 1.634 do já referido diploma legal ao mencionar a forma de exercício do poder familiar, de modo a ser de competência dos pais dirigir a criação e educação dos filhos, tê-los sob sua guarda e companhia,

---

<sup>33</sup> Artigo 1.567, Código Civil.

<sup>34</sup> Segundo entendimento de GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v.6. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 170.

<sup>35</sup> OLIVEIRA, Flávio Luís de. O caráter não patrimonial do dever de sustento na perspectiva constitucional. **Revista brasileira de direito de família**. v.5, n.22. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2004, p. 8.

<sup>36</sup> *Apud*: OLIVEIRA, Flávio Luís de, op. cit., p. 15.

dar consentimento para casarem-se, nomear tutor, representá-los e assisti-los, conforme menores impúberes ou púberes, respectivamente e ainda exigir obediência. Quanto ao aspecto patrimonial dessa relação, o Código Civil prevê subtítulo específico ao tratar do usufruto e da administração dos bens de filhos menores. Desta sorte, os pais não podem dispor dos bens dos menores, salvo por autorização judicial, devendo os mesmos apenas administrar, enquanto usufrutuários dos bens destes últimos. Também aqui não será aprofundado o estudo sobre tais elementos, haja vista a proposta deste trabalho.

Em relação à união estável, apesar de tal entidade familiar não ter sido colocada expressamente dentro da estruturação esboçada acima, percebe-se que a mesma também comporta tal divisão ao passo que o próprio Código Civil em seu artigo 1.724 trata de elementos pessoais (lealdade, respeito, assistência, guarda, sustento e educação dos filhos)<sup>37</sup> e já na seqüência, no artigo 1.725, trata de aspectos patrimoniais.<sup>38</sup>

Na medida em que o objeto do presente estudo é tentar estabelecer o conteúdo possível de ser contratado através dos pactos civis (ou contratos) na união estável, tais aspectos serão abordados na seqüência, tão logo seja tratado o tema da autonomia privada, em seguida o da caracterização da união estável, bem como de sua construção histórico-social.

---

<sup>37</sup> Artigo 1.724, Código Civil: "As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos".

<sup>38</sup> Artigo 1.725, Código Civil: "Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens".

### 3. AUTONOMIA DO SUJEITO

#### 3.1. AUTONOMIA PRIVADA E SUAS LIMITAÇÕES

Tem-se o princípio da autonomia privada como tradução jurídica da liberdade dos indivíduos, pelo que é atribuída a possibilidade de criar situações de direito subjetivo, pessoais ou reais. Em outras palavras, a autonomia privada é vista como um poder de regulamentar os próprios interesses dos particulares, dentro de determinados parâmetros, sendo que tal auto-regulamentação manifesta-se, primordialmente, no campo do direito contratual.

No ensinar de Francisco AMARAL, “a esfera de liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado chama-se autonomia, direito de reger-se por suas próprias leis”.<sup>39</sup> O referido autor faz uma precisa distinção entre as variantes dessa autonomia, ou seja, o que configura a autonomia privada e a autonomia da vontade, que a princípio poderiam parecer conceitos equivalentes. Assim, a autonomia da vontade seria o princípio de direito privado que possibilita ao indivíduo a prática de um dado ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e seus efeitos. Para o já citado autor, o campo de aplicação da autonomia da vontade é, por excelência, o direito obrigacional, aquele em que o indivíduo pode dispor como lhe interessar, desde que não contrariamente ao direito posto. Já quando se trata especificamente da possibilidade dos indivíduos estabelecerem as regras jurídicas de seu próprio comportamento, está a se falar da autonomia privada. Dessa sorte, tem-se “autonomia da vontade, como manifestação da liberdade individual no campo do direito, e autonomia privada, como poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas, vale dizer, o poder de alguém de dar a si próprio um ordenamento jurídico”.<sup>40</sup> Autonomia privada constitui-se, portanto, em uma esfera de atuação do sujeito no âmbito do direito privado, mais propriamente um espaço que lhe é concedido para exercer a sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se, desse modo e nessas condições, legisladores sobre seus próprios interesses.

---

<sup>39</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil – introdução**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 335.

<sup>40</sup> Idem.

Percebe-se que a autonomia da vontade tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto que a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real.<sup>41</sup>

Atravessada invariavelmente pela idéia de livre determinação, a autonomia privada é tida mesmo como o fundamento da obrigatoriedade dos contratos, porque expressão da liberdade individual. Em torno do conceito de autonomia privada toda a dogmática do contrato se estrutura. O contrato aparece como o instrumento dessa autonomia, o meio pelo qual ela se manifesta e se realiza.

Nessa linha, Emilio BETTI afirma que a autonomia privada é reconhecida pela ordem jurídica justamente "como pressuposto e causa geradora de relações jurídicas, já disciplinadas, em abstracto e em geral, pelas normas dessa ordem jurídica (...). É, portanto, reconhecida como actividade e *potestas*, criadora, modificadora ou extintora de relações jurídicas entre particulares".<sup>42</sup> A autonomia privada não pode ser entendida senão em conexão com o conceito de contrato e este só pode ser apreendido em função daquela.

Contudo, se tal interligação aparece hoje de forma inequívoca, não se pode dizer que tenha sido sempre assim. Esses conceitos - de autonomia privada e de contrato - são resultado de uma lenta elaboração e de condições muito específicas.

Apesar de não ser objeto deste trabalho o contrato e suas acepções, bem como modo de formação e figuras viciosas do mesmo, algo deve ser dito para a compreensão final do estudo que se propõe. A palavra contrato origina-se do latim *contractus*, tendo surgido no primeiro século da era cristã, com o significado de convenção, pacto, transação. Muito acirrada é a controvérsia acerca da derivação daquilo que se conhece modernamente por contrato, das categorias existentes no direito romano, discutindo-se amiúde se o contrato teria originado-se do *contractus* ou do *nudo pactos (conventio)* e se o consentimento e a vontade foram ou não

---

<sup>41</sup> "Sob o ponto de vista institucional e estrutural, dominante na teoria geral do direito, a autonomia privada constitui-se em um dos princípios fundamentais do sistema de direito privado num reconhecimento da existência de um âmbito particular de atuação com eficácia normativa. Trata-se da projeção, no direito, do personalismo ético, concepção axiológica da pessoa como centro e destinatário da ordem jurídica privada, sem o que a pessoa humana, embora formalmente revestida de titularidade jurídica, nada mais seria do que mero instrumento a serviço da sociedade.

Sob o ponto de vista técnico, que revela a importância prática do princípio, a autonomia privada funciona como verdadeiro poder jurídico do particular criar, modificar ou extinguir situações jurídicas próprias". AMARAL, Francisco, op. cit., p. 335.

<sup>42</sup> BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tomo I. Tradução por Fernando de Miranda. Coimbra : Coimbra Editora, 1969, p. 98.

elementos presentes às elaborações romanas.

Parece oportuno introduzir aqui uma distinção, explicitada por Enzo ROPPO, que decompõe o conceito de contrato, identificando nele uma seqüência, numa articulação de termos, marcando certos limites entre o que chama de contrato-operação econômica, contrato-conceito jurídico e direito dos contratos. Afirma o autor que no âmbito da linguagem comum, "a palavra 'contrato' é, as mais das vezes, empregue para designar a operação económica *tout court*, a aquisição ou a troca de bens e de serviços, o 'negócio', em suma, entendido, por assim dizer, na sua materialidade, fora de toda formalização legal, de toda mediação operada pelo direito ou pela ciência jurídica".<sup>43</sup> Contudo, além dessa realidade econômico-social, aparece o contrato-conceito jurídico, como formalização jurídica da operação econômica, ou seja, como "uma construção da ciência jurídica elaborada (além do mais) com o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir, designando-os de forma sintética, uma série de princípios e regras de direito, uma disciplina complexa".<sup>44</sup> Essa categoria, o contrato, é, por sua vez, conformada pelo direito dos contratos.

No seio do direito romano não houve a elaboração de uma concepção de contrato enquanto categoria geral, abstrata, formalizadora. Álvaro Villaça AZEVEDO assevera que "os romanos não aceitavam uma categoria geral dos contratos, dado que toda a sistemática contratual romana tinha como único fundamento a tipicidade".<sup>45</sup> Os romanos não chegaram a atingir um grau de abstração teórica que permitisse a concepção do contrato como categoria autônoma e instrumental, liberta de uma certa atmosfera de magia e, em consequência, não chegaram à elaboração de uma teoria geral dos contratos, embora conhecessem o contrato enquanto operação econômica. Não estavam presentes, ainda ali, as condições necessárias à configuração do contrato como categoria genérica.

Os compiladores justinianeus - como assinala Biagio BRUGI - ao apresentarem a *conventio* como conceito que abrange o *contratus* e o *pactus*, já lhe conferem o estatuto de uma certa "abstracción teórica que podia, como en efecto há sucedido em nuestros días, después de prolongadas vicissitudes, adquirir valor

---

<sup>43</sup> ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 8.

<sup>44</sup> ROPPO, Enzo, op. cit., p. 7.

<sup>45</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Contratos inominados ou atípicos**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975, p. 27.

práctico reunindo en un todo homogêneo el contrato y el pacto. (...) Pero esta conjunción se há realizado lentamente...".<sup>46</sup>

Durante a Idade Média, a antítese entre o direito canônico e o direito romano foi, em relação à questão contratual, muito aguda. Isso porque "como quiera que los glossadores entendieran los textos 'pacta vestita' y 'pacta nuda', aspiraban a guardar fidelidade al sistema que sólo reconocia un numero determinado de contratos".<sup>47</sup> Afinal, para eles, o Código de Justiniano era a *ratio scripta*, o direito por excelência. De outro lado, "el Derecho canônico, em cambio, partió desde el principio de la máxima de que todo acuerdo contractual fuesse em deber de conciencia, mucho más si estaba reforzado por el juramento"<sup>48</sup>, assim, as obrigações jurídicas deveriam assimilarem-se aos deveres morais. As exigências do comércio favoreciam o alargamento da concepção canônica, de tal forma que, pouco a pouco, foi-se amenizando a contraposição entre esta, o direito romano e a prática contratual.

Do antagonismo inicial dessas posturas até a afirmação do conceito moderno de contrato, por muitas modificações passou o pensamento jurídico; a par delas, verificaram-se mutações de caráter político, social e econômico.

Dentro dessa linha de raciocínio, através de uma concepção voluntarista, observa-se que o negócio jurídico, e mais especificamente o contrato, define-se como ato de vontade que visa a produzir efeitos jurídicos, com o que se dá ênfase à formação do negócio e à vontade que lhe dá origem (autonomia da vontade) – corrente subjetiva. Contudo, existe também a corrente objetiva que entende o contrato como preceito (norma jurídica concreta), resultante do auto-regramento dos interesses privados.

Ao lado dessas concepções tradicionais acerca do negócio jurídico / contrato, tem-se a chamada concepção estrutural do negócio jurídico, assim exposta por Antônio Junqueira de AZEVEDO:

quer-nos parecer que uma concepção estrutural do negócio jurídico, sem repudiar inteiramente as concepções voluntaristas, dela se afasta, porque não se trata mais de entender por negócio jurídico um ato de vontade do agente, mas sim um ato que socialmente é visto como ato de vontade destinado a produzir efeitos jurídicos. A perspectiva muda inteiramente, já que de psicológica passa a social. O negócio não é o que o agente quer, mas

---

<sup>46</sup> BRUGI, Biagio. **Instituciones de derecho civil**. México: Union Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1946, p. 287.

<sup>47</sup> Idem.

<sup>48</sup> Idem.

sim o que a sociedade vê como a declaração de vontade do agente. Deixa-se, pois, de examinar o negócio através da ótica estreita do seu autor e, alargando-se extraordinariamente o campo de visão, passa-se a fazer o exame pelo prisma social e mais propriamente jurídico.<sup>49</sup>

Para o autor, o negócio existe independentemente da vontade (plano da existência), mas esta, tal como a causa, atua como meio de correção do negócio (planos da validade e da eficácia).

Não tem sido esta, porém, a orientação dominante no direito brasileiro, pois, de regra, a vontade vem sendo considerada como formadora do negócio (sem ela, o negócio não existe), tal como postulado pelas concepções subjetivistas.

Para as correntes subjetivistas, que têm em SAVIGNY um dos seus primeiros e maiores expoentes, o negócio jurídico é uma declaração de vontade. Os subjetivistas dizem que é indispensável a vontade, entendida não como simples aspiração ou mero desejo de que ocorra algo, mas como intenção madura e definitiva de provocar um efeito jurídico, ao passo que é necessária a manifestação, não como simples prova da existência de um propósito qualquer, mas como real atestado de que este é definitivo, tanto é verdade que se quis torná-lo evidente no mundo externo. A obrigação é vista como um limite à liberdade individual e somente deve surgir quando o interessado a queira e não por ter feito uma declaração qualquer, talvez por erro, sem ter a intenção correspondente.

Ao contrário, as correntes objetivistas, colocando em primeiro plano o conteúdo preceptivo do negócio, trabalham contra o dogma da vontade. O negócio é o ato com o qual o indivíduo regula, por si mesmo, os próprios interesses, nas suas relações com os outros sujeitos. Identifica-se o negócio jurídico como manifestação estrita do poder da autonomia privada.

Atualmente, como expressão de uma lógica econômica e patrimonial, o mercado deve operar e pautar sua funcionalização ao respeito pela dignidade da pessoa humana e pelas situações jurídicas não-patrimoniais – artigo 1º, III, Constituição Federal. Verifica-se, pois, que o princípio da autonomia privada, com as suas variantes de autodeterminação e autovinculação, cedeu lugar a um novo direito obrigacional, que acolhe no seu próprio âmago os princípios constitucionais da

---

<sup>49</sup> *Apud* MATTIETTO, Leonardo de Andrade. O papel da vontade nas situações jurídicas patrimoniais: o negócio jurídico e o novo código civil. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Diálogos sobre direito civil – construindo a racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 23 a 39.

dignidade da pessoa humana e da boa-fé objetiva. A interpretação dos atos jurídicos em geral deve levar em conta não apenas as declarações que hajam feito as pessoas que deles tenham participado. Tampouco a tarefa do intérprete se resume a perquirir a vontade expressada, veiculada por meio da declaração. É preciso buscar o entendimento de cada ato no ambiente em que ele foi celebrado – no complexo de seus motivos e circunstâncias, bem como no contexto do próprio ordenamento jurídico.<sup>50</sup>

A autonomia privada, antes entronizada como garantia da liberdade dos cidadãos em face do Estado, é relativizada em prol da justiça substancial, deslocando-se o eixo da relação contratual da tutela subjetiva da vontade à tutela objetiva da confiança. A proteção da confiança envolve o vínculo contratual, a partir das normas cogentes que visam a assegurar o equilíbrio das partes da relação jurídica, mediante a proibição das cláusulas abusivas e a adoção de novos paradigmas interpretativos, bem como, no que concerne ao objetivo do contrato, procura garantir a adequação do produto ou serviço além de prevenir riscos e reparar prejuízos.

Dentro dessa perspectiva, assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, de todos e de cada um condição dúplice que também aponta para uma simultânea dimensão defensiva e protetora da dignidade.

Como limite da atividade dos poderes públicos e da própria autonomia privada, a dignidade é algo que pertence necessariamente a cada um e que não pode ser perdido e alienado, pois, se não existisse, não haveria fronteira a ser respeitada; e como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a sua promoção, especialmente criando condições que

---

<sup>50</sup> “(...) é sobretudo nas épocas de freqüentes e aceleradas mutações sociais e econômicas, épocas de perdas e alterações de referências axiológicas, que é dever do intérprete, e especialmente do juiz, escapar à fácil tentação de resolver as questões judiciais tão somente em função de declarações formais, tidas como muito claras, quando devem ser elas situadas no complexo unitário de seus motivos e circunstâncias. Bem visualizar e compreender esse complexo unitário – que inclui, necessariamente a atenção ao contexto e consideração às circunstâncias concretas que envolvem cada ato humano, inclusos os atos negociais, como os contratos – resulta da aplicação do paradigma da conjuntura, expressão cunhada pelo ilustre historiador Fernand Braudel para indicar modelo em virtude do qual as pretensões e os atos humanos devem ser apreciados em função das coordenadas de espaço e tempo. Com efeito, no mais das vezes, as dúvidas sobre a caracterização dos fatos humanos resultam da falta daquele paradigma”. REALE, Miguel; REALE JÚNIOR, Miguel. **Questões atuais de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.125.

possibilitem o pleno exercício e fruição da mesma, que é dependente da ordem comunitária, já que é de perquirir até que ponto é possível o indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita para tanto do concurso do Estado ou da comunidade.

