

PARTILHA DOS BENS NA UNIÃO ESTÁVEL, NA UNIÃO HOMOSSEXUAL E NO CONCUBINATO IMPURO

CARLOS ALBERTO BENCKE

A união estável entre homem e mulher passou a receber tratamento constitucional e legal, colocando um basta à discriminação que somente o conservadorismo legislativo ainda não havia constatado que chegara ao fim, porque instalado definitivamente na sociedade brasileira. Não obstante a resistência ainda hoje experimentada, as demais relações de afeto não foram contempladas pelos benfazejos ares que sopram no sentido de retirar as amarras com que a doutrina e jurisprudência se vêem a braços. Os bens amealhados durante o convívio de fato, igualmente receberam tratamento legal, presumindo-se a existência de condomínio entre os conviventes. Apesar de as relações assim constituídas inserirem-se entre aquelas abrangidas pelos princípios e regras de Direito de Família, o contrato previsto para derrubar tal presunção, não obstante aproximar-se do pacto antenupcial, é de natureza civilista/obrigacional, tornando via natural a sua apreciação sob o ângulo das leis civis. Daí por que a possibilidade de revisão, nulidade e anulabilidade de tais ajustes.

Introdução

A constitucionalização do Direito de Família em nosso País – obedecendo uma tendência cada vez mais crescente na legislação alienígena *de constitucionalização dos direitos* - entrou no sistema jurídico nacional e provocou uma revolução no contexto histórico de prevalência da desigualdade entre homens e mulheres, casados e concubinos, filhos Legítimos e legitimados. Houve sensível demora na elaboração da primeira lei que trata especificamente da união estável e dos bens amealhados durante a vida em comum, que só veio ser editada em 1994, com alterações em 1996. Mas, esta dilação contribuiu bastante para a lenta e gradual formação da consciência jurídica, através de construções doutrinárias e jurisprudenciais, que, aliadas àquelas já produzidas anteriormente a 1988, deram à roupagem da lei adequação à realidade nacional, apesar de alguns equívocos na primeira delas, depois corrigidos na segunda e ainda detectados nesta última, tanto que tramita projeto para outra vez alterar o instituto.

A que inicialmente tratou da união estável, regulamentando o texto consuetudinário, seguindo a tendência dos tribunais pátrios e em especial a Súmula nº 380, do Supremo Tribunal Federal, exigia comprovação do esforço comum entre os companheiros, para repartição dos bens. Depois, com o advento da atual lei, afastou-se este entrave, aproximando-se mais do regime parcial de bens do casamento.

Trouxe como novidade, entre outras, a presunção de formação de condomínio entre os conviventes, em partes iguais, sobre os bens adquiridos na constância da união, se contrato escrito não fora firmado em sentido contrário. Justamente aí surgem as principais situações que, no plano fático, podem criar contratempos na execução do ajuste.

Com efeito, tratando-se de relações de afeto, muitas vezes a elaboração de contrato e o estabelecimento de uma relação negocial podem não refletir a vontade de uma das partes, envolvida que fica pela obstrução racional naturalmente associada à emoção que distingue tais ligações. Posteriormente, virá a juízo para reclamar sua metade no condomínio, alegando vícios na formação volitiva do contrato. Ou, ainda, que o passar do tempo tornou o contrato excessivamente oneroso para um dos conviventes, dadas as novas circunstâncias que passaram a cercar o caso concreto.

Se, de um lado, a lei permite a livre disposição de contratar sobre os bens amealhados pelos conviventes, de outro, sempre existe a possibilidade de revisão das cláusulas contratuais, com o decreto de nulidade ou anulabilidade parcial ou total dos contratos firmados com base no art. 5º, da Lei nº 9.278/96. Os caminhos trilhados são conhecidos, pela adoção que se pode fazer das leis civis, diante do silêncio dos preceitos de Direito de Família; os efeitos de eventual declaração de invalidade de cláusula ou do próprio contrato também, retomando-se o sistema da primeira parte do dispositivo.

Ao início do texto caracteriza-se que a união entre homem e mulher é abrangida pela proteção estatal, confortada pela Constituição de 1988. A exclusão das relações chamadas impuras merece críticas, pois são fatos sociais incontestáveis, assim como o era a relação

concubinária. Para estas, sobra a antiga solução preconizada para o companheirismo: caracterizadas como sociedades de fato, a repartição dos bens dependerá da prova da convivência e da contribuição de cada um na formação do bolo patrimonial, seguindo o modelo da jurisprudência sumulada do STF, que é celebrada como precursora do atual arcabouço jurídico-legislativo.

Examina-se o condomínio como regra e o contrato como exceção da lei especial para, então, passar para a motivação da aplicação da legislação civil aos ajustes promovidos pelos conviventes, sem desconsiderar os princípios que norteiam o Direito de Família.

1. Relações de Afeto: Inclusão e Exclusões

1.1. União estável

A inserção do § 3º, do art. 226, da Constituição Federal, criou no sistema brasileiro a figura da união estável, até então sem qualquer tratamento específico no arcabouço legislativo nacional, e desprezada pela maioria da doutrina, com a honrosa exceção do estudo e exame de casos concretos feitos pelo Judiciário e trazidos por lidadores do Direito, que eram considerados avançados para a época. Deu-se àquelas relações de fato e estabilizadas tratamento igual, pela via constitucional, às uniões matrimonializadas, em atendimento a uma realidade nacional e a uma tendência crescente ao convívio sem a formalidade do casamento, mas com todas as características familiares estabelecidas pelo matrimônio.

É que o chamado "pluralismo das entidades familiares" - que Paulo Luiz Netto Lôbo classifica como um dos novos "princípios do Direito de Família" - quebrou a hegemonia centenária do casamento no Direito brasileiro. "Apenas a Constituição de 1988 retirou do limbo ou da clandestinidade as demais entidades familiares, nomeadamente a união estável e a entidade unipaternal (pai ou mãe e filhos)."

