

# O CONTRATO DE CONVIVÊNCIA NO TOCANTE ÀS RELAÇÕES COM O TERCEIRO DE BOA FÉ

*Ricardo Barros de Assis*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O Casamento e a Convivência sem Título, 3. O Contrato de Convivência como Instrumento Regulador dos Relacionamentos Afetivos Extramatrimoniais. 4. O Estado Civil. 5. O Terceiro no Contexto da Relação Jurídica da Convivência. 6. Conclusão. 7. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Historicamente, tem-se que o casamento foi inventado pelo homem com o objetivo de organizar a sociedade, atribuindo-lhe valores, conceitos e dogma, porque é um ato genuinamente de cunho religioso, que passou a ser *a posteriori* exercido pelo direito civil como instituto. Dos mesmos pergaminhos, conclui-se que o berço da humanidade foi formado através de uniões livres, modernamente chamadas de "estável". Não existiam as uniões formais, ou seja, o casamento nos moldes atuais. Daí o surgimento do casamento como forma idônea de constituir a família.

Mas a evolução do homem em sociedade chegou a tal ponto que o casamento tornou-se incompatível com as aspirações de muitos, seja pela sua rigidez, sua complexidade em se desfazer o vínculo, seja ainda pelas responsabilidades geradas, e muitas das vezes renegadas a segundo plano.

Nos últimos anos, o Brasil tem experimentado uma mudança de seus conceitos, por conta da própria iniciativa de seu povo. O casamento foi aos poucos se tornando uma "trava" para aqueles casais que pretendiam constituir uma família pelo caminho da informalidade, mas eram pressionados de um lado pela discriminação da sociedade e da própria

---

\* Advogado militante na Comarca de Maringá. Formado pelo Centro de Ensino Superior de Jataí (CESUT), no Estado de Goiás. Especialista em Direito de Família e Direito Civil pelo Centro Universitário de Maringá (CESUMAR). Membro do Projeto de Pesquisa "O Direito de Família como elemento harmonizador das relações familiares e do acesso à justiça".

família, e, de outro lado, pelo alto custo de se casar e, eventualmente, se separarem. Foram, assim, ao arrepio da lei, formando suas próprias convicções, unindo-se livremente, na medida em que a legislação foi contornando os problemas gerados por esta "rebeldia", para não deixar desabrigados aqueles que, embora por meios extravagantes, tentavam constituir uma família, que recebe a tutela da própria Carta Magna.

A união estável e suas formas, no que se refere ao campo do direito de família renderam consideráveis progressos. Mais timidamente, também tem evoluído os outros ramos do direito, mormente aqueles que se referem às obrigações decorrentes dos efeitos legais gerados pelas uniões livres. Com o tempo, a lei passou a permitir que as partes constituintes de uma união afetiva livre pudessem dispor "livremente", em contrato escrito, tanto dos seus bens patrimoniais quanto a convenção de direitos e obrigações, respeitados os limites da transigência e a colisão com o direito positivo.

Mais recentemente, o reconhecimento da união estável, com as letras do Novo Código Civil brasileiro, imprimiu maior semelhança ainda com o matrimônio, até então exclusivo na disputa como forma de constituição da família brasileira. Algumas características ainda são intrínsecas a cada sistema, não se vislumbrando modificações. O matrimônio deverá continuar sendo considerado o único meio oficial, perante a lei e a Igreja, para unir um casal.

Neste contexto, alguns problemas ainda resistirão, como é o caso do reconhecimento do estado civil dos conviventes perante terceiros. Somente o casamento pode alterar o estado civil da pessoa. Daí decorrem diversas implicações no campo obrigacional, mister em relação a terceiros. O simples reconhecimento da união estável ainda não alcançou tal perfeição, razão pela qual desencadeiam-se diversos problemas, que representam desafios na busca de soluções para os juristas de nossa época, neste início do Século XXI.

Nasce, portanto, o contrato de convivência como instrumento adequado para regular as questões, regras, planejamento patrimonial e diversos outros itens que sejam de interesse dos parceiros dessa união estável. Ganha-se mais importância ainda o aperfeiçoamento do contrato de convivência, com o seu regular registro em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, para que surtam os efeitos em relação a terceiros.

Todavia, o contrato também tem as suas limitações, pois não resolve tudo. Parte do problema deve-se à falta de um termo identificador do estado civil dos conviventes, eis que o convivente não pode ser enquadrado como solteiro, separado judicialmente ou viúvo, por exemplo, o que lhe trás certo desconforto, além de deixar dúvidas quanto aos aspectos jurídicos da pessoa e dificultar a publicidade da união.