Uma dimensão dúplice da dignidade manifesta-se enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana, vinculada à idéia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência, bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo quando ausente a capacidade de autodeterminação.

Todas as vezes que as regras do ordenamento jurídico fazem alusão a suportes fáticos, em que a vontade seja um dos elementos, admitem elas que esses suportes componham-se ou não, dizendo também até onde se pode querer. A vida social tece-se de interesses, em relações inter-humanas, que necessariamente ultrapassam e ficam aquém da esfera jurídica, isto é, da zona colorida em que fatos se fazem jurídicos, relações nascidas independentemente do direito, tornam-se jurídicas, e relações jurídicas, nascidas no direito se estabelecem. Vive-se, portanto, em ambiente de contínua iniciativa privada. Não sendo possível ao Direito Positivo em sua linguagem prescritiva abranger todas as relações existentes no mundo fático, os sistemas jurídicos apenas colocam no seu mundo parte dessa atividade humana. Ainda assim, não a prendem de todo; e deixam campo de ação, em que a relevância jurídica não implique disciplinação rígida da vida em comum. Já aqui se pode caracterizar o que se passa, em verdade, com os atos humanos interiores ao campo da atividade, a que se chama autonomia da vontade: “é o espaço deixado às vontades, sem se repelirem do jurídico tais vontades”.<sup>51</sup> A autonomia da vontade, dentro do que já foi exposto, não é mais do que o nome que se dá à possibilidade de se fazer elemento nuclear do suporte fático, suficiente para tornar jurídicos atos humanos, a vontade, conforme já delineado anteriormente.

Como salienta Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA, existem algumas limitações às relações fáticas vivenciadas, de modo que

---

<sup>51</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado – parte geral.** Tomo III. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 54.

os sistemas jurídicos não são concebidos como se as pessoas pudessem dar entrada no mundo jurídico a quaisquer fatos. Em verdade, ainda que amplamente, o direito limita a classe dos atos humanos que podem ser juridicizados. Mundo fático e mundo jurídico não são coextensivos. Somente dentro de limites pré-fixados podem as pessoas tornar jurídicos atos humanos e, pois, configurar relações jurídicas e obter eficácia jurídica. A chamada autonomia da vontade não é mais do que ficou às pessoas. Há situações que predeterminam relações jurídicas, sem que as pessoas possam evitá-las, ou modificá-las.<sup>52</sup>

A autonomia da vontade, mais precisamente, a autonomia privada no contrato celebrado numa relação de união estável, relação jurídica concebida a partir de uma realidade fática, versará justamente sobre este aspecto prático da relação negocial entre os companheiros. O que terá de ser verificado, é o que e quais as possibilidades de contratação.

A lei não deixa inteiramente à vontade dos interessados a possibilidade de configurar as relações jurídicas - o artigo 1.725 do Código Civil, no caso específico do objetivo deste trabalho, prevê a estipulação de contrato entre os companheiros, mas o mesmo ficará adstrito às normas gerais do ordenamento jurídico, bem como deve conter-se dentro do sistema de Direito de Família brasileiro. Por vezes, preestabelece regras de modo claro e irremovível, é o caso dos aspectos pessoais da entidade familiar oriunda do casamento ou mesmo da união estável; outras vezes, cria alguns tipos de relações jurídicas, dentre as quais se pode escolher o que convém, é o caso das relações patrimoniais dessas mesmas entidades familiares.

No estudo em tela, em especial quanto à possibilidade de contratação por escrito das regras patrimoniais entre os companheiros, verifica-se que esse desvio da regra geral permitido pela lei pode criar situações especialíssimas.

Por isso, partindo-se da presunção legal de comunhão no que tange ao patrimônio amealhado onerosamente durante a união, a desigualdade na repartição dos bens feita por contrato deve obedecer ao que ordinariamente se exige de qualquer instrumento dessa natureza. Isto é, mesmo que se tenha no contrato a prevalência da liberdade jurídica de contratar, existem limitações que não podem ser ultrapassadas, sob pena de invalidar-se a manifestação volitiva em que se flagrar algum vício na sua formação.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, op. cit., p. 56.

<sup>53</sup> BENCKE, Carlos Alberto. Partilha dos bens na união estável, na união homossexual e no concubinato impuro. **Revista brasileira de direito de família**. v.4, n.14. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2002 p. 33.

### 3.2. LIMITAÇÕES À AUTONOMIA PRIVADA DIANTE DO DIREITO DE FAMÍLIA

Em vista do que foi delineado acima, tem-se, portanto, que a autonomia privada não é um valor em si e, sobretudo, não representa um princípio subtraído ao controle de sua correspondência e funcionalização ao sistema das normas constitucionais. Também o poder de autonomia, nas suas heterogêneas manifestações, é submetido aos juízos de licitude e de valor, através dos quais se determina a compatibilidade entre o ato e atividade de um lado, e o ordenamento globalmente considerado, do outro.

Nesse ínterim, não pode o Estado deixar de cumprir sua permanente função social de proteção à família, sob pena de o próprio Estado desaparecer, cedendo lugar ao caos. “Daí por que a intervenção do Estado na família é fundamental, embora deva preservar os direitos básicos de autonomia. Essa intervenção deve ser sempre protetora”.<sup>54</sup> Desse modo, o Direito de Família, por sua própria natureza, é ordenado por grande número de normas de ordem pública, as quais cogentemente estabelecem proibições e determinação de comportamentos que condigam com a idéia de proteção da entidade familiar.

As normas de ordem pública no direito privado, especificamente no Direito de Família, têm por finalidade limitar a autonomia da vontade e a possibilidade de as partes disporem sobre suas próprias relações jurídicas.<sup>55</sup> A ordem pública resulta, portanto, de normas imperativas, em contraposição às normas supletivas. Isso não significa, contudo que as relações assim ordenadas deixem de ser de direito privado. No Direito de Família, a ordem pública prepondera dispondo as relações pessoais dos cônjuges, relações entre pais e filhos, regimes matrimoniais, celebração e dissolução do casamento etc. Tal se deve ao interesse permanente do Estado no direcionamento da família como sua célula básica, dedicando-lhe especial proteção. Por outro lado, esse ramo também possui normas supletivas que permitem, por exemplo, acordo entre cônjuges na separação a respeito de seu patrimônio.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 24.

<sup>55</sup> “Estando o direito de família centrado num complexo de direitos e deveres, sendo quase todas as normas de caráter imperativo, o papel da vontade é mais restrito. Com freqüência, a vontade limita-se à mera expressão de um consentimento, sem condição ou termo, com todas as conseqüências dessa manifestação expressas em lei, como acontece no casamento, na adoção e no reconhecimento de filiação”. VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 27.

<sup>56</sup> VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 24.

Como será observado na seqüência, as limitações do Direito de Família à autonomia privada atuam de modo diverso em relação à estrutura pessoal - patrimonial desse ramo do Direito, sendo que quanto aos aspectos pessoais os limites são plenamente presentes, enquanto que em relação aos aspectos patrimoniais há uma maior possibilidade de contratação acerca de seus efeitos. Isso justifica-se pelo fato de que, ao passo que os aspectos pessoais das entidades familiares, e no caso do presente trabalho, da união estável, são resultantes de uma proteção à pessoa humana, e como tal, indisponíveis, os aspectos patrimoniais dessas uniões são tratados como elementos de uma relação jurídica contratual entre os conviventes. Desse modo, o contrato realizado pelas pessoas que vivem em união estável a fim de regular sua relação, terá sua origem no princípio da autonomia privada, o qual terá aplicabilidade apenas em relação aos aspectos patrimoniais, haja vista que os efeitos pessoais não poderão ser objeto do contrato em razão da proteção do Estado aos membros da entidade familiar.

## 4. UNIÃO ESTÁVEL

### 4.1. A IMPORTÂNCIA DAS SITUAÇÕES DE FATO PERANTE O DIREITO

Por várias vezes o direito positivo ao entrar em vigência já o entra de modo a não abarcar a realidade social; isso porque no mundo fático as mudanças ocorrem naturalmente mais velozes que no ordenamento jurídico. Nesse contexto, Nágliá Maria Sales BRITO, comenta que

o Direito se prende à idéia de adaptação social, do homem a si próprio e ao meio em que vive (criação de um mundo cultural ao lado do físico). Não há direito dissociado da sociedade! Vale, então, a conclusão: o Direito existe para pacificar e disciplinar a vida em sociedade e, por outro lado, tem de espelhar as necessidades dessa sociedade, que lhe incumbe regular.<sup>57</sup>

Nessa linha de raciocínio, tem-se que os valores jurídicos e as próprias normas são criados de modo a representar as aspirações sociais, não se tratando apenas de criações abstratas.

Outro ponto importante a ser lembrado, é que algumas situações fáticas surgem como irrelevantes para o ordenamento jurídico, uma vez que não previstas pelo mesmo. Contudo, salienta a professora Carmem Lúcia Silveira RAMOS, tais situações não se confundem com aquelas que reputadas como contrárias ao direito, portanto, ilícitas.<sup>58</sup>

A principal questão a ser observada é qual o momento e de que maneira essas situações não contempladas como jurídicas pelo ordenamento tornam-se relevantes na realidade social e passam, quase que de modo compulsório, a surtir efeitos jurídicos. Primeiramente, tal trabalho é realizado pela jurisprudência, a quem cabe interpretar a regra positiva de forma a ensejar uma real aplicabilidade normativa no plano fático. Assim o foi com as relações de fato entre o homem e mulher, partindo-se de efeitos atribuídos ao concubinato e chegando-se à figura familiar da união estável, como será delineado na seqüência. O fato que antes era deixado à margem do direito passa a ser recepcionado pelo mesmo a partir de uma dada interpretação, cuja eficácia resulta na busca de alguma moldura jurídica que seja capaz de envolvê-lo e tornar possível sua existência jurídica. No caso do estudo

---

<sup>57</sup> BRITO, Nágliá Maria Sales. Efeitos do reconhecimento da união estável. **Revista brasileira de direito de família**. v.2, n.6. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2000, p. 70.

<sup>58</sup> RAMOS, Carmem Lucia Silveira, op. cit, p. 22.

ora realizado, pode-se observar que as uniões de fato entre homem e mulher num dado momento histórico não tinham quaisquer direitos a elas relacionados, e na seqüência passaram a receber proteção do direito a partir de uma interpretação jurisprudencial e doutrinária que as colocara como situações fáticas de Direito Obrigacional.

Ocorre que, em certo momento o próprio direito acaba por recepcionar a situação fática. Melhor dizendo, não será através de métodos interpretativos que buscar-se-á moldura jurídica para o fato, mas sim o próprio sistema normativo positivo passa a regular determinada situa fática a partir de dados. Nesse sentido, afirmou Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA, que “o mundo jurídico não é mais do que o mundo dos fatos jurídicos, isto é, daqueles suportes fáticos que logram entrar no mundo jurídico”.<sup>59</sup>

Assim ocorreu com a hoje denominada união estável, reconhecida pelo direito positivo como entidade familiar e protegida tanto em seus aspectos pessoais quanto em seus aspectos patrimoniais.

O fato de serem atribuídos efeitos jurídicos a situações fáticas não recepcionadas pelo ordenamento jurídico decorre da constatação de ser dita situação suficientemente capaz de ensejar conseqüências de alguma natureza no plano social em que se manifesta.

Interessante é a observação que faz a professora Carmem Lúcia Silveira RAMOS, ao mencionar que pode ocorrer de uma dada situação fática ser jurisdicizada e outra análoga não ter o mesmo tratamento:

Além disto, pode ocorrer que, jurisdicizada uma determinada situação, continue a subsistir, paralelamente a ela, uma outra situação de fato, que cumpre função em algum nível análoga à da relação jurídica agora reconhecida pelo sistema, à qual também se acaba por atribuir juridicidade, e assim sucessivamente.

Estas realidades podem apresentar-se, e muitas vezes se apresentam, com aparência de uma situação de direito, conforme tem sido destacado pela doutrina, ainda que observando-as a partir de ângulos diversificados.<sup>60</sup>

Tal observação parece ser bastante condizente com a realidade do Código Civil Brasileiro vigente, na medida em que algumas uniões de fato entre homem e mulher (união estável) são protegidas pelo Direito de Família, enquanto que outras

---

<sup>59</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado – bens**. Tomo II. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 183.

<sup>60</sup> RAMOS, Carmem Lucia Silveira, op. cit., p. 25.

(concupinato) terão de buscar uma moldura jurídica em nosso ordenamento para que possam ter seus efeitos reconhecidos, a qual ao que parece será buscada no Direito das Obrigações. Na seqüência será trabalhada essa distinção trazida pelo novo Código Civil, uma vez que antes da edição do mesmo, caminhava a jurisprudência mais moderna rumo a um tratamento de ambas as uniões como relações de família, calcada tal linha de raciocínio na Constituição Federal, em seus princípios, especialmente, no princípio da dignidade da pessoa humana.

#### 4.2. CONSTRUÇÃO SOCIAL: DO CONCUBINATO À UNIÃO ESTÁVEL

As uniões de fato entre homem e mulher há muito existem no mundo fático, contudo, no decorrer da história essas uniões ao serem recepcionadas pelo direito foram tomando formas e passaram a ser concebidas de diferentes maneiras em cada período social. Como mencionado acima, as situações fáticas antes de serem incluídas sob determinadas regras específicas no plano do direito positivo, acabam por adentrar ao mundo jurídico através de uma dada interpretação. Desta sorte, como será visto na seqüência, as uniões de fato assumiram formas específicas, admitidas pelo direito em cada momento histórico.

De maneira bastante esclarecedora, Gustavo TEPEDINO<sup>61</sup>, vislumbra que a evolução da doutrina e da jurisprudência, bem como da própria legislação acerca das entidades familiares extramatrimoniais, entenda-se uniões de fato entre homem e mulher, no Brasil, deu-se em três fases: i) o concubinato, tido como relação adúltera, sofreu completa rejeição no âmbito do direito de família, a ponto de Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA, afirmar que “o concubinato não constitui, no direito brasileiro, instituição de direito de família. A maternidade e a paternidade ilegítimas o são. Isso não quer dizer que o direito de família e outros ramos do direito civil não se interessem pelo fato de existir, socialmente, o concubinato”.<sup>62</sup>

Contudo, como verifica-se no trecho anotado, ressalva-se a idéia de que mesmo não sendo instituto de direito de família, o direito deve interessar-se por tais

---

<sup>61</sup> TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 329.

<sup>62</sup> VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p.35.

relações, culminando assim com a sua assimilação pela jurisprudência no âmbito do direito obrigacional, em razão da teoria do enriquecimento sem causa; ii) num segundo momento, a legislação passa a ter uma tendência de incluir o concubinato no âmbito do Direito de Família, a partir do momento que passa a regular efeitos na esfera assistencial, previdenciária, locatícia, dentre outras. Todavia, a concepção da relação de fato naquele momento social, é aquele concubinato oriundo de relações não adulterinas; iii) já na terceira fase, há expressa inclusão das relações de fato no âmbito do direito de família ao ter a Constituição garantido proteção à união estável entre homem e mulher, como entidade familiar.

O concubinato, tido como relação adulterina, durante muito tempo esteve à margem do ordenamento jurídico, bem como do entendimento jurisprudencial acerca de sua natureza familiar.<sup>63</sup> Sustenta Gustavo TEPEDINO que:

tamanha hostilidade, contudo, num país onde mais da metade da população vivia e vive sob regime de união livre, não se justificava, senão por preceitos religiosos, sendo certo que o desfavor legislativo era dirigido exclusivamente ao concubinato contemporâneo à relação matrimonial, não já se estendendo à uniões formadas por parceiros sem impedimento legal para o casamento.<sup>64</sup>

Assim, entendia-se que indevidamente toda união de fato ficara prejudicada em termos de regulamentação de efeitos jurídicos, sendo que em verdade, a intenção do legislador era tão somente a de não contemplar aquelas uniões que estiverem constituídas por pessoas que fossem impedidas de casar.

Diante de tal situação começa-se a desenhar no cenário jurídico jurisprudencial e doutrinário, por volta dos anos 50, uma distinção entre concubinato puro (como sendo união livre e estável de homem e mulher desimpedidos) e concubinato impuro (adulterino ou incestuoso). Clito FORNACIARI JUNIOR, aduz que:

Convocada a se pronunciar, a Justiça não reconhecia nenhum direito aos companheiros quando a união era entre pessoas impedimentos para se casarem. Muitas mulheres *traídas* sentiram-se reconfortadas pelo fato de ficarem com bens que *a outra* colaborara para adquirir, mas que haviam sido escriturados em nome do varão. As antigas *amantes*, desenhadas

---

<sup>63</sup> Conferir o voto do Min. Hahnemann Guimarães. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma, 2. Recurso Extraordinário n.º 7.182/47. "A ordem jurídica ignora avisadamente, a existência do concubinato, da união livre; (...) São situações que não têm relevância jurídica, mas isto não impediria que se pagassem, que se entendessem devidos à concubina honorários pela prestação de serviços".