O dogmatismo dominante até então colocava as uniões fora do casamento como uma espécie de relação espúria, desrespeitosa aos ditames comportamentais da época, que somente admitiam o casamento como forma de representação social da família. Filhos havidos destas relações eram vistos como de geração adúltera, não obstante a convivência *more uxorio* de seus pais. Campeava a hipocrisia, pois a notória união era um fato incontestável, apesar da aversão que alguns nutriam aos que a adotavam e reconheciam. Contudo, ninguém podia deixar de reconhecer que "o concubinato sempre caminhou paralelamente à família constituída pelo casamento," sendo difícil não lhe outorgar uma formatação social.

Mas o concubinato ou companheirismo era visto como se fora uma união ilegal, sem o beneplácito do casamento civil. Havia o casamento religioso, que, por vezes, sacramentava a união e adquiria o respeito de todos; era a exceção à regra. Pinto Ferreira lembra que o Código Civil, inclusive, entendia que o concubino nada mais era do que o vulgar amante. Em boa hora o constituinte de 1988 arrostou a situação e o concubinato passou a ser entendido como a união estável de fato de um homem e uma mulher, "sem o vínculo jurídico do casamento, porém vivendo sob o mesmo teto e com a aparência de casamento".

Como se vê, ainda persiste em alguns doutrinadores a idéia da necessidade de coabitação, apesar de a jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal afirmar que "a vida em comum sob o mesmo teto *more uxorio* não é indispensável à concretização do concubinato" (verbete 382). O texto constitucional, seguindo a mesma orientação da súmula do Pretório Excelso, não faz qualquer distinção entre a convivência sob o mesmo teto ou fora dele. Por isso sem surpresa que no texto da lei atual, quando define as características da união estável (art. 1º, da Lei nº 9.278/96), não existe a exigência de convivência sob o mesmo teto. Euclides Benedito de Oliveira chama a atenção para o fato de caracterizar-se a união estável mesmo que a vida em comum não se dê no mesmo domicílio. E completa; "Abre-se campo à excepcional configuração de união estável à distância, quando residam, os companheiros, em locais diversos, desde que, não obstante esse distanciamento físico, subsista a convivência definida em lei".

A norma constitucional pode ser criticada não só pelo que deixou de regular - como abaixo é exposto - mas também pela excessiva proteção ao sacrossanto matrimônio, revelada na expressão de que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Primeiro, porque mantém a origem da família no casamento, parecendo que a união estável somente pode ser admitida quando o seu futuro prever a convolação de núpcias. Segundo, porque inclui somente os que podem habilitar-se ao casamento, afastando da incidência legal os separados de fato e que ainda não estejam separados judicialmente ou divorciados. Na aguda observação de Débora Gozzo, "até o momento, o que se pode afirmar é que a chamada 'conversão' mostra-se inócua, pois ela nada mais é do que uma nova nomenclatura para a

habilitação do casamento civil".

Esta posição não escapou da crítica equilibrada de Rolf Madaleno, que vê neste tratamento constitucional desigualdade entre união estável que resulta em casamento e aquela que nele não desemboca:

"Sendo o papel da moderna e plural entidade familiar promover o bem-estar de seus membros, com respeito à esfera individual de cada um, como faz ver com muita clareza Eduardo Cambi, soa distante dos princípios igualitários, que a Carta Federal oriente sua preferência pela conversão em casamento da união informal, sob cuja sugestão denota visível resquício discriminatório, temperando e acenando com uma suposta e inexplicável vantagem para as pessoas legalmente casadas, quando contrapostas às que não casaram sob os desígnios do clássico matrimônio civil."

Nem se pode admitir a prevalência de um e outro destes institutos (casamento e união estável), como acentua Maria Isabel Pereira da Costa, que analisa a questão sob o enfoque avançado dos direitos fundamentais da pessoa e prevê proteção igualitária do Estado à família:

"Dizer que os riscos da informalidade, dando-se liberdade ao intérprete para caracterizar a união estável dentro dos parâmetros flexíveis, seria enfraquecer o casamento e alimentar a formação de 'uniões irregulares' é valorizar mais a forma do que o conteúdo, no caso, mais a maneira de constituição da família do que a própria família. Isto não pode mais ser aceito, as convenções não podem valer mais que os seres humanos, mas devem ser instrumentos utilizáveis a serviço da pessoa humana."

1.2 União homossexual

A evolução ainda é lenta e gradual. Basta atentar para um detalhe importante e que ressalta no exame que se faça do dispositivo constitucional: é o relacionado ao fato de que a união estável somente pode ser estabelecida em uma entidade familiar "entre o homem e a mulher". Exclui, por conseguinte, as relações que possam formar pessoas do mesmo sexo. Para estas situações, a tímida jurisprudência existente encontra a mesma solução que antes se preconizava para os companheiros que viviam juntos como se casados fossem: o reconhecimento de uma sociedade de fato, aplicando-se aos bens o princípio já então consagrado inserido na Súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal.

Em lapidar decisão, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pela sua 8ª Câmara Cível, Relator Desembargador Breno Moreira Mussi, ainda que em recurso que apenas dirimiu conflito de competência entre as Varas especializadas de Família e Cível, assentou que "em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais". Nas conclusões do voto, o relator afirma que:

"É função do Direito acompanhar a evolução dos tempos e, na ausência de leis que venham a dirimir as questões homossexuais apresentadas, sejam entre homens ou entre mulheres, formar, através da jurisprudência, uma regulamentação da matéria, de acordo com as normas do ordenamento jurídico." (AC 599075496)

Um pouco mais longe vai a conceituada magistrada sul-rio-grandense Maria Berenice Dias. Após criticar a falta de elaboração legislativa e o conservadorismo judicial, afirma que "não assegurar qualquer garantia nem outorgar quaisquer direitos às uniões homoeróticas infringe o princípio da igualdade e revela discriminação sexual". Daí preconiza a aplicação das mesmas regras que regem as relações heterossexuais, pois entende que "mais do que uma sociedade de fato, trata-se de uma sociedade de afeto, o mesmo liame que enlaça parceiros heterossexuais".