## 2. O CASAMENTO E A CONVIVÊNCIA SEM TÍTULO

Os conviventes encontram na união estável, hoje, um verdadeiro "casamento de fato", implicando no intercâmbio de direitos e deveres, reciprocamente entre os partícipes da relação, independentemente de contratarem ou não por escrito. Com a vigência do Novo Código Civil Brasileiro, os unidos extramatrimônio adquiriram o status de casados, inclusive quanto à matéria de ordem hereditária e sucessória.

O legislador, ao tratar do assunto, não conseguiu desvencilhar-se da sutil distinção legal entre o casamento e a união estável. O estágio atual desta permite certa confusão entre os direitos e os deveres para ambas. Na verdade, os casais unidos sem matrimônio constituem a família, que é a base da sociedade, da mesma forma que acontece com aquela formada através do enlace matrimonial, inclusive quanto aos direitos e deveres. A distinção, hoje, é muito mais conceitual que propriamente legal. O preconceito ainda é um tabu que distingue um sistema do outro.

Atualmente, pode-se dizer que existem dois sistemas paralelos capazes de constituir a família brasileira, envolvendo um homem e uma mulher como parceiros da vida em comum. O NCCB consagrou definitivamente o que já estava previsto na CF/88 e vinha sendo aplicado pela jurisprudência. Com o reconhecimento e pacificação das duas formas constitutivas das entidades familiares, todos os artigos que tratam das obrigações, responsabilidades e direitos relativamente ao cônjuge, agora também receberam ampliação com a adição em seus textos do termo companheiro. Mais do que isso, o atual *codex* reservou um Título<sup>1</sup> especialmente para tratar do tema.

Como forma de regulamentação, os chamados "contratos de casamento", que até pouco tempo eram recusados pelos oficiais registradores, ganharam evidência e importância no estabelecimento das regras entre os próprios conviventes, passando a ser expressamente aceitos pela legislação mais atual (Lei 9.278/96), e agora definitivamente pelo Art. 1.725 do NCCB.

O tempo encarregou-se de demonstrar que o costume e a vontade social é mais forte do que o preconceito, fato que levou o legislador constitucional e recentemente o infra-constitucional a se curvarem a realidade social, com a admissão e regulamentação da união estável, como uma forma de se constituir família em nosso país.

Naturalmente, a lei não pode prever todas as situações do mundo real. Da mesma forma, não deve impor de forma autoritária que o

---

<sup>1</sup> Título 111, do Livro IV, do Código Civil Brasileiro, Lei 10.406, de 10/01/2002 (Arts. 1.723 a 1.727)

consumidor final da norma jurídica efetivamente exerça determinado direito que tenha. Trata-se aqui de uma faculdade legal, isto é, o poder exercer. Para quem não quer submeter às regras e ao burocrático sistema matrimonial, optando pela simplicidade e ausência de "protocolos", não há de ser uma tarefa muito fácil aceitar a estipulação de regras e condições em contrato escrito.

Como explica Bruno Canísio Kich<sup>2</sup>, fazendo um trocadilho com os avanços da medicina e outras ciências presentes na vida do homem moderno, sugere que a união estável, tal qual a forma encontrada no Brasil atual é um "produto genérico" do casamento, pois possui o mesmo princípio ativo.

Foi preciso entender que as formas de constituição da família, assim como a humanidade, passou por constante evolução, na razão que os problemas do cotidiano, vi vi dos pela família brasileira tem dado asas à criatividade dos casais e influenciado contundentemente na tomada de uma decisão tão importante para o seu futuro.

Em pesquisa desenvolvida pelo jornal *Folha de São Paulo*, o resultado revelou surpreendente posicionamento dos jovens em relação as constituição de sua família. Um pequeno trecho da matéria<sup>3</sup> foi transcrito na obra de Ana Carla Harmatiuk Matos<sup>4</sup> trazendo a informação de que a metade dos jovens já descarta tanto a cerimônia quanto a legalização de suas uniões.

Não é difícil entender o por quê da nova geração está encarando de forma diferente daquela de seus pais a responsabilidade de formar uma família, pois, a grosso modo, e com as devidas reservas, tem total descrédito ao sistema matrimonial. Estudos recentes do próprio IBGE revelam que o casamento tem tido duração média de aproximadamente 10 anos<sup>5</sup>. Pasmem, um ato da vida civil que foi feito para durar a vida toda.

A celebração do casamento sempre foi assim confirmada pela autoridade eclesiástica: "... até que a morte os separem...". Mas esta declaração parece ter pouca importância nos dias atuais, pois com a flexibilização da Lei do Divórcio, ainda mais agora com as mudanças inseridas com a vigência do novo Código Civil, e com a possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial. A legislação, na medida em que evoluiu, foi gradativamente baixando os prazos exigidos para requerer o divórcio, como se o Estado estivesse perdendo a queda-de-braço com a sociedade.