<sup>64</sup> TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 330.

como mulheres fatais, eram mesmo que punidas por terem induzido aqueles honrados chefes de família ao adultério.

Quando, no entanto, não se apresentavam impedimentos matrimoniais, até que eram reconhecidos direitos ao companheiro, mas desde que ficasse provado que a mulher ou o homem em nome de quem estavam escriturados os bens contribuíra financeiramente para a aquisição dos mesmos.<sup>65</sup>

Álvaro Villaça AZEVEDO<sup>66</sup>, leciona que o concubinato puro seria aquele oriundo da união de fato de um homem e uma mulher que não fossem impedidos de casar, sendo assim, não haveria detrimento da família matrimonial, entendida por esse autor como legítima. Já o concubinato impuro, seria aquela relação que fosse constituída por quem estaria impedido de casar, ou em razão de já ser casado (caso de adultério) ou por questões de parentesco (caso de incesto), e ainda acrescenta-se um caso de concubinato impuro desleal, quando a pessoa já mantém uma dada relação de fato como outrem e vem a constituir nova relação.

Verifica-se então, que a doutrina e a jurisprudência passam a reconhecer efeitos para as uniões concubinárias puras, tidas como relações de vida em comum, honradas e estáveis. Todavia, tais efeitos seriam apenas os patrimoniais, ou seja, em face da teoria do enriquecimento sem causa, as relações concubinárias puras passam a ser tratadas como sociedades de fato e terem respaldo jurídico no Direito das Obrigações. Desse modo, desde que comprovado o esforço comum – seja em relação ao acréscimo patrimonial ou em relação a um bem-estar pessoal de um companheiro para com o outro – haveria uma consequência patrimonial resultante da união.

Como salienta Carmem Lucia Silveira RAMOS<sup>67</sup>, tais direitos acabaram por reconhecidos a partir de recursos hermenêuticos aplicados sobre normas já existentes no direito positivo vigente, de modo demonstrar a completude, fictícia, do ordenamento jurídico.

O Supremo Tribunal Federal<sup>68</sup>, de modo a coadunar com a tendência daquele momento histórico-social, realçava que os efeitos patrimoniais decorrentes das uniões decorriam das relações obrigacionais criadas pelas mesmas, seja pela

---

<sup>65</sup> FORNACIARI JUNIOR, Clito. Concubinato: uma evolução que a lei não ajudou. **Revista brasileira de direito de família**. v.1, n.4. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2000, p. 14.

<sup>66</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001, p. 211.

<sup>67</sup> RAMOS, Carmem Lucia Silveira, op. cit., p. 90.

<sup>68</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma, 2. Acórdão 104/290, tendo como relator o Min. Moreira Alves, em que se lê: "A sociedade de fato se situa no terreno do direito das obrigações, razão por que não dão margem a ela aspectos pessoais e espirituais da convivência *more uxorio*".

formação de uma sociedade de fato ao intentar-se esforços comuns para constituição de um patrimônio, seja pela simples prestação de serviços domésticos.<sup>69</sup> Essa primeira fase, pode ser caracterizada pelo enunciado da Súmula n.º 380 do Supremo Tribunal Federal: “Comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”

Em uma segunda etapa dessa evolução, inicia-se um movimento jurisprudencial e legislativo de modo a reconhecer efeitos do Direito de Família a tais relações, ainda que não explicitamente. Nesse momento, não só os efeitos patrimoniais importam nas relações de fato, pois as figuras do afeto e da solidariedade passam a fazer parte da nova concepção da união concubinária. Assim, vários direitos assistenciais, previdenciários e indenizações por acidente de trabalho passam a ser reconhecidos à concubina<sup>70</sup>. Como acentua Gustavo TEPEDINO, “(...) essa significativa alteração na política legislativa, é fundamental para que se perceba a fase seguinte, da absorção constitucional dos valores sedimentados na sociedade dos anos 70”.<sup>71</sup>

Contudo, a jurisprudência manteve uma separação no reconhecimento dos efeitos patrimoniais, os quais estariam atrelados tão somente ao fato da existência de uma sociedade mantenedora de esforços comum, ligada assim ao Direito das Obrigações, e aqueles direitos de natureza familiar, caracterizados pela solidariedade e pela vida em comum dos companheiros. Assim, ficara nítida a posição da jurisprudência em considerar figuras distintas a sociedade de fato e a união estável, sendo esta albergada por alguns efeitos de natureza familiar e aquela tão somente pelo direito obrigacional, podendo haver as duas formas de relação concomitantemente, ou haver uma sem a presença de outra.

A partir das concepções surgidas no decorrer das mudanças sociais, na prática, direcionou-se a construção de um novo modelo de relações familiares.<sup>72</sup> A partir de então, compreende-se a disposição constante do art. 226, § 3º da Constituição de 1988. Há a inclusão da união estável entre homem e mulher como

---

<sup>69</sup> TEPEDINO, Gustavo, op. Cit., p. 332.

<sup>70</sup> Encontra-se na doutrina Maria Helena DINIZ um rol enumerativo de vários direitos conferidos aos companheiros. DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. Direito de família**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2002, p.331 e ss.

<sup>71</sup> TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 334.

<sup>72</sup> RAMOS, Carmem Lucia Silveira, op. cit, p. 92.

entidade familiar. “O deslocamento dessas relações do Direito das Obrigações para o Direito de Família, é de extrema importância, pois altera a *ratio* do instituto jurídico, determinando que a ele sejam aplicadas as regras pertinentes ao Direito de Família”.<sup>73</sup>

Verifica-se nesse preceito constitucional, que não há definição do que seja união estável, e mais, não determina quais uniões de fato serão dignas da proteção estatal, prevendo apenas um elemento fático: a estabilidade. Chegou-se a afirmar que “Não se pode concluir, de forma absoluta, com base no artigo da Carta, que as uniões estáveis ali albergadas sejam somente aquelas formadas por pessoas desimpedidas de casar”.<sup>74</sup>

Dessa maneira, surgiram duas vertentes interpretativas acerca do referido preceito constitucional: i) a primeira voltada para a proteção da família matrimonializada, no sentido de entender que somente haveria união estável entre homem e mulher desimpedidos de casar, aduzindo-se que tal interpretação não poderia ser diferente à luz do princípio da monogamia existente em nosso ordenamento jurídico.<sup>75</sup> ii) já pela segunda vertente, a Constituição não limitou a união estável a elementos legal-formais para sua caracterização, bem assim o fez por tratarem-se de relações existentes sem as formalidades do casamento, ao contrário deste que é um negócio jurídico, as uniões são fatos jurídicos decorrentes da afetividade e da solidariedade; dessa forma, pelo princípio da dignidade da pessoa humana não se pode limitar o conceito de união estável às uniões de fato de pessoas desimpedidas de casar, pois trata-se de “realidades sócio-afetivas”.<sup>76</sup>

A primeira vertente interpretativa, calcando-se no princípio da monogamia, entendeu, e ainda entende, que apesar de a Constituição não ter definido expressamente união estável, limitou-a à relação não adúlterina ao mencionar “um homem e uma mulher”, com emprego de artigo definido singular, o que veda a existência simultânea de relações familiares.<sup>77</sup> Ainda, sustenta-se que deve haver um tratamento diferenciado para situações diversas, quais sejam: a união entre

---

<sup>73</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia, op. cit., p. 298.

<sup>74</sup> CZAJKOWSKI, Rainer. **Famílias informais**: possibilidades e limites normativos. 1995. Dissertação. f 144. (Mestrado no Curso de Pós-Graduação em Direito). Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, p. 28.

<sup>75</sup> Neste sentido, OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União estável: do concubinato ao casamento**: antes e depois do novo código civil. 6. ed. São Paulo: Método, 2003, p.139.

<sup>76</sup> Neste sentido, RAMOS, Carmem Lucia Silveira, op. cit., p. 40.

<sup>77</sup> OLIVEIRA, Euclides Benedito de, op. cit., p.139.

pessoas desimpedidas de casar e a união adúltera. Isso em razão de uma moralidade. Nesse sentido, escreve Rodrigo da Cunha PEREIRA que,

A importância dessa distinção está em manter coerência em nosso ordenamento jurídico com o princípio da monogamia. Se assim não o fizéssemos, estaríamos destruindo um princípio ordenador da sociedade. Todo o Direito de Família está organizado em torno desse princípio, que funciona, também, como ponto-chave das conexões morais.<sup>78</sup>

No âmbito da jurisprudência, podem-se encontrar julgados que primam pela distinção entre união estável e relações adúlteras, incestuosas ou desleais, sendo que neste último caso, no máximo podem ser reconhecidos efeitos patrimoniais, contudo, não decorrentes de relação familiar, mas sim sociedade obrigacional de fato.<sup>79</sup>

De outro lado, entende-se que as uniões estáveis, tidas como situações de fato oriundas de uma opção ideológica consciente contra o sistema vigente, ou ainda, como mera ocorrência na realidade histórico-social, devem merecer tratamento jurídico digno, pois todas têm em comum elementos fáticos que as caracterizam como família: a estabilidade, a continuidade do relacionamento, sendo “identificadas tomando em consideração a qualidade e a intensidade das relações interpessoais nelas envolvidas”.<sup>80</sup> Nesse contexto, chega-se a mencionar, em analogia à figura do casamento putativo, uma união estável putativa, caso em que um dos companheiros, na maioria das vezes a mulher, contrai de boa-fé o relacionamento sem saber do impedimento matrimonial do homem.

Mais uma vez, invocando os ensinamentos de Carmem Lucia Silveira RAMOS, tem-se que,

(...) é possível sustentar que, caracterizada a família sem casamento por uma insubordinação às normas do direito posto em matéria de uniões matrimoniais, independe do motivo que tenha levado à inobservância das regras contidas no texto positivado, o reconhecimento de dignidade jurídica a estas situações, isto é, sua jurisdicação, não poderia importar em sua

---

<sup>78</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável, In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e novo código civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 263.

<sup>79</sup> “A união estável é entidade familiar e o nosso ordenamento jurídico sujeita-se ao princípio da monogamia, não sendo possível juridicamente reconhecer uniões estáveis paralelas, até porque a própria recorrente reconheceu em outra ação que o varão mantinha com outra mulher uma união estável, que foi juridicamente declarada. Diante disso, o seu relacionamento com o *de cujus* teve cunho meramente concubinário, capaz de agasalhar uma sociedade de fato, protegida pela Súmula n.º 380 do STF”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. C. Cível, 7. AC70001494236. Relator Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, DOERS 14/02/2001.

<sup>80</sup> RAMOS, Carmem Lucia Silveira, op. cit., p. 43.

submissão a uma regulamentação legal, devendo significar apenas a recepção da realidade em si mesma considerada, atribuindo-lhe efeitos de direito.<sup>81</sup>

Sustenta-se que<sup>82</sup>, apesar de vigente o princípio da monogamia em nosso ordenamento, existem situações de fato que justificam a possibilidade de uma mesma pessoa possuir duas famílias, pois trata-se de relações de afeto que antes de serem consideradas como espúrias são constituídas de uma convivência de boa-fé e solidariedade. Na doutrina, Luiz Edson FACHIN ensina que,

em momento algum pode o Direito fechar-se feito fortaleza para repudiar ou discriminar. O medievo jurídico deve sucumbir à visão mais abrangente da realidade, examinando e debatendo os diversos aspectos jurídicos que emergem das parcerias de convívio e de afeto. Esse é um ponto de partida para desatar *nós* que ignoram os fatos e desconhecem o sentido de refúgio qualificado prioritariamente pelo compromisso socioafetivo.<sup>83</sup>

Esta segunda vertente interpretativa, no âmbito da jurisprudência tem reconhecido que a união estável constante da Constituição não faz qualquer distinção entre concubinato puro ou impuro, decidindo assim por aplicar normas de Direito de Família para relações estáveis em que fique comprovado o afeto.<sup>84</sup> Ainda, em acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a Presidenta Des. Maria Berenice Dias, elocubra que nem a Constituição nem a legislação vigente, fazem qualquer distinção a respeito do estado civil dos companheiros, ou estabelecem dever de fidelidade ou exclusividade para o reconhecimento da união estável. Conclui entendendo que o chamado concubinato adulterino ou impuro jamais deixou de albergar-se no conceito legal de união estável.<sup>85</sup> Ainda no plano jurisprudencial, encontra-se no STJ julgado sobre a situação em tela<sup>86</sup>, cuja decisão chega à conclusão de que: a) trata-se de reconhecimento de entidades familiares simultâneas (refere-se a “duas famílias”), não podendo ter havido a fundamentação

<sup>81</sup> RAMOS, Carmem Lucia Silveira, op. cit., p. 50.

<sup>82</sup> BENCKE, Carlos Alberto. Partilha dos bens na união estável, na união homossexual e no concubinato impuro. **Revista brasileira de direito de família**. v.4, n.14. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2002 p. 27.

<sup>83</sup> FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo, In: BARRETO, Vicente (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 114.

<sup>84</sup> Em acórdão da lavra do Min. BARROS MONTEIRO, decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça, por maioria, que “segundo a jurisprudência do STJ, é admissível a pretensão de dissolver a sociedade de fato, ainda que um dos concubinos seja casado”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1951157/ES, J. 29/05/2000, DJ 29/05/2000.

<sup>85</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. C. Cível, 7. AC 598.510.519 – Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, J. 19/05/1999.

<sup>86</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 100.888/BA, DJ 12/03/2001.

infraconstitucional referida (Código Civil), como “regra protetora da família”, o que supõe a exclusão de uma das duas; b) se são duas famílias, não pode uma ser legítima e outra “concubinária” pois ambas estariam sob proteção constitucional, sobretudo pelo fato de haver afetividade, estabilidade (coexistência duradoura) e ostensibilidade (prole); c) as normas infraconstitucionais, que vedam o adultério – com tendência ao desaparecimento, conforme evolução do direito – devem ser interpretadas em conformidade com as normas constitucionais, ou seja, não excluem essas uniões com entidades familiares e têm finalidade distinta, no plano civil ( causa de separação judicial) e criminal ( em forte desuso).

Diante dessas duas concepções acerca do artigo 226, §3º da Constituição Federal, observa-se que definitivamente união de fato entre homem e mulher desimpedidos de casar, de maneira unânime na doutrina e na jurisprudência, passa a ser considerada como união estável (entidade familiar) e em conseqüência seus efeitos existem nas esferas patrimonial e pessoal do Direito de Família. Já as relações de fato entre homem e mulher que por algum motivo estariam impedidos de casar, dividem opiniões sobre a sua natureza, ora como união estável e ora como concubinato impuro, cujas conseqüências práticas resultam no fato de que no primeiro caso, seriam aplicadas as regras de Direito de Família, e no segundo, regras de Direito Obrigacional. Contudo, vinha-se caminhando no sentido de, face ao princípio da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da própria existência fática da relação socioafetiva, admitir-se que tais relações deveriam ser albergadas pelas normas de Direito de Família.

Outra situação que também ocasionou posicionamentos divergentes, aduzida por Gustavo TEPEDINO<sup>87</sup>, é o fato de saber se o dispositivo constitucional já mencionado produziria efeitos imediatos ou se dependeria da produção de normas pelo legislador ordinário.

Assim, de acordo com o referido autor, por uma primeira corrente, tendo a Constituição assimilado as relações familiares de fato à família matrimonializada, os efeitos desta devem ser estendidos àquelas imediatamente.<sup>88</sup> Desta sorte, o que

---

<sup>87</sup> TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 338.

<sup>88</sup> Em que pesem decisões em sentido contrário, muitos julgados entenderam o art. 226, §3º, CF auto-aplicável, conferindo àqueles que viviam em união estável direitos que anteriormente só eram conferidos aos casados, como o direito a alimentos e direitos sucessórios. Para exemplificar: “Alimentos x União estável rompida antes do advento da Lei 8.971 de 29/12/1994. A união duradoura entre homem e mulher, com o propósito de estabelecer uma vida em comum, pode determinar a

antes denominava-se de concubinato, produzindo apenas efeitos patrimoniais em decorrência de ser sociedade de fato com fulcro em regras de Direito Obrigacional, passa ao patamar da união estável, entidade familiar, e como tal deve receber a proteção do Estado, no sentido de lhes serem aplicadas as regras do Direito de Família vigentes em nosso ordenamento.<sup>89</sup>

Noutro pólo interpretativo, vislumbra-se que a norma constitucional não cria o direito subjetivo imediatamente, mas sim, ordena que o legislador ordinário edite normatização acerca da união estável. Dessa forma, não há equiparação da união estável ao casamento; ambas instituições são consideradas como formas de constituição de entidade familiar, dignas, portanto, da proteção estatal. Contudo, as regras aplicáveis a cada uma dessas situações não são e nem podem ser as mesmas, ao passo que a união estável surge de um fato, é assim um fato jurídico, e o casamento nasce de um ato solene, sendo um negócio jurídico.