Também fundamentado no Direito Constitucional, Luiz Edson Fachin diz que encontram-se na asseguarção da liberdade, da igualdade, da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, "a base jurídica para a construção *do direito à orientação sexual como direito* personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana". E completa que, assim pensando, afasta-se a identificação social e jurídica das pessoas pelo predicado do direito personalíssimo da orientação sexual.

1.3 Concubinato impuro

O constituinte impôs outra restrição além daquela da união estável entre pessoas do mesmo sexo - criticável, pode-se afirmar, mas nem por isso desconhecível - que é a impossibilidade de reconhecimento da união estável para o concubinato impuro estabelecido por uma pessoa casada e com família constituída e outra, que seria considerada *amante*, permanecendo as atuais restrições da partilha de bens para a adúltera, a doação de adúltero à cúmplice " e a

herança ou legado à concubina do testador casado, apesar de a jurisprudência já se ter manifestado a respeito num e noutro sentido.

A referência que aqui se faz não é para o "simples amasiamento passageiro, especialmente quando envolvem pessoas casadas", como lembra Euclides Benedito de Oliveira. "Certamente não teria o legislador pretendido a extensão de benefícios legais em detrimento da família legalmente constituída, nem tampouco o incentivo à poligamia".

Pinto Ferreira também observa que:

"A família monogâmica (...) tem evidentemente diversas vantagens sobre a poligâmica. Entre outras, caberia mostrar que a monogamia permite uma melhor criação da prole, um superior desvelo pela velhice, uma profunda estabilidade do grupo social e corresponde à necessidade biológica da divisão numérica eqüitativa, existente na natureza entre o sexo masculino e o feminino, sem levar em conta, ainda, que ela permite uma vida espiritual mais aperfeiçoada nas relações domésticas."

Mas situações de fato existem que justificam considerar-se que alguém possua duas famílias constituídas. São relações de afeto, apesar de consideradas adulterinas, e podem gerar conseqüências jurídicas. Essas situações revelam antes de relações espúrias, convivência de boa-fé. A aceitação da jurisprudência e da doutrina é que tem percorrido um difícil caminho, não obstante manifestações reiteradas da Corte Especial.

No entanto, difícil é ocultar-se a existência de tais relações no âmbito social, daí a razão pela qual obtempera - validamente tanto para um como para outro dos casos citados - Luiz Edson Fachin defendendo 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".

A questão permanece em aberto e sujeita a discussões. Como o tema neste texto propõe o debate da questão que se relaciona aos bens de integrantes de relações de afeto durante a constância da união, e ainda que o texto constitucional afirme ser possível a formação de entidade familiar somente entre pessoas de sexos diferentes, traz-se à colação esses outros enfoques para o efeito de açular a polêmica. O que importa é que o primeiro passo já foi dado, e a experiência demonstra que, nesse ramo do Direito, a evolução se dá pelo exame dos fatos da vida, sendo importante o papel desempenhado pela doutrina e jurisprudência.

2. Importância da Súmula nº 380 do STF na Formulação do Atual Sistema de Partilha de Bens

A questão dos bens dos concubinos, agora regamente legislada no art. 5º, da Lei nº 9.278/96, teve o importante precedente da jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal. Essa foi decisiva na elaboração de uma nova consciência jurídica, diminuindo e excluindo as injustiças que se formavam nos casos de uniões de afeto, pois a falta de reconhecimento do concubinato no direito brasileiro não gerava qualquer efeito de ordem patrimonial entre aqueles que escolhiam - ou eram levados a isto, pela impossibilidade de dissolução de casamento anterior - aquela forma de convivência.

Só que a matéria, sobre não estar pacificada ainda hoje, era afastada pela doutrina dos efeitos que poderiam advir para o Direito de Família, como anota Guilherme Calmon Nogueira da Gama, que dá a perfeita noção da "distinção que já vinha sendo feita entre o companheirismo e a constituição da sociedade de fato entre os companheiros, não sendo suficiente para o partilhamento do patrimônio apenas a existência do primeiro.

Mesmo diante dessa divisão lógica entre os conceitos, é inegável que a construção pretoriana foi responsável pelo início dos estudos doutrinários e legislativos, que culminaram com a edição da norma constitucional de reconhecimento da entidade familiar independentemente do casamento. Sim, porque a produção dessa assentada jurisprudência favorável à partilha de bens entre companheiros, ainda que os equiparando a uma sociedade de fato, afastou o principal óbice que normalmente afeta as relações do ser humano: a egoística partição dos bens materiais. Deu-se, assim, o deslocamento do concubinato - que passou a ser denominado de união estável - do âmbito do Direito das Obrigações para o do Direito de Família, com reconhecimento de efeitos jurídicos oriundos dessa união por uma legislação própria e adequada.

Apesar desse progresso legislativo, entende-se que a Súmula nº 380 não caiu em desuso, como já afirmado neste ensaio, pois ela pode perfeitamente conformar-se aos outros casos de

relações informais que fujam do conceito de concubinato puro como de pessoas do mesmo sexo, posição defendida por Guilherme Calmon Nogueira da Gama, "com a ressalva de que em relação a tais uniões deve haver a prova da contribuição efetiva na formação ou aumento patrimonial, justamente diante da sua natureza de sociedade de fato, não possuindo caráter familiar".

Discorda-se da notada apartação que o autor citado faz ao declarar a impossibilidade de equiparação dessas uniões à estabilidade familiar, restringindo-as ao aspecto patrimonial e praticamente desconhecendo as relações de afeto possivelmente existentes. Afastada a questão moral e ética experimentada no seio da sociedade brasileira, é de evidência meridiana a necessidade que terão os tribunais de enfrentar hipóteses relacionadas ao tema. E, para isso, deverá estar preparada a doutrina mais conservadora, mesmo sabendo das dificuldades teórico-jurídicas que enfrentará para encarar o problema de frente.

Outros há que entendem equivocada a aplicação que os tribunais extraordinários, notadamente o Superior Tribunal de Justiça, têm feito do preceito sumulado, como é o caso de decisões que a aplicam às uniões estabelecidas pelo novo conceito constitucional. Críticas são dirigidas por Marilene Silueira Guimarães quando o Tribunal Superior entende partilhar os bens na proporção do esforço de cada um dos conviventes, como se de sociedade de fato se tratasse. Neste mesmo sentido, a lúcida observação do magistrado Cezar Peluso, citado pelo também Juiz paulista Paulo Martins De Carvalho Filho.

Em építome, pode-se avaliar o avanço jurisprudencial sumulado da mais alta Corte do País como o início da caminhada rumo à constitucionalização da união estável, resultando em dispositivo específico na Carta da República, que abriu novos contornos ao Direito de Família. A edição de legislação específica foi decorrência natural para o ordenamento da partilha de bens entre os concubinos, companheiros, conviventes - esta última expressão adotada pela lei atualmente em vigor. Mas é salutar repetir: a posição ora dominante é de aplicação da jurisprudência sumulada a apenas três casos bem definidos: às uniões entre pessoas do mesmo sexo, ao concubinato impuro e ao concubinato puro dissolvido antes da vigência da Lei nº 9.278/96.

3. Bens que Integram o Patrimônio dos Conviventes

Sobre a questão especiosa dos bens, o art. 3º, da Lei nº 8.971/94, posteriormente revogado pelo art. 5º, da Lei nº 9.278/96, seguiu então a tendência notada através da jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal, exigindo *o esforço comum*, com a diferença de que a norma legal garantia o direito à meação, em evidente progresso legislativo. Deixou outro senão além daquele de repetir a Súmula nº 380: a partilha de bens ainda em vida e na hipótese de separação, porque previa apenas o direito à meação ao cônjuge sobrevivente.

Pela Lei nº 9.278/96 houve avanços consideráveis. Segundo Débora Gozzo esta Lei (...) inovou sobremaneira em termos de disciplinamento da união estável", com novos contornos e maior abrangência perante o que estava e ainda está, no que não houve revogação, na lei anterior. Também não se pouparam críticas, considerando-a incoerente com a lei anterior e desprovida de melhor técnica legislativa, apesar da consideração de que se trata de uma lei com boas intenções e melhorias importantes.

Um outro avanço notado na nova Lei - e que denota a adoção da tendência que a jurisprudência já se inclinava - é a expressa exclusão das questões relacionadas com a partilha de bens do campo do Direito das Obrigações, passando para o âmbito do Direito de Família. Antes, como assinalava Mário de Aguiar Moura só o Direito Obrigacional oferecia as armas para a solução das controvérsias surgidas entre concubinos afirmando que o concubino em nome de quem não tenham sido inscritos os bens, na titulação legal, seja o homem ou a mulher, é sócio do que aparece como titular, A descaracterização da união estável como simples contrato social leva em consideração a hoje dominante tese de que se tratam de relações de afeto e não de simples negócio comercial, como foi a válvula de escape conseguida pela doutrina e jurisprudência anteriores para aproximar mais o direito da justiça, evitando-se o enriquecimento sem causa de um dos *contraentes*.

No que diz com os bens adquiridos na constância da vida em comum, praticamente repetiu o que hoje vigora na sistemática aplicável no casamento celebrado segundo a lei civil. Débora Gozzo repudia que este patrimônio seja considerado como integrante de uma espécie de "regime de bens", a exemplo do que ocorre com aqueles adquiridos na constância do casamento, pois entende que o legislador não pretendeu criar um regime específico para a união estável, mas tão-somente estabeleceu uma presunção de condomínio entre os conviventes, bastando uma leitura no texto do artigo. Não pensa assim Cláudia Grieco Tabosa

Pessoa, para quem "o Estatuto do Concubinato modificou substancialmente a estrutura informal das uniões estáveis do ponto de vista do regime de bens, estabelecendo um verdadeiro regime de comunhão parcial quanto aos bens adquiridos pelos conviventes no curso da relação concubinária". Essa também é a opinião de Zeno Veloso, acentuando que o legislador, mesmo sem dizer abertamente, criou um regime de bens entre os conviventes.

De logo ressalta da disposição legal que entram na formação do patrimônio da união estável apenas os bens móveis e imóveis que tenham sido adquiridos a título oneroso, excluindo-se os gratuitos, que pertencerão ao convivente que tiver sido beneficiado. Não há expressa menção legal, mas presume-se a exclusão, em face de o texto referir-se tão-só aos adquiridos de forma onerosa. A doação por terceiros a um dos conviventes, por conseguinte, não precisará ser gravado com a cláusula de incomunicabilidade. Pode ocorrer que o doador faça a doação ao casal, ou que a realize de forma a aquinoar cada um com uma parcela do bem doado, caso, então, em que a cota de cada um corresponderá ao que for estipulado no documento de doação.

Os bens adquiridos antes do estabelecimento da união estável e aqueles que ingressaram no patrimônio de um dos conviventes, mas com origem em sub-rogação de outros já possuídos antes da convivência, também não entram na formação patrimonial comum. Mas os bens adquiridos quando a união ainda era incipiente poderão ser incluídos na comunhão, apesar da posição contrária. da Corte Especial em caso símile.

Estabelecida a união de fato e os bens que passam a integrar o patrimônio comum dos conviventes, a lei também regulou a forma como eles ingressam ou podem ser retirados da esfera jurídica de cada um e a forma como administrá-los.

4. O Condomínio como Regra; o Contrato como Exceção

Interessante questão surge com relação à presunção legal que contém o *caput* do art. 5º, ao referir-se que os bens adquiridos na constância da união são considerados como resultado do esforço comum, pertencentes a ambos e formando um condomínio em partes iguais. Ressalva a estipulação contrária, mas exige o contrato escrito. Cessa a presunção de condomínio apenas quando ficar comprovado que os bens adquiridos por apenas um dos conviventes, foi em decorrência da venda de outros adquiridos anteriormente ao início da união.