Na seqüência da evolução do tratamento dado às uniões de fato, aqui trabalhada, edita-se em 29 de dezembro de 1994, a Lei 8.971, a qual regulou o direito de alimentos, à sucessão e implicitamente à meação. Nesse diploma legal, verifica-se que existe além do elemento fático durabilidade, a exigência de requisitos

---

obrigação de prestar alimentos ao companheiro necessitado, uma vez que o dever de solidariedade não decorre exclusivamente do casamento, mas também da relação do laço familiar”, Resp. 102.819-RJ, julgado pela 4ª Turma do STJ em 23/11/1998, relator Min. Barros Monteiro, DJU 12/04/1999. O Exmo. Ministro Barros Monteiro, ao proferir seu voto, argumentou: “A união estável entre o homem e a mulher foi reconhecida para efeito de proteção do Estado, como entidade familiar (CF, art. 226, §3º). Há que se considerar, porém, que determinadas normas pertinentes à relação familiar, a despeito de se dirigirem também aos cônjuges, são, antes de tudo, informadas pela solidariedade que advém da convivência familiar. É o que se dá exemplificativamente, como lembra o Prof. Gustavo TEPEDINO, com a legislação relativa à previdência social e à legislação infortunistica “marcada pelo dever do Estado em se sub-rogar como artífice do conforto familiar”, assim como também o direito de a companheira prosseguir no contrato de locação, que tem em mira a garantia da moradia do locatário no seu núcleo familiar, pouco importando a forma de constituição de sua família”. (Novas formas de entidades familiares ..., p. 341). Com respeito à pensão alimentícia, o ilustre jurista lembra que não se trata de um efeito próprio do casamento, para concluir em seguida que: “O dever de alimentos nascendo com o casamento, é informado pela solidariedade mútua que se estabelece na vida em comum, não sendo lícito excluir, por isso mesmo, da união estável a possibilidade de gerar tais efeitos, uma vez demonstrada a solidariedade e o respeito inculpidos na vida dos companheiros, ao longo dos anos” (Idem. Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 88, v.767, p. 199, set. 1999). Quanto aos direitos sucessórios, vale citar: “Família. União estável. I – Usufruto assegurado à companheira sobrevivente. II – Recurso especial não reconhecido”, Resp. 97.552 – RS, julgado pela 3ª T. do STJ em 11 de abril de 2000, relator Min. Ari Pargendler, DJU 15/05/2000. Trata-se de sucessão aberta em 1991. O Exmo. Ministro Ari Pargendler, ao proferir seu voto e referindo-se especificamente ao acórdão acima transcrito, sobre o direito aos alimentos entre concubinos antes do advento da lei 8.971/94, assim argumentou: “Nessa linha, a companheira podia, sim, reclamar a aplicação do art. 1611, do CC antes mesmo da lei 8.971, de 1994...”. (LEX – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais, a. 12, n. 132, p. 75, ago. 2000).

<sup>89</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Acórdão da 1ª Turma da 2ª Câmara. Apelação Cível n.º 32.341/188. Pelo qual a companheira foi considerada herdeira do *de cujus*.

legais para a constituição da união estável, ou seja, o artigo 1º fala em “(...) companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo ...”. Já em 10 de maio de 1996, edita-se a Lei 9.278, a fim de regular o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, pelo qual observa-se que não mais se exige elementos legais para a constituição da união estável, mas tão somente que a relação seja duradoura, pública, contínua e com intuito de constituir família. Assim, coaduna-se com a vertente interpretativa mencionada antes, segundo a qual não haveria a necessidade de desimpedimentos matrimoniais para a constituição da união estável. Contudo, por outro lado, doutrinadores da outra corrente sustentam que ao se estabelecer no art. 2º da referida lei o dever de respeito e consideração mútuos, não haveria de se considerar relações adulterinas como união estável.

Discussões à parte, o fato é que tais relações existem na realidade fática e não podem ser deixadas à margem do Direito de Família, pois em vários casos, acabam por revestirem-se de elementos de afeto e solidariedade, bem como de econômicos, mais sólidos do que na própria família matrimonializada.

Com a edição do Código Civil de 2002, veio à tona novamente a discussão acima anotada, a qual já parecia perder forças em face das recentes decisões judiciais que reconheciam efeitos do Direito de Família às uniões de fato entre pessoas impedidas de casarem-se, ou com uniões paralelas. Para o Código Civil, união estável é a união formada por homem e mulher, “configurada na convivência pública, contínua e duradoura, e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”<sup>90</sup> Pelo § 1º do artigo 1.723 do Código Civil, exigem-se requisitos formais / legais para a constituição da união estável<sup>91</sup>, o que para parte da doutrina representa um retrocesso legislativo e social, na medida em que, conforme demonstrado, já se reconheciam efeitos pessoais e patrimoniais às relações de fato de homem e mulher impedidos de casar. No entanto, para outra parte da doutrina<sup>92</sup>, esse dispositivo veio a sacramentar toda a evolução social do tema, haja vista que em momento algum foi intenção do legislador legitimar relações adulterinas, incestuosas ou desleais. Nesse sentido, afirmou-se que “Ou abolimos a monogamia

---

<sup>90</sup> Art. 1.723, do Código Civil.

<sup>91</sup> “A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”.

<sup>92</sup> Nesse sentido: PEREIRA, Rodrigo da Cunha, op. cit., p. 263. OLIVEIRA, Euclides Benedito de, op. cit., p.103.

ou negamos eficácia aos relacionamentos adulterinos ou paralelos, sob pena de instalarmos insegurança jurídica, que deve ser evitada a todo custo.”<sup>93</sup>

Assim, no Código Civil de 2002, fica clara a opção legislativa de distinção entre as figuras do concubinato puro e concubinato impuro, definindo o primeiro como união estável, digno de proteção como instituto do Direito de Família, e o segundo como simplesmente concubinato, cujos efeitos parecem estar fora do alcance do Direito de Família, aplicando-se a tal espécie as teorias da sociedade de fato e do enriquecimento sem causa. E em assim sendo, o tratamento ao concubinato do Código Civil parece que ainda será o atribuído à sociedade de fato considerada na Súmula n.º 380 do STF como um patrimônio em co-propriedade a ser partilhado quando da extinção da união irregular, tal qual se dá nas relações societárias em que a conjugação de esforços tem por finalidade a obtenção de bens patrimoniais que pertencerão à todos os co-participantes. Até mesmo os cuidados domésticos dedicados à vida concubinária são considerados tão somente mão-de-obra a ser indenizada como forma de mitigação da exploração econômica por parte dos sucessores legalmente contemplados, evitando-se por um mínimo que seja o injusto locupletamento. Tal posicionamento encontra-se latente em Acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, datado de 23/08/2005 e publicado em 09/09/2005, ao ser mencionado na fundamentação da decisão que os direitos conferidos à concubina são oriundos de uma sociedade de fato, portanto, regidos pelo Direito das Obrigações.<sup>94</sup>

Nesse ínterim, parece ser condizente com a estrutura do nosso ordenamento jurídico a conclusão a que chega Rodrigo da Cunha PEREIRA no que tange às disposições sobre união estável constante do Código Civil, ao prever que, apesar de existir o princípio da monogamia entre nós, cada situação deverá ser analisada no caso concreto.<sup>95</sup>

---

<sup>93</sup> GARCIA, Marco Túlio Murano. União estável e concubinato no novo código civil. **Revista brasileira de direito de família**. v.5, n.20. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2003 p. 33

<sup>94</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Acórdão de 23/08/2005, publicado em 09/09/2005. Apelação Cível n.º 1.0313.01.019750-4/001. Relator: Desembargador Brandão Teixeira.

<sup>95</sup> “A distinção entre concubinato adulterino e não adulterino, ou seja, entre união estável e concubinato propriamente dito, faz-se necessária não apenas para manter a coerência com o princípio jurídico ordenador da monogamia como também para não fazer injustiça com as mulheres. Explico: a quase totalidade das relações paralelas é tida pelos homens. Muito raramente mulheres constituem ou mantêm, ao contrário dos homens, famílias paralelas ou simultâneas. Às mulheres isto é quase impossível, até mesmo por razões biológicas, pois uma gravidez certamente revelaria o estado de simultaneidade de relações. Aos homens isto é mais fácil e é o que tem acontecido em

### 4.3. CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

Diante da evolução exposta no item anterior, percebe-se que há discussão jurisprudencial e doutrinária acerca de quais as uniões de fato que realmente caracterizam-se como união estável. Para todos, a união entre um homem e uma mulher que não tenham impedimentos para casar ou caso sejam impedidos por já serem casados, mas estejam separados de fato ou judicialmente, é reconhecidamente uma união estável, nos termos do que dispõe o próprio Código Civil.<sup>96</sup> Contudo, a dúvida paira em torno do que o código prevê como sendo mera relação concubinária<sup>97</sup>, estando a mesma desprotegida das regras do Direito de Família, isso em razão de uma proteção ao sistema monogâmico. Como já anotado anteriormente, parte da doutrina e da jurisprudência entende que na medida em que a Constituição não exigiu nenhum requisito legal - formal para a constituição da

---

nossa cultura. Não fazer essa distinção certamente seria privilegiar os homens. Em sentido contrário, poderíamos pensar que essa distinção beneficiaria as mulheres, geralmente as "vítimas" dessa duplicidade de relações. Mas esse raciocínio corre o risco de tornar-se simplista, ou mesmo paternalista, uma vez que permite colocar a mulher no lugar de "vítima" simplesmente porque ela se relaciona com um homem casado. Ora, a relação é constituída por duas pessoas capazes e responsáveis por seus atos. A mulher que opta por relacionar-se com um homem impedido de casar, em razão de já ser casado, deverá responsabilizar-se por sua escolha e suas conseqüências. Sempre haverá aquela mulher – parte economicamente mais fraca – que foi enganada pelo parceiro, o qual não revelou a ela seu verdadeiro estado civil. Mas tais situações devem ser tratadas caso a caso, sem esquecer que todo sujeito deve responder e responsabilizar-se pelos seus atos. Isto significa, em última análise, atribuir à mulher um lugar de sujeito e de responsável pelas suas escolhas.

A distinção entre concubinato e união estável faz-se necessária para aplicar as medidas e conseqüências jurídicas em cada um dos institutos. Os direitos e deveres decorrentes de uma união estável serão buscados no campo do Direito de Família utilizando-se seus marcos teóricos.

O concubinato, assim considerado aquele adulterino ou paralelo ao casamento ou a outra união estável, para manter-se a coerência no ordenamento jurídico brasileiro – já que o Estado não pode dar proteção a mais de uma família ao mesmo tempo – poderá valer-se da teoria das sociedades de fato e, portanto, no campo obrigacional. Esta situação, às vezes, pode significar não fazer justiça. Mas, nos casos concretos, levados à justiça, deverão ser tomados em consideração peculiaridades e desafios de cada situação, e o justo deverá ser a busca dos interesses e dos direitos dos sujeitos e não do objeto da relação. A seguir, veja-se uma decisão do TJRS que, entre o justo e o legal, optou pelo justo, como é possível fazer em cada caso julgado: "Concubinato e casamento. Duplicidade de união afetiva. Efeitos. Caso em que se reconhece que o *de cujus* vivia concomitantemente em estado de união estável com a apelante (inclusive com filiação) e casamento com a apelada. Caso concreto em que, em face da da realidade das vidas, se reconhece direito a concubina a 25% dos bens adquiridos na constância do concubinato. Deram parcial provimento" (Apelação Cível n. 70004306197, 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Des. Rui Portanova, julgado em 27/02/2003)". PEREIRA, Rodrigo da Cunha, op. cit., p. 264 a 266.

<sup>96</sup> Art. 1723, do Código Civil. "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família."

<sup>97</sup> Art. 1727, do Código Civil. "As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato".

união estável, mas tão somente suportes fáticos, a união concubinária como é concebida pelo Código Civil também deve ser abrangida pelo Direito de Família.

Na doutrina de Helder Martinez DAL COL destaca-se que

não é toda e qualquer união entre homem e mulher que poderá ser reconhecida como entidade familiar. De plano, excluem-se do conceito as uniões adulterinas e aquelas que envolvem pessoas proibidas de casar entre si, por impedimentos absolutos, pois, a despeito de preencherem os demais requisitos legais, não poderão se consideradas como convivendo sob a égide da união estável.<sup>98</sup>

Entretanto, sem desmerecer o debate a respeito dessa questão, para os fins os fins buscados neste trabalho, a união estável será abordada segundo o seu conceito legal determinado pelo Código Civil, e em assim sendo, não caberá aqui saber se a distinção por ele estabelecida entre união estável e concubinato é ou não condizente com a realidade social, nos termos do que foi exposto no item anterior.

Nesse sentido, a primeira questão a ser observada no que tange à caracterização da união estável, é que o Código Civil estabelece requisitos de ordem fática e requisitos de ordem legal - formal. Os primeiros constam do artigo 1.723 já citado, quais sejam: a publicidade, a continuidade e a durabilidade de modo a tornar estável a relação, e ainda, coloca um elemento subjetivo, a vontade de constituir família. Nesse mesmo artigo, em seus parágrafos<sup>99</sup>, surgem os requisitos legais – formais para a constituição da união, quais sejam, as mesmas causas que impedem o casamento, com a exceção no caso de as pessoas casadas já estarem separadas de fato ou judicialmente.

Percebe-se nesse autor, a tomada de um posicionamento jurídico positivo acerca da união estável, ou seja, para o mesmo a união estável somente será caracterizada nos termos do que o próprio código estabelece.

Quanto aos requisitos para a existência da união estável, houve momento em que a doutrina<sup>100</sup> vislumbrara a exigência da continuidade das relações sexuais, a ausência de matrimônio válido entre os conviventes, a notoriedade das afeições, a

---

<sup>98</sup> DAL COL, Helder Martinez. Contratos de namoro. **Revista brasileira de direito de família**. v.6, n.23. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2004, p. 128.

<sup>99</sup> (...) §1º “A união estável não se constituirá se ocorrem os impedimentos do art. 1521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”. E § 2º “As causas suspensivas do art. 1523 não impedirão a caracterização da união estável.”

<sup>100</sup> Conferir acerca desses requisitos: DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Direito de família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2002, p. 316 e ss.

honorabilidade entre os parceiros, a fidelidade, a coabitação. Contudo, diante do que o código estabelece, verifica-se que os requisitos de ordem fática estão voltados para a caracterização da estabilidade e assim, são os seguintes: publicidade, continuidade e durabilidade. Desta sorte, não há necessidade de coabitação, relações sexuais entre os conviventes (ao passo que isso acaba sendo uma conseqüência natural da convivência) e, *a priori*, fidelidade. Quanto à esta, contudo, apesar de não haver tal exigência expressamente prevista no ordenamento jurídico, diante do que dispõe o artigo 1.724, do Código Civil,<sup>101</sup> especialmente ao exigir lealdade e respeito entre os companheiros, pode-se vislumbrar ali a necessidade de fidelidade entre os mesmos, mas isso será um efeito da união estável, o que será visto na seqüência.

Adentrando especificamente nos requisitos fáticos, tem-se primeiramente a necessidade da **convivência pública** e notória da relação. Esse requisito traduz-se no fato de que a relação dos companheiros deve ser exposta à sociedade, leia-se, aos grupos sociais dos quais fazem parte, de modo que fique aparente e clara. Assim, relações ocultas, não publicamente assumidas, não podem caracterizar-se como união estável. A publicidade e a notoriedade, portanto, estarão atendidas quando muitas pessoas saibam e tenham conhecimento da relação, não há a necessidade de que toda a sociedade assim conceba. Tal requisito estará atendido quando familiares de ambos os companheiros saibam da relação, quando os colegas de trabalho de ambos também a conheçam, etc.

Outros requisitos que se fazem necessários são a **continuidade** e a **durabilidade**. Será contínua quando não sofrer interrupções prolongadas ou numerosas. Assim, nada impede que por uma discussão entre os companheiros, estes venham a separarem-se por um determinado período e que, logo após, reatem voltando a vivenciar a mesma união estável. O que não se pode, é que haja repentinas e freqüentes separações ou ainda, que a separação se prolongue no tempo e somente após longo período haja uma reconciliação, aí neste último caso poderá ser iniciada uma nova união, mas não aquela que anteriormente houvera sido constituída e rompida na seqüência. Quanto à durabilidade, a principal questão diz respeito ao prazo. Tem-se que duradoura é a relação que se prolonga no tempo,

---

<sup>101</sup> Art. 1.724, do Código Civil. "As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos".

contudo quanto tempo? Inicialmente a Lei 8.971/94, estabelecera um prazo mínimo de cinco anos para que fosse configurada a união; em seguida a Lei 9.278/96 suprimiu tal exigência, mencionando apenas que a convivência deveria ser duradoura, pública e contínua, o que veio a repetir-se no Código Civil de 2002. Ao que parece houve uma opção legislativa pela liberdade interpretativa do Judiciário acerca do que será considerado como duradouro, e em assim sendo, deverá “prevaler o bom senso e a força do conjunto de provas produzidos em cada caso concreto”.<sup>102</sup>

Além desses três requisitos fáticos objetivos, há também outro de ordem subjetiva, a **intenção de constituir família**. Este requisito é de extrema importância, senão o de maior importância, para a caracterização da união estável. Explica-se: muitas relações entre homem e mulher, os conhecidos “namoros”, são imbuídos da durabilidade, da continuidade e da publicidade da relação, contudo, não há entre os namorados uma intenção de viver em família. Veja, podem eles até pensar e terem a intenção de constituir uma família, e normalmente assim o é, no futuro; contudo, no momento presente não vivem como se família fossem. Desta feita, esse requisito de ordem subjetiva de constituir família, traduz-se na necessidade de se viver presentemente com intenção de família, já constituindo família. Deve haver uma programação da vida a dois, e ainda, uma vida regrada no sentido de serem perceptíveis os laços familiares.

Desses requisitos, pode-se concluir que nenhuma relação já nasce estável, mas sim ela torna-se estável.

Como já dito anteriormente, além dos requisitos fáticos mencionados, exige-se também, agora expressamente à luz no novo Código Civil, elementos formais, quais sejam, a inexistência de impedimentos para se casar, nos termos do artigo 1521 já citado. Sofre exceção tal artigo no que tange às pessoas separadas de fato ou judicialmente, na medida em que elas não podem casar, mas podem constituir união estável.

Sendo, portanto, a união estável um fato jurídico, não pode ser constituída por contrato, pois sua existência decorre de um fato, e assim, por mais que exista um contrato dizendo que um homem e uma mulher vivem em união estável, a mesma

---

<sup>102</sup> DAL COL, Helder Martinez, op. cit., p. 133.

verdadeiramente existirá se estiver de fato constituída e moldurada conforme a lei prevê.

#### 4.4. EFEITOS JURÍDICOS CONSTANTES DO CÓDIGO CIVIL

Cabe desde já alertar que os efeitos jurídicos tratados a seguir, serão apenas os constantes do Código Civil no que tange aos aspectos pessoais e patrimoniais da relação entendida pelo próprio legislador como união estável, sem o intuito de esgotar o tema. Desde logo, questões como a possibilidade de reconhecimento de filhos, independentemente de sua origem; a adoção de filho pelos companheiros; a dependência do companheiro para levantamento de valores do autor da herança; a dependência entre companheiros para fins previdenciários; uso do nome do companheiro; o bem de família na união estável, não serão vislumbradas neste trabalho, haja vista que o fim a que o mesmo se destina não necessitará de tal aprofundamento.

Nesse íterim, o presente estudo será restrito aos efeitos constantes da Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, conforme já anotado. Para tanto, se faz necessário ter em mente que, embora seja a união estável oriunda de um fato, à medida que a mesma passa a ser regulamentada e reconhecida pela ordem normativa como entidade familiar, e por conta disso, merecedora de proteção legal, torna-se não mais tão livre e alheia às regras do sistema jurídico, passando sim a fazer parte do mesmo e, portanto, devendo respeitar alguns quesitos, os quais já foram delineados anteriormente. Observação nesse sentido faz Rodrigo da Cunha PEREIRA, ao mencionar que,

Por mais que a união estável seja o espaço do 'não instituído', à medida que é regulamentada, vai ganhando contornos de casamento. Com isso, aos poucos, vai deixando de ser uma 'união livre', como, aliás, muitas vezes denominada, para ser uma união 'amarrada' às regras impostas pelo Estado. Este é um paradoxo com o qual teremos de aprender a conviver: ao mesmo tempo em que não queremos a intervenção do Estado em nossas relações mais íntimas, buscamos sua interferência para lhe dar legitimidade e proteger a parte economicamente mais fraca. Com isso, aqueles que não querem se adequar às formalidades e regras do casamento civil ficam sem alternativa, pois a regulamentação da união estável está cada vez mais próxima à de um casamento formal.<sup>103</sup>

---

<sup>103</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha, op. cit., p. 270.

Desta sorte, uma análise da união estável e de seus efeitos deve levar em consideração a figura do casamento, até por motivo da existência do princípio constitucional da igualdade. O próprio legislador assim o faz ao estabelecer os deveres pessoais entre os cônjuges e entre os companheiros, nos artigos 1.566 e 1.724, do Código Civil, respectivamente. Entretanto, não se deve deixar de mencionar, também, que tais figuras, apesar de ambas serem formas de constituir família, têm natureza jurídica diversa, sendo o casamento negócio jurídico<sup>104</sup> e a união estável fato jurídico. Para uma melhor explanação dessa distinção, vale utilizar-se das lições de Silvio de Salvo VENOSA:

Sob o prisma do direito, o casamento estabelece um vínculo jurídico entre o homem e a mulher, objetivando uma convivência de auxílio e de integração físico-psíquica, além da criação e amparo da prole. Há um sentido ético e moral no casamento, quando não metafísico, que extrapola posições que vêem nele mera regularização de relações sexuais. O casamento amolda-se à noção de negócio jurídico bilateral, na teoria geral dos atos jurídicos. Possui as características de um acordo de vontades que busca efeitos jurídicos. Desse modo, por extensão, o conceito de negócio jurídico bilateral de direito de família é uma especificação do conceito de contrato. Visto o casamento, porém, com um todo extrínseco sob o ponto de vista da vida em comum, direitos e deveres dos cônjuges, assistência recíproca, educação da prole, verifica-se o aspecto institucional, que é muito mais sociológico do que jurídico. O casamento faz com que os cônjuges adiram a uma estrutura jurídica cogente predisposta. Nesse sentido, apresenta-se a conceituação institucional. Trata-se, pois, de negócio complexo, com características de negócio jurídico e de instituição. Simples conceituação como contrato reduz por demais sua compreensão; assim, o casamento-ato, é um negócio jurídico, enquanto que o casamento-estado é uma instituição.

A união estável é fato social e fato jurídico. Essa é a sua natureza. Por outro lado, o casamento é um fato social e um negócio jurídico. Fato jurídico é qualquer acontecimento que gera conseqüências jurídicas.<sup>105</sup>

#### 4.4.1. Aspectos pessoais

Serão vistos aqui os deveres pessoais constantes do artigo 1.724 do Código Civil, bem como serão feitas analogias com demais regras do mesmo ordenamento no intuito de esboçar, ainda que sinteticamente, o conteúdo de cada um dos deveres. Antes de adentrar especificamente nos mesmos, vale lembrar que a primeira manifestação legislativa positiva nacional nesse sentido ocorreu em 1996, com a Lei 9.278, ao enumerar os direitos e deveres dos então denominados conviventes em prol da manutenção de uma vida em comum, a saber, respeito e

---

<sup>104</sup> LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA, José e MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família** – direito matrimonial. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, ap. 121.

<sup>105</sup> VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 40 e 53.

consideração mútuos, assistência moral e material recíproca, guarda, sustento e educação dos filhos comuns. Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o texto positivado passou a estabelecer os deveres pessoais de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos, conforme será delineado a seguir.

**a) Lealdade** - Questão a ser debatida acerca da lealdade é a extensão dessa expressão para fins da união estável, de forma a saber se tal dever corresponde ao dever de fidelidade dos cônjuges. Num primeiro momento, poder-se-ia mencionar que a ausência do termo "fidelidade", face o artigo 1.724 do Código Civil, proporcionaria uma maior liberalização neste sentido. Contudo, pelo mesmo princípio constitucional da igualdade já invocado antes, parece ser juridicamente conveniente uma aproximação de tais deveres (lealdade e fidelidade), uma vez que o que importará será a consequência da falta do cumprimento de tal dever de um cônjuge ou companheiro para com o outro.

Desse modo, tem-se como sinônimos de fidelidade os termos lealdade, honradez, honestidade, integridade, pontualidade, constância, firmeza, perseverança, entre outros. Isso faz com que a lealdade entre os companheiros, deve ser entendida como fidelidade.<sup>106</sup> Entretanto, a falta de tal dever de um para com o outro não significa que tal relação não mais será protegida pelo Direito de Família, mas tão somente que tal descumprimento surtirá efeitos jurídicos.

Sendo verificado o descumprimento do dever de fidelidade na relação matrimonial, conforme o artigo 1.572 do Código Civil, "qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum". Mais uma vez, pelo princípio da isonomia, tal disposição legal também deve ser estendida aos companheiros que vivem em união estável. Surge aí a figura da culpa<sup>107</sup>, o que acarretará diferentes consequências no caso existi-la ou não. O mais importante dessa situação de descumprimento de dever é a consequência jurídica

---

<sup>106</sup> Em sentido contrário ver: CZAJKOWSKI, Rainer. **Famílias informais: possibilidades e limites normativos**. 1995. Dissertação. f 144. (Mestrado no Curso de Pós-Graduação em Direito). Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, p. 56 a 60 .

<sup>107</sup> Existe uma tendência doutrinária moderna em abolir a perquirição de culpa na dissolução do vínculo familiar. Nesse sentido, ver DIAS, Maria Berenice. Da separação e do divórcio, In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e novo código civil**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 85 a 88.

oriunda do mesmo; no que tange aos alimentos (que será objeto de estudo na seqüência, haja vista seu efeito patrimonial), por exemplo, o Código Civil dispõe de forma distinta o direito a alimentos quando a separação ocorre em virtude da falta de um dever ou não, e em assim sendo, para cônjuge ou companheiro que descumpriu o dever de fidelidade o valor dos alimentos é restrito a garantir sua sobrevivência. Desse modo, este se contentará única e exclusivamente com os alimentos indispensáveis à sua sobrevivência, não havendo que se falar, assim, na manutenção do padrão social de vida.<sup>108</sup>

Outra consequência diz respeito ao pedido de indenização por dano moral que pode ser promovido quando restar configurado o descumprimento do dever de fidelidade, visto que ofende de forma expressiva a honra do ofendido.

**b) Respeito:** O dever de respeito mútuo é um dever especial de abstenção em face dos direitos pessoais absolutos do outro, transcreve-se no respeito das liberdades individuais e dos direitos da personalidade do companheiro, tal como do cônjuge. É descumprido quando um dos companheiros atinge a honra ou a imagem do outro com palavras ofensivas ou gestos indecorosos.

O dever de respeito e consideração recíproco consulta mais a dignidade dos companheiros, pois, a lei a eles delega a responsabilidade de qualificá-lo, segundo os valores que compartilhem, sem interferência do Estado-juiz na privacidade e na intimidade, o que ocorre com o dever de fidelidade expressamente dos cônjuges e implicitamente dos companheiros, nos termos do que fora delineado anteriormente.

Isso porque a vida em comum dos companheiros não elimina a personalidade de cada um deles. O dever de respeito abrange a inviolabilidade da vida, da liberdade, da integridade física e psíquica, da honra, do nome, da imagem, da privacidade do outro companheiro. Ressalte-se que não é só um dever de abstenção, ou negativo, porque impõe prestações positivas de defesa de valores comuns, tais como a honra solidária, o bom nome familiar, o patrimônio moral comum.

**c) Assistência:** A mútua assistência inserida no artigo 1.724 do Código Civil envolve aspectos morais e materiais; decorre do princípio da solidariedade familiar.

---

<sup>108</sup> Para tanto ver o teor do artigo 1.694 e § 2º do Código Civil: "(...) §2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia".

A assistência moral refere-se às atenções e cuidados de um companheiro para com o outro, que socialmente se espera daqueles que estão unidos por laços de afetividade e amizade em seu grau mais elevado. Está vinculado à natureza humana de apoio recíproco e de solidariedade, nos momentos bons e nos momentos difíceis. Resulta num conforto moral nas mais diversas situações que a vida pode proporcionar, bem como crises psicológicas e espirituais. Também é o carinho, o apoio, o estímulo ao sucesso na vida emocional e profissional. Esses são os elementos mais fortes do relacionamento no seu cotidiano, cuja falta leva progressivamente à separação, mais do que qualquer outro fato isolado.

Já a assistência material, diz respeito ao provimento dos meios necessários para o sustento da família, de acordo com os rendimentos e as possibilidades econômicas de cada companheiro. A família, como qualquer grupo social, envolve uma gama de necessidades, como alimentação, vestuário, lazer, habitação, educação, saúde. A lei não estabelece, nem seria possível fazê-lo, quais os itens que compõem as necessidades familiares que integram a manutenção econômica. Cabe aos próprios companheiros defini-los, bem como distribuir os encargos entre si. O descumprimento do dever de assistência material converte-o em dever de alimentos, resultando um efeito patrimonial de um dever *a priori* pessoal.

**d) Guarda, sustento e educação dos filhos:** Aqui não se tem propriamente um efeito da união estável, em si mesma considerada, uma vez que tal dever tem relação imediata com a filiação, ou seja, independentemente de existir uma relação familiar (seja casamento ou união estável) entre os pais de um indivíduo, a ambos cabe o dever de criação dos filhos. Esse dever constitui a especificação dos encargos cometidos aos companheiros, relativamente aos filhos comuns. É dever e direito, uma vez que interessa a cada um dos pais a formação, sanidade e convivência dos filhos.

A guarda tem o sentido amplo de direito-dever de convivência familiar, considerada prioridade absoluta da criança (artigo 227 da Constituição Federal), e ainda de manutenção do filho, sob vigilância e amparo, com oposição a terceiros, deveres esses inerentes ao poder familiar (artigo 1.630 do Código Civil). A guarda dos filhos tem relação com a posse dos pais, em conjunto ou isoladamente. Em caso de rompimento, essa relação é exercida em decorrência de seu poder-dever familiar

(poder familiar), que corresponde ao sustento - alimentos materiais indispensáveis à preservação da subsistência e da saúde, bem como os relativos à educação - alimentos de natureza espiritual, imaterial, incluindo não só o ensinamento escolar, como os cuidados com as lições, aprendizado e de formação moral dos filhos.

O sustento relaciona-se com o aspecto material, isto é, as despesas com a sobrevivência adequada e compatível com os rendimentos dos pais, e ainda com saúde, esporte, lazer, cultura e educação dos filhos.

Já a educação, no sentido amplo empregado pelo Código Civil, inclui a cultura e as várias dimensões em que ela se dá na progressiva formação do filho, enquanto estiver sob o poder familiar dos pais. Conforme vislumbra a norma constitucional em seu artigo 205, a educação tem por objetivo o desenvolvimento integral da pessoa, seu preparo para a cidadania e sua qualificação para o trabalho, isto é, visa preparar o indivíduo para as circunstâncias da vida cotidiana. Dá-se a educação na família, na convivência humana, nos espaços sociais e políticos e, sobretudo, na escola. A liberdade dos pais não vai ao ponto de permitir-lhes a introdução de valores que agridam à moral e aos bons costumes adotados pela comunidade ou os que a Constituição prescreve.

O descumprimento desse dever, em face dos filhos, acarreta várias conseqüências: condenação a pagamento de alimentos, substituição da guarda ou até mesmo a perda do poder familiar, e ainda a responsabilidade civil por danos morais em virtude de violação aos direitos da personalidade que se consolidam durante o período de formação da criança e do adolescente.

#### 4.4.2. Aspectos patrimoniais

Em relação aos aspectos patrimoniais da relação familiar oriunda da união estável, serão analisadas as figuras dos alimentos (assistencial-patrimonial), do direito sucessório entre os companheiros e por fim do direito de meação, cuja determinação emerge da própria legislação ou do pacto (contrato) civil existente entre os companheiros.