Aqui surge a primeira grande diferença em relação ao sistema anterior, que era comandado pela jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal. A divisão dos bens em partes iguais - é a presunção da lei - independe da contribuição de cada um para obtenção deles durante a vida comum. A grande discussão que se travava na doutrina e jurisprudência estava justamente situada neste tópico, ensejando posições de um e outro lado, se contava ou não o efetivo contributo de cada um dos companheiros no amearhar dos aqüestos. O legislador afastou qualquer discussão a respeito, impondo que, se comprovada a união estável, os bens adquiridos na sua constância pertencem a ambos.

A disposição assim contida geraria presunção absoluta ou relativa? Ou seja, admitiria prova em contrário de que a formação do patrimônio tivesse ocorrido de outra forma?

O texto legal deixa transparecer duas situações: a aquisição de bens durante a constância da união estável que, sem estipulação contrária, pertenceriam aos conviventes, e a aquisição onde os conviventes estipulem em sentido contrário da presunção da primeira parte, desde que em contrato escrito. Isto quer dizer que, no primeiro caso, a presunção da divisão da propriedade dos bens em partes iguais é absoluta, somente admitindo prova em contrário se constar de avença por escrito, relativizando-a tão-só na hipótese de ajuste entre as partes interessadas. Mais aproximada desta posição é a de Zeno Veloso, para quem a presunção legal não pode ser elidida por prova em contrário, "mas, somente, por estipulação contrária dos conviventes, em contrato escrito". A conclusão de Débora Gozzo considera que:

"A presunção legal do art. 5º, *caput*, dessume-se ser relativa pelo próprio conteúdo da norma legal, vez que nela encontra-se prevista a possibilidade de os conviventes estabelecerem, em contrato escrito, hipótese diversa do condomínio para os bens adquiridos após o início da vida em comum."

Concorda-se, desde logo, num aspecto: a existência de contrato escrito supera a presunção legal para os autores citados, independentemente da interpretação que se dê à natureza da norma.

O contrato pode ser firmado antes, durante e depois da convivência, pois a lei não apresenta qualquer óbice. Feito depois de instalada a união estável, seus efeitos serão restritos e podem ser comparados tão-só a uma transação a respeito dos bens comuns, pois não pode ter efeito retroativo. Se firmado para o processo já instaurado, dependerá de homologação judicial.

O desvio da regra geral permitido pela lei de que os conviventes possam estabelecer contrato escrito, no qual estabeleçam diferente forma de participação no condomínio, pode criar entre os conviventes situações especialíssimas. Por isso, partindo-se da presunção legal de existência do condomínio em partes iguais, 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, pena de invalidar-se a manifestação volitiva em que se flagrar algum vício na sua formação.

Assim, apesar da vontade expressa em documento escrito, esta demonstração individual cede pelo interesse geral e prevalente do Estado na preservação da união estável diante dos olhos da sociedade que rege com suas leis, harmonizando e adaptando os interesses individuais à força dos interesses gerais. A ação do Judiciário, no caso, não só intervém para recolocar o equilíbrio entre partes, mas também para eventualmente desmontar condições iníquas e torná-las írritas e de nenhum efeito perante o Direito, justamente por levar em conta que essas manifestações-ainda que individualmente consideradas - trazem em seu âmago conseqüências desastrosas para a coletividade.

Tal situação amolda-se àquilo que efetivamente pretendeu o constituinte de 1988, apesar da cortina de fumaça que encobre esta verdadeira intenção, contida no dito ao fim do § 3º, do art. 226, "devendo a lei facilitar sua conversão em casamento". Ou seja, conceituar a união estável como entidade familiar, sob proteção do Estado e, portanto, em posição idêntica ao casamento, contendo forte dose de interesse público. Além disso, a característica de exceção à regra do condomínio em partes iguais e o fato de poder valer o escrito particular, impõe certa parcimônia em sua interpretação.

5. Prevalência do Direito de Família sobre o Obrigacional

A juventude do instituto do contrato escrito como exceção à regra do condomínio em partes iguais não permite, ainda, se tenha uma casuística importante. No plano teórico-doutrinário nem tanto, porque as posições tendem a descobrir fórmulas novas, em especial na consideração de que as relações de afeto não coadunam com relações obrigacionais. Mas, no prático-jurisprudencial, é fácil prever a adoção das regras de Direito Civil aos ajustes celebrados, ainda mais para as causas de nulidade e anulabilidade parcial ou total de cláusulas ou mesmo do contrato. É compreensível, pois outra solução não se mostra ainda possível, tanto pela tradição civilista-obrigacional das relações concubinárias, quanto pela ausência de melhor e específica legislação pertinente.

Repugna a muitos a idéia de que o ajuste firmado entre os conviventes tenha este caráter civilista obrigacional, embora essa tenha sido a saída possível naquelas hipóteses de contratemos na execução do contrato de sociedade de fato como era considerado o (contrato) entre concubinos. No entanto, após o advento da Constituição de 1988, em que o concubinato foi alçado à categoria de "entidade familiar", não se pode mais fugir de sua inserção no campo específico do Direito de Família, utilizando-se dos princípios que regem este ramo jurídico, fugindo o quanto se pode da normatização pertinente ao Direito das Obrigações.