Inicialmente, pode ser recordado que em 1994, por meio da Lei 8.971, houve no texto positivo a regulamentação dos alimentos, da sucessão e meação entre os

então denominados companheiros. Na seqüência, através da Lei 9.278/96, tais direitos foram reafirmados; e por fim, com o atual Código Civil, os mesmos novamente são previstos, porém com substanciais alterações.<sup>109</sup>

**a) Alimentos:** Há discussões sobre o caráter pessoal e patrimonial da obrigação alimentar, mas muitos doutrinadores sustentam seu caráter pessoal acima do patrimonial, pois, oriunda das relações familiares, devendo ser observado primordialmente seu caráter assistencial. Embora essa figura seja aqui analisada como um aspecto patrimonial da união estável, por assim prescrever o Código Civil em sua estrutura, comunga-se da idéia de que face a finalidade dessa prestação, trata-se a mesma de direito pessoal. Como já citado anteriormente, escrevera de maneira bastante esclarecedora OLIVEIRA e MUNIZ que “o direito a alimentos é, com efeito, um direito não patrimonial. Isso não exclui a patrimonialidade da prestação alimentar. Todavia, o seu fim é um dado não patrimonial: sustento do credor”.<sup>110</sup>

Não será feito aqui um aprofundamento sobre a prestação alimentar, haja vista que o objetivo é tão somente explanar o tratamento dessa obrigação na união estável à luz do Código Civil. A fonte jurídica da obrigação alimentar entre companheiros encontra fundamentos na Constituição Federal, ao reconhecer a união estável como entidade familiar, como já tinham reconhecido os tribunais. Positivamente, a prestação alimentar entre os companheiros encontra guarida no artigo 1.694 do Código Civil, ao dispor “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”, sendo que na seqüência faz-se uma ressalva invocando a figura da culpa, no § 2º do citado artigo: “Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia”. Ainda, pelo artigo 1.707, do mencionado diploma legal, não pode o credor dessa prestação renunciar o direito, sendo portanto, o direito de alimentos insuscetível de cessão, compensação ou penhora.

Como já afirmado anteriormente, e pelo próprio texto legal, a prestação alimentar está adstrita ao binômio necessidade / possibilidade. Assim o é, uma vez

---

<sup>109</sup> Ver no Código Civil, os artigos 1.694 sobre os alimentos, 1.790 sobre a sucessão e 1.725 sobre a meação.

<sup>110</sup> *Apud*: OLIVEIRA, Flávio Luís de, op. cit., p. 15.

que quem necessita da verba alimentícia não só terá de provar sua necessidade material à percepção da mesma, mas também a impossibilidade de prover seu sustento por força própria, tudo isso condicionado à possibilidade de o devedor da prestação poder fornecer tal verba sem que haja prejuízo em seu próprio sustento. A redação do Código Civil vigente no que tange aos alimentos a companheiros veio, na verdade, a consolidar o que já estava consagrado nas Leis 8.971/94 e 9.278/96, bem como doutrina e jurisprudência.

**b) Sucessão hereditária:** Alerta-se que da mesma forma em que foi trabalhada a figura da prestação alimentar, aqui também não será feita uma análise crítica sobre as inovações e/ou retrocessos trazidos pelo Código Civil em relação às leis anteriores que regulavam a matéria da sucessão na união estável. Tampouco será buscado um aprofundamento sobre a correta exegese dos artigos do Código Civil referentes ao tema, a fim de posicionar-se acerca de uma vantagem ou não do companheiro sobre o cônjuge ou vice-versa. Diante do fim buscado por esta pesquisa (trabalhar as possíveis regulamentações contratuais no intuito de excluir a comunhão trazida pelo Código Civil), o tema da sucessão hereditária aqui será colocado apenas a título informativo, sem qualquer pretensão crítica.

Inicialmente, denota-se que, por força dos artigos 1.790 e 1.845 do Código Civil, o companheiro, ao contrário do cônjuge supérstite, não figura como herdeiro necessário, o que acarreta a possibilidade do autor da herança dispor, em testamento, da integralidade de seu patrimônio (artigos 1.845, 1.846, e 1.857), ressalvado, conforme o caso, ao companheiro sobrevivente o direito de meação quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, nos termos do que dispõe o artigo 1.725 do mesmo diploma mencionado, ou do que venha a disciplinar o contrato firmado pelos conviventes.

Pela leitura do *caput* do artigo 1.790 do Código Civil, constata-se a restrição de que a participação do companheiro na sucessão do outro somente incidirá sobre os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Da leitura dos incisos I e II do citado artigo, verifica-se que o companheiro supérstite, quando existir somente filhos comuns, fará jus a uma quota equivalente à que, legalmente, for atribuída a estes filhos e quando existir descendentes só do *de cuius*, ao direito à metade do que couber a cada um destes descendentes. Já o inciso III do mesmo artigo, conferiu ao companheiro o direito a um terço da herança, ou melhor, a um

terço dos bens onerosamente adquiridos na vigência da união estável, quando concorrer com outros parentes sucessíveis. Por fim, o inciso IV, prevê que em não havendo parentes sucessíveis, o companheiro supérstite terá direito à integralidade da herança.

**c) Meação:** À luz da construção jurisprudencial e doutrinária do tratamento jurídico dispensado à união estável, nos termos do que foi exposto anteriormente na seção 4.2., em cada momento histórico houve uma forma de se regulamentar os efeitos patrimoniais da relação de fato, especialmente em relação aos bens adquiridos durante a união.

Pela Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, ainda que vislumbrando tais uniões – sociedades de fato – como circunscritas ao Direito das Obrigações, considerou-se que pelos esforços da companheira na comunhão de vida, em caso de dissolução da união, deveria ela ter direito à partilha dos bens. Para tanto, era preciso esforço comum, e em caso de não ser comprovado dessa maneira, poder-se-ia requerer indenização por serviços prestados.

Em 1994, já sob a égide da Constituição Federal que elevou a figura da união estável ao *status* de entidade familiar, é editada a Lei 8.971, prescrevendo regras acerca dos alimentos e da sucessão entre os companheiros, entretanto, não normatizou expressamente o direito à meação. Na seqüência, com a edição da Lei 9.278/96, fixara-se um determinado regramento sobre os bens adquiridos onerosamente pelos companheiros durante a união estável, criando-se a figura da presunção do condomínio, nos exatos termos do artigo 5º da referida lei: “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 contrário em contrato escrito.” Observa-se aí, que apesar de haver uma presunção de condomínio acerca do patrimônio, fica a critério dos companheiros regradar a relação de modo diverso por contrato escrito.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, por seu artigo 1.725, a relação patrimonial dos companheiros passa a ser regulada, no que couber, pelas regras do regime matrimonial da comunhão parcial de bens. Salienta-se que tal disposição legal não cria um regime de bens para a união estável, mas tão somente indica quais as regras aplicáveis ao patrimônio amealhado pelos companheiros

durante a união, na ausência de contrato escrito entre ambos. Desta sorte, da mesma forma que na Lei 9.278/96, presume-se uma contribuição mútua para a aquisição onerosa do patrimônio dos companheiros. Entretanto, tais regras somente terão aplicabilidade, na ausência de um contrato escrito que discipline a relação. É sobre esse contrato e seu conteúdo, bem como seus efeitos, a que será dedicada a última seção deste trabalho.

#### 4.5. O CONTEÚDO DO CONTRATO DE CONVIVÊNCIA NA UNIÃO ESTÁVEL

Após a análise da autonomia privada e suas limitações face ao interesse público, bem como às normas de ordem pública oriundas do Direito de Família, e também após vislumbrar a construção social da figura da união estável e sua repercussão jurídica atual dentro do Direito de Família, chega-se ao momento de ser trabalhada a figura do contrato, melhor dizendo, da regulamentação contratual dos efeitos dessas relações de fato.

De início, se faz mister deixar claro que de modo algum o contrato a ser firmado pelos conviventes criará uma relação de união estável, ao passo que a natureza da mesma se dá no plano fático, ou seja, origina-se de um fato jurídico como já delineado anteriormente, qual seja, a constatação em concreto de uma relação estável entre um homem e uma mulher com intuito de constituir família.<sup>111</sup> Assim, tem-se que o contrato na união estável terá a finalidade de regular as relações entre os conviventes, pressupondo que já haja ou venha a existir entre eles a caracterização da união estável.<sup>112</sup>

Dada a circunstância de que somente terá eficácia o contrato na união estável se esta existir, surge dúvida quanto ao momento de celebração do mesmo. Para uns, tal instrumento somente poderá ser firmado durante a constância da relação, na

---

<sup>111</sup> “O contrato de convivência não tem de per si o condão de criar ou reconhecer a união estável. O fato dessa união nunca dependerá da existência desse contrato”. VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 200 a 203.

<sup>112</sup> “O contrato de convivência tem sua eficácia condicionada à caracterização, pelos elementos necessários, da união estável. (...) O contrato de convivência só se aperfeiçoa se o convivente *entregar-se* ao seu cúmplice para juntos emaranharem-se na intimidade natural de um casal, como se matrimônio houvesse, constituindo a união estável. (...) A convenção é um regramento patrimonial que não institui a entidade familiar por si só, mas que pressupõe como condição de sua eficácia, estando aqui o símile aos *contratos reais* e não meramente *consensuais*”. CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 60 e 61.

medida em que se nem mesmo a união estável existir, não terá sentido falar-se em contrato entre conviventes.<sup>113</sup> Outros partilham da idéia de que, no silêncio da lei, o contrato deve ser estabelecido antes da verificação do início da união estável, de modo que tal contrato deve aproximar-se das regras que regulam o pacto antenupcial.<sup>114</sup> Por fim, tem-se o entendimento segundo o qual, face não haver proibição legal sobre o tema, o contrato de convivência poderá ser firmado a qualquer momento, seja na constância da união estável, ou antes de seu início.<sup>115</sup> Desse modo, há que se conceber a possibilidade de contratação dos efeitos da união estável previamente ao início da mesma, de modo que os futuros conviventes já iniciem uma relação sabendo de que modo a mesma será regulada entre eles. Por óbvio, que o contrato celebrado nesses moldes terá sua eficácia condicionada<sup>116</sup> a existência fática da união estável, portanto, não há que se falar em nulidade ou anulabilidade do pacto na ausência da união estável, mas sim em ineficácia do mesmo. De outro lado, a celebração do contrato entre os companheiros durante a constância da união estável regulará efeitos pretéritos, bem como presentes e futuros da relação. Nesse caso, haverá reconhecimento expresso por parte dos companheiros quanto à existência da união estável, servindo tal instrumento como prova do fato jurídico, contudo, por não representar a criação de uma situação jurídica entre as partes, não poderá ser oposto a terceiros como tal. Segundo afirmação de Francisco José CAHALI, o ideal seria que os contratos fossem firmados anteriormente à existência da união estável, para que os companheiros já iniciassem a relação tendo previamente discutido seu conteúdo. Porém, como salienta o referido autor, isso é uma “questão cultural, só possível de ser alcançada

---

<sup>113</sup> “(...) Por tal razão, não vemos como pode um relacionamento nascer, com prévia disciplina em contrato, do regime de bens e outras cláusulas para reger a vida a dois. O natural é que o contrato, se existir, seja celebrado a certo momento, no caminho da vida a dois, quando os propósitos se intensificam e o objetivo de constituir família se torna comum. Então, da união que já se tornara estável, origina-se um contrato para regular o futuro. Podem os companheiros, inclusive, dispor sobre o patrimônio já adquirido em comum, ou por um só deles, antes da celebração do contrato”. DAL COL, Helder Martinez, op. cit., p. 133 e 134.

<sup>114</sup> Nesse sentido, Guilherme Calmon Nogueira GAMA e Francisco E. O. Pires e Albuquerque PIZZOLANTE. *Apud* CAHALI, Francisco José, op. cit., p. 72 e 73.

<sup>115</sup> CAHALI, Francisco José, op. cit., p.72; BENCKE, Carlos Alberto. Partilha dos bens na união estável, na união homossexual e no concubinato impuro. **Revista brasileira de direito de família**. v.4, n.14. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2002 p. 33; e VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 203.

<sup>116</sup> “(...) não se trata simplesmente de um contrato sob condição suspensiva, em que a eficácia ficaria condicionada a evento futuro, pois quando do seu implemento, os efeitos retroagiriam à data da celebração do contrato. Na hipótese de pacto no concubinato, os efeitos se verificam apenas após o início da união”. CAHALI, Francisco José, op. cit., p. 61.

quando as pessoas tiverem como rotina discutir, previamente, os efeitos patrimoniais de uma união, sem aquele preconceito ou estigma de que falar no assunto seria um presságio de problemas a respeito da questão.”<sup>117</sup>

Diante desse contexto e da sociedade brasileira, por um período não tão breve haverá uma maior celebração dos contratos de convivência durante a constância da união estável, surgindo aí outra questão a ser abordada: a retroatividade dessa regulamentação. De imediato ressalta-se que as disposições contratuais poderão retroagir a fatos passados, pois, as partes têm liberdade para dispor sobre o patrimônio. Entretanto, nesse caso, trata-se de uma liberdade limitada porque a retroatividade aqui perquirida limita-se ao início da relação. Em outras palavras, o contrato não será documento hábil, ainda que feito por escritura pública (instrumento necessário para transmissão de direitos reais<sup>118</sup>), para regular bens adquiridos anteriormente ao início da união estável.<sup>119</sup> Isso porque não se trata da adoção de um regime de bens na união estável tal qual no casamento, razão pela qual neste último há transmissão de propriedade. Apesar de o artigo 1.725 do Código Civil mencionar “regime da comunhão parcial de bens”, nem mesmo pela literalidade poder-se-ia entender que ali está prevista a adoção de um regime de bens, pois, coloca-se que as regras de tal regime somente serão aplicadas à relação “no que couber”, sendo que para tanto, deverão ser analisadas todas as circunstâncias que envolvem os companheiros, principalmente a situação de que a união estável origina-se de um fato e não de um ato solene como o casamento, em que há expressa adoção do regime pelos nubentes. Definitivamente, não há adoção de regime de bens na união estável, pois, isso não se compatibiliza com a natureza da relação de fato. Assim, qualquer transferência gratuita de propriedade imóvel de bens adquiridos antes do início da união estável deverá ser feita por instrumento

---

<sup>117</sup> CAHALI, Francisco José, op. cit., 2002, p.75.

<sup>118</sup> Ver artigos 108 e 109 do Código Civil.

<sup>119</sup> “Em um primeiro momento, encontra sua tangente no início da união. Vale dizer, os bens pertencentes aos companheiros anteriormente à união estável não podem ser objeto desse contrato de convivência.

Já nos referimos por diversas oportunidades não se tratar 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 de efeitos patrimoniais decorrentes da união, principalmente em razão da presunção de condomínio prevista na Lei n. 9.278/96. Não se presta a direcionar o patrimônio particular das partes anteriormente à união.

Não sendo um ‘pacto antenupcial’, inexistindo previsão legal sobre regime de bens, inadequado dar retroatividade ao contrato sobre bens particulares preexistentes ao início da relação”. CAHALI, Francisco José, op. cit., p.82.

próprio, qual seja, escritura pública de doação. A forma pela qual será operacionalizada essa retroatividade, isto é, de que maneira os companheiros contratarão acerca dos bens será analisada na seqüência, por ora se faz necessário ter em mente que essa retroatividade tem como limite temporal o início da estabilidade da união.

Outro ponto a ser observado diz respeito à possibilidade da alteração do contrato durante a convivência. Não há óbice legal quanto à mudança das regras que foram contratadas pelos companheiros. Em assim sendo, poderão eles a qualquer momento alterar o contrato, sem que isso cause insegurança jurídica, pois, como será visto na seqüência, a validade do contrato é restrita às partes, não tendo eficácia *erga omnes*, nem mesmo se feito por escritura pública.<sup>120</sup> Sobre o assunto, escreve Silvio de Salvo VENOSA, que “sob hipótese alguma podem ser concedidos direitos mais amplos à união estável do que aqueles outorgados ao casamento, embora, por vezes, a lei acene com essa possibilidade, e na prática seja difícil que exista esse controle”<sup>121</sup> e acrescenta em seguida que “de qualquer modo, é inelutável que as convenções entre os companheiros sobre a administração de seus bens (art. 5º da Lei n.º 9.278/96) podem ser modificadas de comum acordo a qualquer tempo, enquanto o regime de bens no casamento é imutável.”<sup>122</sup> Contudo, parece haver inconveniente na obra do citado autor, uma vez que o Código Civil de 2002 já estabelecera em seu artigo 1.639, § 2º, a possibilidade de alteração do regime de bens no casamento, embora exija para tanto uma autorização judicial. Também Débora GOZZO, em obra anterior ao Código Civil de 2002, viu vantagem para os companheiros em relação aos cônjuges quanto à possibilidade de mudanças contratuais acerca das regras patrimoniais.<sup>123</sup> Entretanto, não mais existe tal diferenciação, na medida em que também poderão os cônjuges alterar o regime de bens, devendo, todavia, fazê-lo por meio de autorização judicial, o que não é necessário para a união estável. Justifica-se essa distinção de tratamento, haja vista

---

<sup>120</sup> “Vale dizer, o contrato é uma das provas do fato jurídico, mas não representa um instrumento jurídico de criação de uma situação jurídica entre as partes a ser respeitada forçosamente por terceiros. (...) não obriga, por si só, terceiros, reservado a estes o direito de exigir o pronunciamento judicial a respeito da relação”. CAHALI, Francisco José, op. cit., p.70.

<sup>121</sup> VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 456.

<sup>122</sup> Idem.

<sup>123</sup> “Sendo aos cônjuges proibida a mudança do regime após a celebração do casamento, tal entendimento também deveria ser seguido para os conviventes, a fim de não se criar uma vantagem a mais para estes em detrimento daqueles, que inclusive, são casados de acordo com a lei civil em vigor”. *Apud* CAHALI, Francisco José, op. cit., p.86.

a natureza jurídica diversa dessas entidades familiares, fato jurídico e negócio jurídico, respectivamente; e ainda, pelo fato de que o casamento, por ser criado a partir de um ato solene cuja contratação patrimonial se dá por instrumento (pacto antenupcial), salvo na adoção do regime legal de bens, que deverá ser registrado junto a um serviço de registro imobiliário, tem eficácia *erga omnes*, e de que o contrato na união estável não cria a relação jurídica, mas tão somente regula a relação das partes que o firmaram, tendo assim eficácia *inter partes*. Mesmo que assim não o fosse, ou seja, que ainda existisse no ordenamento jurídico o impedimento para alteração de regime de bens no casamento, não se pode falar necessariamente em uma vantagem o fato de ser possível a mutabilidade contratual na união estável, pois como salienta Francisco José CAHALI,

a imutabilidade do regime de bens no casamento representa, ao menos no plano jurídico, uma vantagem, não desvantagem, na medida em que tem sua origem e fundamento na garantia e segurança à parte mais fraca ou menos favorecida economicamente, mas emocionalmente mais sensível e apaixonada, em circunstância que poderiam levar a um abuso da outra parte, se maliciosamente envolvida em um espírito emulatório.<sup>124</sup>

Seguindo a linha de raciocínio até aqui exposta, segundo a qual a união estável origina-se de um fato jurídico e não de um contrato solene como o casamento, e ainda pelo fato de que o contrato celebrado na união estável distingue-se do pacto antenupcial do matrimônio, uma vez que este para ter validade deve ser registrado junto ao serviço de registro imobiliário competente no domicílio dos cônjuges, e aquele não exige qualquer forma especial, a não ser o fato de ser escrito, verifica-se que não poderá a regulamentação contratual dos efeitos da união estável ter eficácia contra terceiros, devendo ficar restrita às partes.

Por mais que o contrato seja registrado junto ao Cartório de Títulos e Documentos, ou ainda que seja realizado na forma pública junto a um Tabelionato de Notas, não será o mesmo “oponível *erga omnes*, inexistindo previsão para tanto, de tal sorte que esse documento não basta para se impedir o questionamento da união por terceiros”.<sup>125</sup> Ainda, em negócios jurídicos com terceiros, estes não têm a obrigação, nem mesmo como saber se o outro contratante vive em união estável, daí porquê não se exigir legalmente a autorização expressa do companheiro para a validade e eficácia do ato. Veja-se, não está a se dizer que um companheiro poderá,

---

<sup>124</sup> CAHALI, Francisco José, op. cit., p.87.

<sup>125</sup> CAHALI, Francisco José, op. cit., p.135.

por exemplo, alienar um imóvel em comum (porém somente em seu nome registrado) sem a autorização do outro, mas sim que terceiros de boa-fé que contratem com ele não poderão ter seu negócio considerado como inválido ou ineficaz por falta dessa autorização. Nesse caso, o companheiro prejudicado poderá exigir judicialmente de seu consorte a indenização pelo prejuízo causado em razão do ato praticado individualmente, nos termos do contrato de convivência por eles realizado. Diante disso, aí está um exemplo de que nem todas as normas atinentes ao regime da comunhão parcial de bens cabem à união estável, pois a outorga uxória constante do artigo 1.647, I, do Código Civil, não poderá ser considerada como elemento de validade e eficácia do negócio jurídico.<sup>126</sup> Por tal motivo, a doutrina advoga pela inserção de um parágrafo no artigo 1.725 do Código Civil, contendo o seguinte teor:

Nos instrumentos que vierem a firmar com terceiros, os companheiros deverão mencionar a existência da união estável e a titularidade do bem objeto de negociação. Não o fazendo, ou sendo falsas as declarações, serão preservados os interesses dos terceiros de boa-fé, resolvendo-se os eventuais prejuízos em perdas e danos entre os companheiros e aplicando-se as sanções penais cabíveis.<sup>127</sup>

---

<sup>126</sup> Em sentido contrário VELOSO, Zeno. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). **Código civil comentado**: direito de família, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela: arts. 1.694 a 1.783. volume XVII. São Paulo: Atlas, 2003, p. 144. “Seguindo a união estável o regime da comunhão parcial, entendo que nenhum dos companheiros pode, sem a autorização do outro, alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis (art. 1.647, I). A outorga ou assentimento do outro companheiro é necessário, então para que seja praticada a alienação ou oneração imobiliária. E não é só por analogia que exponho essa opinião. Tratando-se de imóvel adquirido por título oneroso na constância da união estável, ainda que só em nome de um dos companheiros, o bem entra na comunhão, é de propriedade de **ambos** os companheiros, e não bem próprio, privado, exclusivo, particular.”

<sup>127</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira (Coord.) **Comentários ao código civil**: parte especial: direito de família. volume 19 (arts. 1.711 a 1.783). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 272. Ainda nesse sentido, escreve Silvio de Salvo VENOSA: “O novo Código, no art. 1.725, também estabelece que os companheiros podem ajustar sua vida patrimonial por contrato escrito, aplicando-se no que couber, e na ausência de pacto, o regime da comunhão parcial de bens. Desse modo, terceiros que tratam ou negociam com alguém em união estável não podem ser prejudicados pela omissão do fato, pois não se presume a publicidade do regime de bens entre os conviventes, como ocorre com o pacto antenupcial no casamento, por força do registro civil e do registro imobiliário. Por essa razão o Projeto n.º 6.960 acrescenta parágrafo ao art. 1.725, determinando que os conviventes que vierem a firmar instrumentos com terceiros deverão mencionar a existência da união estável e a titularidade do bem objeto da negociação. Não o fazendo, os responsáveis deverão arcar com perdas e danos, além de responderem na esfera criminal pela omissão ou pela declaração falsa, preservando-se, ainda, os direitos dos terceiros de boa-fé. Por essa razão, é de toda conveniência que, em qualquer negócio jurídico, quando a parte se declara solteira, viúva, separada judicialmente ou divorciada, deva ser exigido que declare se está ou não ligada em relação de união estável, ainda que o texto projetado não esteja em vigor”. VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 456.

Sendo assim, o contrato realizado pelos conviventes é um instrumento pelo qual se cria, modifica, reconhece ou extingue direitos exclusivamente entre os mesmos, e ainda sob a condição de se efetivar empiricamente a união estável.<sup>128</sup>

Acerca do conteúdo do contrato na união estável, será verificada a questão sobre quais os efeitos possíveis de serem contratados.

Inicialmente, cumpre alertar que na doutrina nacional a respeito da concepção de contrato, majoritariamente vislumbra-se o mesmo como sendo o instrumento para a regulação do aspecto patrimonial das relações jurídicas, “uma vez que o contrato reflecte, pela sua natureza, operações econômicas”.<sup>129</sup> Assim, o contrato firmado entre os conviventes apresenta-se como o instrumento adequado para a regulamentação, face a autonomia privada, dos efeitos patrimoniais decorrentes da união estável, tendo como principal finalidade “afastar ou reduzir a presunção de condomínio prevista na norma, quanto aos bens adquiridos a título oneroso durante a convivência”<sup>130</sup>, e agora com o artigo 1.725 do Código Civil, ao invés de presunção de condomínio fala-se afastamento das regras do regime da comunhão parcial de bens. Como já dito anteriormente, não serve o contrato para estabelecer entre os companheiros regimes de bens próprios da união matrimonializada, mas sim para regular os bens adquiridos onerosamente durante a união estável, podendo para tanto utilizarem-se de regras aplicáveis aos regimes de casamento, no que couber. Certamente essa será a principal previsão contratual realizada entre os companheiros, no intuito de afastar a comunhão preestabelecida no ordenamento civil. Todavia, diante da possibilidade de um auto-regramento da relação, nos termos do que foi exposto no Segundo Capítulo sobre a autonomia privada<sup>131</sup>, o contrato a ser realizado pelos companheiros poderá ter uma abrangência mais ampla, levando em consideração todos os aspectos patrimoniais e econômicos dos companheiros.<sup>132</sup>

---

<sup>128</sup> Nesse sentido CAHALI, Francisco José, op. cit., p.191.

<sup>129</sup> Nesse sentido, também na doutrina estrangeira: ROPPO, Enzo, op. cit., p. 24.

<sup>130</sup> CAHALI, Francisco José, op. cit., p.203.

<sup>131</sup> “é a força motriz à auto-regulamentação das relações econômicas resultantes da união estável, buscando os companheiros prestigiar seus interesses particulares e comuns, ao prescreverem as condições e efeitos da convivência, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico.” CAHALI, Francisco José, op. cit., p.209.

<sup>132</sup> “Assim, no contrato se admite a inserção de qualquer outra repercussão patrimonial estabelecida pelas partes, criando, modificando ou extinguindo direitos com conteúdo econômico, desde que respeitada a forma escrita para a sua celebração, e obedecidas as regras gerais do Direito das Obrigações e princípios inerentes ao Direito de Família, no qual se inclui a união estável.” CAHALI, Francisco José, op. cit., p.208.

O conteúdo do contrato de convivência encontrará limite nas normas de ordem pública, nas normas impositivas de Direito de Família, na moral, nos bons costumes, bem como deverá obedecer aos requisitos do artigo 104 do Código Civil. Desta sorte, conforme ensina Orlando GOMES, “o objeto do negócio jurídico deve ser idôneo. Não vale se contrário a uma disposição de lei, à moral, ou aos bons costumes, numa palavra, aos preceitos fundamentais que, em determinada época e lugar, governam a vida social.”<sup>133</sup>

A primeira grande divisão a ser abordada acerca do conteúdo possível do contrato de convivência na união estável está na própria estrutura do Direito de Família, isto é, entre os efeitos pessoais e os efeitos patrimoniais da relação. Desse modo, considerando que os efeitos pessoais das relações familiares, são, em regra, indisponíveis, previstos de forma impositiva e cogente pela norma jurídica, escreve Francisco José CAHALI, que “há adequada resistência em permitir sejam objeto de contrato de convivência.”<sup>134</sup> Assim sendo, pode-se dizer que quanto aos aspectos pessoais o contrato será desnecessário ou ilegal, por já haver previsão nesse sentido, ainda que em analogia ao casamento, ou por contratar situação contrária à lei.<sup>135</sup> Também nesse sentido, Paulo Martins de CARVALHO FILHO<sup>136</sup>, ensina que tais efeitos estão imbuídos de fins sociais e morais, de modo que não podem ser alterados por convenção particular dos companheiros. Assim sendo, tem-se que não poderão ser objeto do contrato de convivência os deveres dos companheiros insculpidos no artigo 1.724 do Código Civil, sob pena de nulidade das cláusulas que versem sobre os mesmos, quais sejam, a lealdade, respeito e assistência e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Superada essa distinção, resta analisar se todos os efeitos patrimoniais decorrentes da união estável poderão ser objeto do contrato na união estável. Primeira restrição no aspecto patrimonial consta do artigo 426 do Código Civil, pelo

---

<sup>133</sup> GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 382.

<sup>134</sup> CAHALI, Francisco José, op. cit., p.270.

<sup>135</sup> CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre à luz da lei 8.971/94 e da lei 9.278/96**. Curitiba: Juruá, 1996, p. 104.

<sup>136</sup> “Os direitos pessoais puros, intimamente ligados aos fins sociais e morais da instituição da família, dizem respeito à relações pessoais entre os componentes da entidade familiar. (...) Normas, pois, da Lei 9.278 e o direito de família aplicáveis à união estável, que regem os direitos pessoais puros e os patrimoniais de cunho social, são cogentes, de cujo império não podem as partes se arredar. (...) são tais estipulações as que se referem ao respeito e consideração mútuos, assistência material e moral recíprocas, guarda, sustento e educação dos filhos (art. 2º da Lei 9.278) verificada a violação, será nulo o estipulado”. *Apud* CAHALI, Francisco José, op. cit., p.271.

qual não se poderá contratar a respeito de herança de pessoa viva. Da mesma forma, qualquer disposição que vise alterar a ordem da sucessão hereditária constante do artigo 1.790 do Código Civil, também será tida como nula, haja vista o caráter social da norma. Proíbe-se desta sorte, cláusula que destine a integralidade, ou mesmo parte, da herança ao outro companheiro; contudo, quanto à parte disponível do patrimônio que cada companheiro tem, poderão eles destinar bens que componham tal parcela do patrimônio através do instrumento próprio e com requisitos específicos para tanto, qual seja, o testamento (público, cerrado ou particular) que é ato personalíssimo. Frise-se: o que não se pode, é através do contrato de convivência fazer tais disposições. Outro efeito patrimonial-assistencial de cunho social que não pode ser objeto de cláusula contratual afastando sua incidência é o direito a alimentos, haja vista que a mesma decorre da Lei e não da vontade das partes; é efeito imposto pelo Estado, que deve ser acatado pelos particulares desde que preenchidos os pressupostos para sua fixação.<sup>137</sup> Também não há sentido em se prever cláusula que se refira a alimentos, uma vez que o direito à pensão alimentícia somente existirá diante da dissolução da união estável.

Como já mencionado anteriormente, há a possibilidade de um auto-regramento dos efeitos patrimoniais da união estável para além do afastamento das regras da comunhão parcial de bens, nos termos do exposto até o momento, podendo dessa forma o contrato ser realizado com uma abrangência mais ampla, levando em consideração todos os aspectos patrimoniais e econômicos dos companheiros. Em trabalho específico sobre as possíveis cláusulas a integrem os contratos de convivência<sup>138</sup> Francisco José CAHALI, vislumbra algumas hipóteses

---

<sup>137</sup> Nesse sentido Euclides Benedito de OLIVEIRA, e Guilherme Calmon Nogueira GAMA; Em sentido contrário Álvaro Villaça AZEVEDO; *Apud* CAHALI, Francisco José, op. cit., p. 257 e 258.

<sup>138</sup> Sobre as referidas cláusulas o autor chega às seguintes conclusões: a) Participação diferenciada sobre o patrimônio adquirido na constância da união: "Aliás, o tradicional argumento 'in eo quod plus sit, semper in est et minus' representa sólido alicerce à possibilidade de estipulação do companheiro em quota inferior a 50%, pois se é permitida, por contrato escrito, a exclusão total da comunhão, igualmente possível deve ser a sua redução"; b) Participação diferenciada em certos e determinados bens ou direitos: "... ao estabelecer a comunhão abrangente, salvo disposição em contrário, pode-se concluir, pelas mesmas razões acima declinadas, terem permissão os companheiros para retirar do regime legal proposto certos e determinados bens ou direitos, devidamente especificados"; c) Pacto para outorgar usufruto de bens ao companheiro: "Com efeito, poderia o companheiro ceder a utilidade e frutos de seu patrimônio a terceiros. Assim, poderá também fazê-lo em favor da companheira. Representará o ato mera liberalidade, e não redução da presunção legal"; d) Pacto para outorga de direito real de habitação ao companheiro, e outros direitos reais sobre coisa alheia: "Como o próprio usufruto, também aqui se sustenta a possibilidade de outorga de direito real de habitação entre os conviventes, podendo representar benefício sobre todos o imóvel ou parte dele quando sobre a outra parcela o benefício detém a propriedade plena"; e)

que na casuística poderão dar conteúdo à regulamentação dos efeitos patrimoniais da união estável. Contudo, no presente estudo, será analisada a principal finalidade do contrato de convivência estabelecido por conta do artigo 1.725 do Código Civil, ou seja, o afastamento ou a redução da aplicabilidade das regras do regime matrimonial da comunhão parcial de bens às relações patrimoniais da união estável.