Daí por que o alinhamento que se faz neste ensaio ao pensamento expresso por Cezar Peluso, citado por Paulo Martins de Carvalho Filho, onde transparece lúcida e clara interpretação do texto constitucional antes mesmo do advento das disposições das leis que regulamentaram a partilha de bens entre conviventes:

"Em síntese, porque lhe atribui a condição jurídica de entidade familiar, o art. 226, § 3º, da vigente Constituição, submete *ipso iure* o concubinato ao regime jurídico das entidades familiares. E que regime é esse? Só pode ser o integrado pelas normas e princípios sistemáticos que disciplinam as relações de família e, em particular, as relações oriundas do casamento, o qual constitui, na percepção das coisas evidentes por si mesmas, o instituto homólogo do concubinato. São deduções, estas sim, lineares, do texto constitucional, que é regra de eficácia plena e incidência imediata, porque não precisa de outra regra, ou regras, para desatar as conseqüências normativas de sua conceituação dogmática.

Esse o verdadeiro sentido da norma constitucional, pois, do contrário, nem haveria razão para a inserção no seu texto de regra que remete à competência do juízo de família toda matéria relativa à união estável. É a clara "admissão de novas famílias" a que se refere Heloísa Helena Barboza, completando:

"Carentes de regulamentação, passaram a exigir do intérprete, especialmente, a união estável, correspondente constitucional do concubinato não eventual, grande esforço, posto

que, na verdade, nenhuma das normas de Direito de Família se lhe amoldava à perfeição, mostrando-se o recurso à analogia canhestro, já que, se de um lado sua estrutura fática é similar ao casamento, diferem radicalmente na constituição: o casamento é um ato jurídico solene, contido pelo Direito de Família; a união estável um fato, examinado, até então, à margem da ordem familiar. Observe-se que, como assinalado, toda construção jurisprudencial relativa às uniões livres fundou-se em institutos do Direito das Obrigações."

Contudo, no caso de contrato escrito e na forma como está colocado no texto de lei - como exceção ao princípio da comunhão dos aqüestos - não se tem outra alternativa do que também analisar as conseqüências jurídicas decorrentes sob o ângulo do Direito Civil, sempre ressaltando a primazia das regras de Direito de Família.

Melhor seria, sem dúvida, que o legislador deixasse ao intérprete a tarefa de apreciar caso a caso a questão relativa aos bens adquiridos na constância da união; ou que o Executivo tivesse excluído a expressão "salvo estipulação contrária em contrato escrito" como já o fizera em relação aos arts. 3º, 4º e 6º. Não feito isso, impende o exame deste tópico específico à luz dos cânones civis.

6. Da Nulidade, Anulabilidade e Revisão do Contrato entre Conviventes

A norma ordinária contém exigência de que o contrato seja escrito, não esclarecendo se público ou particular, inferindo-se daí que pode ser utilizada qualquer uma das formas, ao contrário do casamento em que a lei civil reclama escritura pública nos contratos antenupciais.

Deve exprimir a vontade das partes para a composição de interesses contrapostos, tornando-se depois de firmado por ambos os contratantes lei entre eles. Não escapa desses contratos os elementos requeridos pelo Código Civil para a validade de qualquer ato jurídico: capacidade do agente, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei, daí irradiando os seus efeitos. Há de ser firmado por quem tem capacidade civil. O objeto deve restringir-se àquele previsto na lei específica: disposição sobre o patrimônio, sua divisão e administração.

Fincado nestas premissas, o contrato entre os conviventes nenhum óbice terá para que ingresse no plano da existência e gere efeitos jurídicos no plano da eficácia.

Todavia, casos haverá em que, não obstante o contrato firmado, reclamará uma das partes que sua capacidade volitiva, no momento da contratação, encontrava-se viciada porque obtida mediante erro substancial quanto à pessoa ou coisa, dolo, coação ou fraude; ou que a proporção adotada na divisão condominial contratada se tornou excessivamente onerosa, rompendo a base contratual. No primeiro caso, a invalidade do contrato vem expressa na própria lei civil; no segundo, a moderna interpretação dos contratos admite a intervenção do Judiciário, como forma de reequilibrar as partes e impedir que uma delas sofra lesão em seu patrimônio.

"A nulidade é inconvalidável: não sobrevém, jamais, validação", como afirma, com a proficiência de sempre, Pontes de Miranda. Prossegue para dizer que "a nulidade pode ser argüida, de regra, por qualquer interessado, não porque o ato jurídico não seja, mas porque não produz qualquer efeito". E completa que nulo não é inexistente: "Ambos não têm efeitos. Mas um não é; e o outro é. Um pode, excepcionalmente, ter efeito; e o outro, não"

Se desobediente a essas regras, deduz-se do que até agora foi exposto, que o contrato entre os conviventes (a) mesmo nulo, tem certa carga de eficácia, (b) porque existente e (c) sua invalidade pode ser declarada mesmo de ofício pelo juiz ou requerida pelo Ministério Público, como custos *legis* ou parte.

Também pode ser anulável. Antônio Janyr Dall'Agnol esboça os traços distintivos entre nulidade e anulabilidade, afirmando que fundamenta-se na possibilidade ou não do defeito, "tanto que superado o problema sob o ângulo da maior ou menor gravidade do defeito, por francamente insatisfatório", lembrando Ovídio Batista da Silva ("do ato para a norma jurídica; da gravidade do defeito para a natureza da norma jurídica violada"):

"Se a infração se dá a regra onde a tutela é (ao menos preferencialmente) de caráter público, a conseqüência será a nulidade (ou nulidade absoluta); se, ao contrário, a tutela é de interesse particular, eventual infringência importará em mera anulabilidade (ou nulidade relativa). O regime legal, por óbvio, é diverso, conforme a espécie."

Assim, quando o contrato firmado entre os conviventes não for fiel a esses pressupostos, o ajuste será considerado nulo ou anulável, voltando-se ao princípio inserido na própria lei, que deverá, então, ser a regra aplicável, com a repartição igualitária dos bens adquiridos durante a vida em comum.

Igualmente pode ser abusiva por importar em desequilíbrio significativo entre os direitos de

um em contraposição às obrigações do outro, em prejuízo desse. Há uma desvantagem exagerada, o que desnatura a relação de equivalência que deve existir entre os conviventes e em afronta aos direitos e deveres de ambos, que se devem respeito e consideração mútuos. O contrato que contenha cláusula abusiva é anulável total ou parcialmente, e sua apreciação depende da manifestação ativa da parte, porque pode não ser do seu interesse a invalidade. Isto porque não se adapta a nenhum dos preceitos contidos nos incisos do art. 145, do Código Civil.

Modernamente, prevê-se a possibilidade de revisão dos contratos em que se contém alguma cláusula abusiva.

O conceituado Arnaldo Wald, em breve mas nem por isso incompleto texto doutrinário, afirma que o contrato assinado sob os auspícios da boa-fé é obrigatório entre as partes, como se lei entre elas houvesse, valorizando o *pacta sunt servanda*. A rigidez do sistema gerava abusos e inconvenientes, pretensamente fundamentados no exercício regular do direito, pois inseridos em contrato que obedecia aos ditames da lei e representava a vontade das partes. Para combatê-los, surgiram as teorias e técnicas denominadas de conceitos amortecedores" ou "válvulas de segurança", entre os quais destacam-se a teoria da imprevisão, ou cláusula *rebus sic standibus*, que assume tal função e "limita a autonomia da vontade no interesse da comutatividade dos contratos, com o fim de assegurar a equivalência das prestações às partes, quando, por motivo imprevisto, uma delas se tornou excessivamente onerosa".

Segue afirmando que:

"A citada teoria, mesmo reverenciando o princípio *pacta sunt servanda*, admite sua ruptura, ou acomodação, na medida em que se observe substancial alteração na base do negócio. Para Larenz, a base objetiva do negócio é o conjunto de circunstâncias e o estado geral das coisas, cuja existência ou subsistência são objetivamente necessárias para que o contrato, segundo o significado das intenções de ambos os contratantes, possa subsistir como regulação dotada de sentido."

Não resta qualquer dúvida que essas válvulas podem ser abertas para ajustar a pressão decorrente de uma relação conflituosa no seio de uma entidade familiar. Não se cansa de repetir que se está diante de relações de afeto, permeadas por emocionalidade intensa e que, no mais das vezes, obnubilam a capacidade volitiva das partes na hora de contratar. As conseqüências disso, por evidente, somente serão perceptíveis ao longo do tempo e depois de estabelecido o conflito.

Ainda a ponderar dois princípios de larga importância, justificadores da abertura em direção à revisão dos contratos: o da justiça contratual, que preserva uma forma razoável de equilíbrio e igualdade entre os contratantes, e o da boa-fé objetiva, em que a relação contratual deve permear-se pela conduta dentro da legalidade, da honestidade e da moralidade entre as partes. Importantes funções exerce essa conduta pessoal dos contratantes, no sentido de interpretar o contrato, integrando-o pela formação de novos deveres das partes e controlando a ação delas na execução do contrato.

Estas funções foram bem resumidas pelo Jurista português Mário Júlio De Almeida Costa: "A eticidade a que não é estranho o direito das

obrigações influi diversos aspectos da disciplina negocial, designadamente dos contratos". Ressalta, então, os termos gerais da boa-fé, em que lei civil portuguesa coloca, sob o comando subjetivo deste princípio, "as três fases fulcrais do desenvolvimento do vínculo contratual: a sua formação (art. 227º, n. 1), a subsequente integração (art. 239º) e, ainda, a respectiva execução, quer dizer o exercício dos direitos e o cumprimento das obrigações que dele derivam (art. 762º, n. 2).

Pode-se fundamentar a posição ética que devem ter as partes na condução de um negócio dessa envergadura, dada a duplicidade de conteúdo - econômico e emocional - na lição magistral do mesmo autor português, para quem a obrigação tem nascimento e desenvolvimento para aquilo que é a razão de existir da relação, ou seja, o seu cumprimento. Condicionam esse processo evolutivo de criação e cumprimento os princípios da autonomia da vontade e da boa-fé, que não são os únicos, mas representam a base fundamental do Direito das Obrigações. Numa primeira análise, aparecerão como princípios contrapostos: o da autonomia da vontade no campo técnico-jurídico e o da boa-fé restrito aos valores éticos. Mas não é assim, porque a autonomia privada da vontade também fica jungida aos limites ético-jurídicos.

E completa:

"A reflexão ética existe nesses dois princípios, embora com incidências distintas. A lei

estabelece os limites da autonomia privada e ao julgador fica uma básica subsunção lógica, não isenta, é certo, do mínimo de valoração e apreciação judicial que sempre existe. De modo diverso, a consagração do princípio da boa-fé implica, como melhor se verificará, uma específica valoração jurisprudencial ético-jurídica para solução do caso concreto. Quer dizer, o acento tônico ético-valorativo coloca-se, respectivamente, no momento da feitura da lei e no momento judicial da decisão."

Não basta ao convivente, portanto, a adoção de todos os vetores de legalidade ao firmar o contrato, mas também aqueles que orientem a honestidade e a moralidade. São princípios de ordem subjetiva, mas nem por isso descartáveis da interpretação que se deve fazer em contratos da espécie em estudo, levando-se em consideração, por exemplo, a intenção das partes em detrimento ao sentido literal da linguagem. É claro que o contrato que traz em seu cerne desequilíbrio em favor de uma das partes, não é provável e nem presumível, tenha sido construído atendendo a exata vontade daquela que é prejudicada. Por isso, a necessidade de investigação para a compreensão das reais intenções dos conviventes. Surpreendendo qualquer uma das modalidades de vícios que possam invalidar o contrato e que até agora foram estudadas, caberá ao juiz decretar a ineficácia da convenção escrita.

É o que ocorre, v.g., quando do significativo desequilíbrio existente em ajuste sobre a comunhão dos aqüestros, com desproporção desmedida da partição dos bens. Não que se pregue insanamente a proibição da contratação da divisão em percentuais desiguais para cada qual dos conviventes, ou que se imponha a todos os contratos a intervenção e revisão judicial. Mesmo tenha sido negociado individualmente (afastando-se, por óbvio, a perniciosa adesividade, porque inaplicável a contratos dessa natureza), mas diante da verificação de que seu conteúdo revela infração às exigências da boa-fé, o contrato merecerá a intervenção estatal através do juiz.