Insta salientar desde já que a comunhão trazida pelo Código Civil deve ser lido em compasso com o citado artigo 5º da Lei 9.278/96, de modo que somente os bens adquiridos onerosamente durante a união estável é que poderão fazer parte do patrimônio em comum dos conviventes. Assim, “limita-se o universo desse condomínio à aquisição onerosa, o que significa excluir doações ou herança recebida por qualquer dos conviventes”.<sup>139</sup> Desse modo, independentemente de haver colaboração pecuniária para aquisição do bem, o mesmo comporá o patrimônio em comum dos companheiros.

Tendo em mente as considerações até aqui expostas, conclui-se que não poderão os conviventes contratar os efeitos patrimoniais da união estável, no intuito

---

Cláusula estabelecendo previamente critérios para a partilha de bens em caso de dissolução de união estável: “No interesse comum, relevadas as prioridades particulares, as partes estabelecem consensualmente como deverá ser a divisão do patrimônio amealhado na constância da união, de tal sorte que, se e quando ocorrer o rompimento da união, a titularidade e posse dos bens indicados serão destinadas necessariamente nos termos do acordo”; f) Cláusula de indenização pelo rompimento da relação: “Na pretendida abrangência da regulamentação contratual das relações econômicas resultantes da união estável, temos como viável o estabelecimento de cláusula fixando previamente indenização para o caso de eventual rompimento da relação”; g) cláusula sob condição: “Tanto a condição suspensiva como a resolutiva (CC, arts. 114 a 128; NCC, arts. 121 a 137) são modalidades de cláusulas com possível utilização no contrato de convivência, podendo as partes valerem-se desses instrumentos para melhor acomodar os seus interesses patrimoniais decorrentes da união estável”; h) Convenção de arbitragem no contrato de convivência: “Assim, considerando o perfil da arbitragem, em que o árbitro mais se envolve com o conflito em exame, podendo se aproximar intensamente das partes objetivando alcançar a solução amigável, encontramos nesse procedimento uma ótima opção, em diversas situações, para superar litígios decorrentes da união estável”; i) Cláusula modificadora da administração dos bens: “Daí por que, nesse particular, considerada a administração imposta em contrato de convivência, excepcionado a regra geral, caberá denúncia pura e simples do convencionado”; j) Cláusula de exclusão de pensão alimentícia e de pensão previdenciária: “Fazemos corro ao lado daqueles que não admitem cláusula afastando a obrigação alimentar entre os conviventes. .... não poderá ser objeto de contrato a exclusão do direito a benefício previdenciário”; k) Cláusula de exclusão de herança e demais direitos sucessórios: “Não se pode pretender, por contrato de convivência, excluir esses direitos, também por estarem afastados de possível contratação por força do art. 1.089 citado”(NCC 426); l) Cláusula de exclusão condicionada a benefício patrimonial: “(...) parece-nos razoável contratarem as partes a destinação de certo patrimônio, imóvel ou vantagem econômica ao companheiro, condicionada à oportuna renúncia, quando da ocasião própria aos alimentos ou dos efeitos sucessórios da união estável”. CAHALI, Francisco José, op. cit., p. 224 a 268.

<sup>139</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira (Coord.) **Comentários ao código civil**: parte especial: direito de família. volume 19 (arts. 1.711 a 1.783). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 267.

de aumentar a comunhão estabelecida pela lei. Dito de outra maneira, o contrato celebrado deverá restringir-se a regular a participação nos bens adquiridos onerosamente durante a relação, sendo permitido, portanto, tão somente a redução ou afastamento por inteiro das regras da comunhão fixada em lei. Nesse diapasão, bens adquiridos por um dos conviventes durante a união, porém, a título gratuito ou *causa mortis* (por herança), não poderão ser objeto do contrato de convivência no sentido de incluir ditos bens ao patrimônio conjunto dos companheiros. Todavia, se assim o quiserem, terão de fazê-lo por meio de instrumento apropriado, qual seja, a doação de um para outro.

Poderão os conviventes estabelecer diversas regras sobre a participação nos bens que fazem parte da comunhão, sendo possível afastar completamente dita comunhão, contratar a participação em porcentagem diferenciada sobre todos os bens, ou mesmo sobre determinados bens. Essas três hipóteses serão vislumbradas na seqüência, contudo, sem o intuito de esgotar o tema, ou mesmo de limitar a redução da comunhão estabelecida em lei a tais formas contratuais.

Pela primeira hipótese, o aspecto patrimonial da união estável seria regido, no que coubesse, pelas regras do regime matrimonial da separação de bens, e em assim sendo, cada um dos conviventes manteria patrimônio próprio, seja adquirido onerosa ou gratuitamente, não havendo qualquer vínculo patrimonial entre os bens de um ou de outro. Poderiam, desta feita, cada um administrar e dispor individualmente de seus bens, e numa eventual ruptura da relação, não haveria de falar-se em partilha de bens, salvo por óbvio, vício no momento de celebração do contrato.

Coloca-se como possível também, a aquisição em participação diferenciada dos bens durante a união. Isso porque, como ensina Francisco José CAHALI, “raras não são as situações em que, em razão do padrão econômico das partes e projeção profissional de uma delas, a comunhão equânime sobre o acervo será exagerada”.<sup>140</sup> Assim, poderão os conviventes estabelecer que a um caberá 45% dos os bens adquiridos, enquanto que ao outro caberá o restante (55%), em razão por exemplo, de um dedicar-se pecuniariamente mais que o outro para as despesas

---

<sup>140</sup> CAHALI, Francisco José, op. cit., p. 225.

da própria relação. Vale lembrar, entretanto, que não há necessidade de motivar-se a contratação em proporção diferenciada.

Por fim, também é plenamente possível pactuar diferente participação sobre determinados bens. Assim, a contratação pode dar-se no momento de aquisição do bem, por exemplo, ao adquirir-se um imóvel fica constando na própria escritura pública o percentual de participação e aquisição de cada companheiro, ou pode-se determinar num contrato específico que certos imóveis serão de propriedade de cada companheiro em diferente proporção, enquanto que outros bens móveis serão também em diferente proporção de propriedade de cada companheiro. Ainda, por exemplo, pode-se estabelecer que somente pertença a um dos conviventes as quotas societárias adquiridas durante a união, ou que certos bens específicos seja de propriedade em percentual superior de um para com o outro.

Enfim, na linha de raciocínio delineada no transcorrer deste trabalho, verifica-se que a possibilidade contratual estabelecida pelo artigo 1.725 do Código Civil, tem sua essência no princípio da autonomia privada, sendo que, entretanto, tal princípio encontra limites de diversas ordens por estar relacionado a um contrato que regulamenta aspectos patrimoniais de uma relação familiar. Difere, portanto, a aplicação desse princípio aos contratos de convivência, e aos contratos regidos pelo Direito das Obrigações. Ainda, por ser a união estável uma relação oriunda de um fato jurídico, não pode o contrato previsto na lei (como forma de alterar a aplicação de regras do regime matrimonial da comunhão parcial de bens a essas relações) ser meio jurídico para acréscimo patrimonial para além dos bens adquiridos onerosamente durante a união, ou seja, sempre a contratação dar-se-á de modo a reduzir a comunhão ou de alterá-la dentro dos limites do patrimônio adquirido onerosamente.

## 5. CONCLUSÃO

Dentro do exposto acerca da regulamentação contratual dos efeitos da união estável, foi possível observar primeiramente que contratos dessa natureza devem ser vislumbrados sob uma diferente ótica em relação aos demais contratos firmados ordinariamente entre os sujeitos de direito. Assim o deve ser pelo fato de que esses contratos visam a regular efeitos oriundos de relações familiares e não simplesmente aspectos estritamente patrimônio - obrigacionais comuns a todas as relações privadas. Diante disso, os conviventes encontram sua autonomia privada limitada a certos preceitos de ordem pública, bem como de ordem privada, ao firmar tais contratos, uma vez que tratandose a união estável de entidade familiar, tem ela especial proteção do Estado, nos termos do que foi exposto no presente trabalho. Ainda, por ser a união estável um fato jurídico, não sendo de fácil verificação a sua existência, a contratação de seus efeitos deve ser visualizada de maneira diversa que a contratação de regime de bens num casamento, o qual significa um negócio jurídico solene.

Adentrando especificamente no tema do conteúdo, forma, momento de celebração, bem como eficácia dos contratos de convivência na união estável tem-se o seguinte: Primeiramente, esses contratos serão firmados para regular os efeitos de uma união estável, não tendo, assim, o condão de criar uma tal relação, podem, todavia, reconhecer a existência dela ou ainda, reconhecer o interesse de constituir uma entidade familiar. Diante disso, tem-se que o momento de celebração do contrato para regulação dos efeitos da união pode ser antes da mesma existir (ficando, entretanto, sua eficácia condicionada à existência da união estável), ou então durante a constância da relação. Em seguida, podendo o contrato ser celebrado, mesmo depois de já constituída a união, é possível aos contratantes regular a aquisição de bens futuros e bens pretéritos, tendo, por óbvio, como limite o início da união estável, não sendo possível, portanto, através de contrato dessa natureza, pactuar acerca de bens adquiridos por um ou outro convivente antes de começada a união, nos termos do exposto na parte final deste estudo. Outro aspecto importante, que fora observado, é o fato de poder o contrato dessa natureza ser alterado durante a constância da relação. Embora, haja discussão doutrinária sobre

a vantagem ou desvantagem de tal situação, conforme demonstrado no transcorrer deste trabalho, não havendo proibição legal sobre o assunto, e principalmente ainda, por tais alterações não terem o condão de afetar as relações dos conviventes com terceiros de boa-fé, verifica-se como plausível tal possibilidade. Quanto à forma, a lei não exige qualquer solenidade para tais contratos, a não ser o fato de ser escrito, seja público ou particular. Contudo, salienta-se que um contrato dessa natureza firmado pelos conviventes perante um Tabelião, o qual é dotado de fé-pública, terá uma força probatória mais eficaz que um contrato particular, na medida em que presumir-se-á verdadeira e livre de quaisquer vícios a vontade ali manifestada.

Verificou-se também que, diante das limitações impostas à autonomia dos conviventes, não podem ser contratadas cláusulas que visem alterar os aspectos pessoais da união estável, bem como também não se é possível contratar a respeito de aspectos patrimoniais que digam respeito ao direito assistencial a alimentos ou aos direitos sucessórios, haja vista o caráter protetivo de ordem pública dos mesmos. Nesse ínterim, observou-se que a principal finalidade de tais contratos é o afastamento da aplicabilidade das regras do regime matrimonial da comunhão parcial de bens à união estável. Contudo, tal afastamento será sempre no sentido de diminuir a comunhão legal estabelecida por conta do direito positivo, não podendo os conviventes alargar dita comunhão, visando incluir no patrimônio comum a ambos, bens adquiridos anteriormente à constituição da união estável, ou bens adquiridos durante a constância da união, porém, adquiridos gratuitamente (por herança ou doação, por exemplo). Para tal feito, existe contrato especial determinado em lei, qual seja, dependendo do valor do bem e de sua natureza (se imóvel), a escritura pública de doação. Assim, conforme dito na parte última deste trabalho, podem os conviventes afastar a aplicação das regras da comunhão parcial de bens à união por eles mantida, extinguindo totalmente essa comunhão tendo cada um o que é seu e que em seu nome adquirir, ou diminuir a comunhão no sentido de estabelecer diferentes proporções na aquisição de todos ou de alguns dos bens já adquiridos ou a serem adquiridos por eles.

Enfim, faz-se mister mencionar que tais possibilidades contratuais não são as únicas formas de se realizar o contrato de convivência, o qual poderá versar sobre demais situações cotidianas, as quais podem ser de inúmeras ordens, sempre, contudo, tendo em mente as limitações trabalhadas no presente estudo, haja vista

trataram-se esses contratos, mais uma vez dizendo, de contratos que regulam efeitos jurídicos de relações familiares protegidas constitucionalmente, em atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil** – introdução. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001.

\_\_\_\_\_. **Contratos inominados ou atípicos**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975.

\_\_\_\_\_. **Do concubinato ao casamento de fato**. Belém: Cejup, 1986.

\_\_\_\_\_. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira (Coord.) **Comentários ao código civil: parte especial: direito de família**. volume 19 (arts. 1.711 a 1.783). São Paulo: Saraiva, 2003.

BARBOZA, Heloísa Helena. O direito de família no projeto de código civil: considerações sobre o “direito pessoal”. **Revista brasileira de direito de família**. v.3, n.11. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2001.

BARROS, Sérgio Rezende de. A ideologia do afeto. **Revista brasileira de direito de família**. v.4, n.14. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2002.

BENCKE, Carlos Alberto. Partilha dos bens na união estável, na união homossexual e no concubinato impuro. **Revista brasileira de direito de família**. v.4, n.14. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2002.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tomo I. Tradução por Fernando de Miranda. Coimbra : Coimbra Editora, 1969.

BRASIL. **Vade mecum acadêmico - forense**. São Paulo: Edições Vértice, 2005.

BRITO, Náglia Maria Sales. Efeitos do reconhecimento da união estável. **Revista brasileira de direito de família**. v.2, n.6. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2000.

BRUGI, Biagio. **Instituciones de derecho civil**. México: Union Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1946.

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

CIOTOLA, Katia Regina da Costa S. **O concubinato**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

CZAJKOWSKI, Rainer. **Famílias informais: possibilidades e limites normativos**. 1995. Dissertação. f 144. (Mestrado no Curso de Pós-Graduação em Direito). Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba.

\_\_\_\_\_. **União livre à luz da lei 8.971/94 e da lei 9.278/96.** Curitiba: Juruá, 1996.

DAL COL, Helder Martinez. Contratos de namoro. **Revista brasileira de direito de família.** v.6, n.23. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2004.

DIAS, Maria Berenice. Da separação e do divórcio, In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e novo código civil.** 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DIAS, Maria Berenice. União estável homoafetiva – comentários aos embargos infringentes n.º 70003967676, 4º grupo de câmaras cíveis Porto Alegre, Embargante: I.L.M., Embargado: Espólio de V.D., representado por sua curadora especial, L.F.. **Revista brasileira de direito de família.** v.5, n.20. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** Direito de família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo, In: BARRETO, Vicente (org.). **A nova família: problemas e perspectivas.** Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

\_\_\_\_\_. Direito além do novo código civil: novas situações sociais, filiação e família. **Revista brasileira de direito de família.** v.5, n.17. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2003.

FACHIN, Rosana. **Em busca da família do novo milênio** – uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito constitucional à família. In: **Revista brasileira de direito de família.** v.6, n.23. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2004.

FORNACIARI JUNIOR, Clito. Concubinato: uma evolução que a lei não ajudou. **Revista brasileira de direito de família.** v.1, n.4. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2000.

GARCIA, Marco Túlio Murano. União estável e concubinato no novo código civil. **Revista brasileira de direito de família.** v.5, n.20. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2003.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1993.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** v.6. São Paulo: Saraiva, 2005.

LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA, José; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família** – direito matrimonial. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990.

LEX – **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais**, a. 12, n. 132, ago. 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista brasileira de direito de família**. v.3, n.12. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2002.

\_\_\_\_\_. Repersonalização das famílias. **Revista brasileira de direito de família**. v.6, n.24. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2004.

MATTIETTO, Leonardo de Andrade. O papel da vontade nas situações jurídicas patrimoniais: o negócio jurídico e o novo código civil. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira (Org.) et al. **Diálogos sobre direito civil – construindo a racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Entidades familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira (Org.) et al. **Diálogos sobre direito civil – construindo a racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. União estável e seus reflexos no direito penal. **Revista brasileira de direito de família**. v.1, n.2. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 1999.

\_\_\_\_\_. **União estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo código civil**. 6. ed. São Paulo: Método, 2003.

OLIVEIRA, Flávio Luís de. O caráter não patrimonial do dever de sustento na perspectiva constitucional. **Revista brasileira de direito de família**. v.5, n.22. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável, In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e novo código civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PEREIRA, Virgílio de Sá. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado – parte geral**. Tomo III. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado – bens**. Tomo II. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Família sem casamento: de relação existencial de fato a realidade jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

REALE, Miguel; REALE JÚNIOR, Miguel. **Questões atuais de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. União estável: entre o formalismo e o reconhecimento jurídico das relações familiares de fato. **Revista brasileira de direito de família**. v.2, n.7. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2000.

SOARES, Orlando. **União estável**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. vol. 1. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

VELOSO, Zeno. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). **Código civil comentado: direito de família, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela: arts. 1.694 a 1.783**. volume XVII. São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 3. ed. v. 6. São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnold. **Curso de direito civil brasileiro – o novo direito de família**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.