Rubén Stiglitz, referindo-se a outra espécie de ajuste, chega a admitir até a inexistência de prejuízo significativo para a consideração de ser uma cláusula contratual abusiva por ofensa a boa-fé. E o inverso é verdadeiro, afirma, já que o abuso que por si só implica uma cláusula que fratura significativamente o princípio da onerosidade, não requer que, por sua vez, importe uma infração ao princípio da boa-fé.

O que se tem, em resumo, é que os contratos que tratam da divisão do produto patrimonial amealhado na vida em comum devem ser examinados sob o comando das leis civis, sem descartar os princípios que regem o Direito de Família. Verificado qualquer um dos casos de afronta a essas normas legais, seja de origem obrigacional, seja da gênese do Direito de Família, aquilo que fora estipulado como de inteira liberdade jurídica de contratar, será inválido. Se não for encontrado no ramo civil sustentáculo a essa invalidação, até o próprio texto da lei que regulamentou a norma constitucional mostra uma solução razoável, pela aplicação dos princípios do respeito e consideração mútuos que, como deveres, devem ter os conviventes um com o outro.

Conclusão

Não resta dúvida de que o Direito de Família, entre os ramos das ciências jurídicas, foi o que experimentou maiores transformações nos últimos tempos. Antes submetido a um olhar retrógrado do sistema, teimava 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 comandar tais relações, finalmente reconhecidas em dispositivo da Constituição de 1988.

Conclui-se, no entanto, que a legislação que regulamentou a norma constitucional, não se mostra suficiente para a solução de todos os conflitos que porventura surjam dessas relações de afeto, quando rompidas. Exemplo disso é a presunção que a lei elegeu para estabelecer um regime condominial de bens entre os conviventes. Ressalvou a possibilidade de contrato escrito placitar o contrário, mas não previu a reversão compulsória das partes ao estado anterior, na hipótese de desobediência aos princípios do equilíbrio contratual e da boa-fé dos contratos e de ocorrência de qualquer fato que possa viciar a vontade de um dos contratantes.

Assim, a invalidade de ajustes dessa natureza pode-se dar pelo reconhecimento de erro, dolo, coação ou fraude. Também é possível a revisão do contrato pela excessiva onerosidade que desequilibra a relação, ou pela ofensa ao princípio da boa-fé que, em contratos da espécie, é fator preponderante. Admite-se, inclusive, ausência de prejuízo se a boa-fé foi irrefutavelmente ferida, assim como a também nulidade de cláusula ou do contrato na

ausência de má-fé, mas com significativo prejuízo.

Adota-se como conduta jurídica-processual as regras civilistas-obrigacionais, pela absoluta ausência de regulamentação suficiente para tratar de tão importante questão. Reconhece-se que a idéia de aplicar princípios e regras de Direito de Família é prevalente, mas dada a insuficiência apregoada e até pela maior abrangência de conceitos, mantém-se o raciocínio fundamentado nas leis civis, sem desdenhar, é claro, dos princípios que regem as uniões de afeto, como o mútuo respeito e consideração.

A novidade do instituto poderá dirigir a doutrina e jurisprudência no sentido de consolidar uma ou outra das posições. Todavia, deve-se também admitir que o hábito arraigado de examinar questões entre casais unidos informalmente sob o prisma dos conceitos civis é difícil de extirpar do pensamento médio dos juristas. Os avanços acontecerão e serão notáveis, a continuar o progresso científico que hoje marca o Direito de Família.

Bibliografia

CAMBI, Eduardo. Premissas teóricas das uniões extramatrimoniais no contexto da tendência de personificação do direito de família. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coords.), *Direito de Família, aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v 4, 1999.

CARVALHO CILHO, Paulo Martins. A união estável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.734.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. Proteção estatal: à família, à união estável ou ao casamento, o que é importante? *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 73, 1998.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: - Almedina, 1998.

DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. Cláusulas abusivas: a opção brasileira. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 60, 1994.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual, o preconceito, a justiça*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2000.

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.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, v. 7, 1995.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo - uma espécie de família*. São Paulo: RT, 1998.

GOZZO, Débora. Da conversão da união estável em casamento no Projeto nº 2.686I96. *Tribuna da Magistratura, cadernos de doutrina*, São Paulo, n. 227, 1997.

O patrimônio dos conviventes na união estável. Análise do art. 5º da Lei nº 9.278/96. *Direito de Família*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 1999.

GUIMARÃES, Marilene Silveira. Reflexões acerca de questões patrimoniais nas uniões formalizadas, informais e marginais. *Direito de Família*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. O ensino do direito de família no Brasil. *Direito de Família*, São Paulo: RT., v. 4, 1999.

MADALENO, Rolf *Novas perspectivas no direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MALHEIROS, Fernando. A união estável e suas conseqüências jurídicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 682, 1992.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, Campinas: Bookseller, 2000, t. IV

MOURA, Mário de Aguiar. *Concubinato*. S. ed. Porto Alegre: Síntese. OLIVEIRA, Euclides Benedito de. A Constituição Federal e as inovações no direito de família. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Org.), *O direito de família após a Constituição Federal de 1988*, São Paulo: Celso Bastos, 2000.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato - união estável. In: *Direito de família contemporâneo*, Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PESSOA, Cláudia Grieco Tabosa. *Efeitos patrimoniais do concubinato*. São Paulo: Saraiva, 1997.

STIGLITZ, Rubén. Cláusulas abusivas en el contrato de seguro. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, Ed. especial, v. 1, 1988.

VELOSO, Zeno. Regimes matrimoniais de bens. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.), *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

WALD, Arnaldo. O princípio *pacta sunt servanda*, a teoria da imprevisão e a doutrina das dívidas de valor. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 64.