<sup>2</sup> KICH, S.C. *Contrato de convivência: concubinato "Unión de hecho"*. 2. ed. Campinas, SP: Ed. Agá Juris, 2001, p. 37-45

<sup>3</sup> Caderno Especial 2, sobre família, do jornal *Folha de São Paulo* de 20 de setembro de 1998, p. Especial A-11, 9/8105.

<sup>4</sup> MATOS, A.C.H. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000. p. 3-5.

<sup>5</sup> Matéria veiculada na Rádio CSN, na data de 06/09/2003, sob o tema planejamento financeiro.

E não poderia ser diferente, pois neste campo já se firmou o entendimento de que a norma cogente não pode conduzir o povo, mas sim, ela é criada para regulamentar e proteger as relações surgidas na sociedade. O Estado, nos tempos modernos em que vivemos, não pode mais criar empecilhos ao desfazimento daqueles casamentos ditos "infelizes", ou seja, deve-se dar nova oportunidade aos casais, para que possam tentar suas vidas com outras pessoas na busca de sua felicidade. E segundo, porque com ou sem o reconhecimento de direitos das uniões livres, elas irão continuar existindo.

Vários são os motivos que conduzem a sociedade à escolha destas formas alternativas de constituição de uma família. Pela própria inércia do "comodismo", somada, muitas vezes, à falta de recursos financeiros para custear o enlace matrimonial ou, ainda, devido a impedimentos temporários para o casamento, como é o caso das pessoas separadas judicialmente mas sem a decretação do divórcio, e assim por diante.

Não se pode, entretanto, perder de vista as condições para a caracterização da união estável, que deve, da mesma forma que acontece no casamento, observar o disposto nos artigos 1.521 e 1.523 do NCCB.

E existem diversas outras peculiaridades importantes de serem analisadas no processo de constituição da união estável, como é o caso da família monoparental, que é potencialmente instigadora deste tipo de união. Por sua vez, a família constituída através de uma união estável possui também grande probabilidade de resultar em família monoparental, pela simplicidade que têm os conviventes em se unirem ou se separarem.

O constituinte de 1988 definiu que a família também pode ser formada por um de seus pais e os seus descendentes, *ex vi* do § 4º, do Art. 226 da CF/88<sup>6</sup>. Refletindo sobre o tema, não é distante imaginar que, tanto é provável a formação da família monoparental a partir de uma união estável que se findou com a partida de um dos integrantes, como também é igualmente possível que a carência de um companheiro(a) resolva a família, antes monoparental, em uma nova união estável.

A comparação pode também ser aproveitada em relação ao casamento. Todavia, neste caso, não há a mesma versatilidade e disponibilidade dos partícipes que é vista na união estável. A informalidade é um convite à disposição, formação e extinção das relações de união estável. Neste sentido, a mutabilidade dos parceiros parece-nos inevitável.

Segundo José Sebastião de Oliveira<sup>7</sup>, fatores econômicos e culturais contribuem para as flexões e modificações estrutural da família brasileira,

<sup>6</sup> § 42: Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

<sup>7</sup> OLIVEIRA, J.S. de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 171.

permitindo que as pessoas passem por diversas e sucessivas uniões estáveis, sem se preocuparem com o casamento. "O informalismo com que se entra e sai de uma união estável é o fator principal de sua escolha", afirma. Ainda sob a égide dos ensinamentos do ilustre professor José Sebastião de Oliveira, a CF/88 não pode ser furtar em reconhecer e conferir proteção às diversas espécies de famílias e uniões livres, encartando o § 4º no artigo 226 da mesma.

A revolução sexual dos anos 60, proporcionada pela nossa revolução industrial, contribuiu tanto para a proliferação das uniões livres como para o seu engajamento no seio da sociedade, aos poucos ganhando *status* de casamento. De fato, a legislação começou timidamente a reconhecer e regulamentar a questão, eis que inevitável a sua semelhança com o casamento, possuindo todos os atributos afetivos e características do oficial matrimônio.

A CF/88, com a positivação contida no § 3º do seu artigo 226, reconheceu definitivamente a formação da família através da união estável. À legislação infraconstitucional coube a tarefa de regulamentar a questão, estabelecendo as condições e requisitos necessários para configurar a união.

Na colocação de Marco Aurélio da Silva Viana<sup>8</sup>, o art 2º da Lei nº 9.278/96 estabeleceu um complexo de direitos e deveres entre os conviventes. calcado no art. 231 do Código Civil de 1916, sinalizando para uma equiparação do entre a união estável e o casamento. Complementa, dizendo que a lei somente não trouxe expressamente o dever de fidelidade recíproca de forma objetiva, mas o mesmo se depreende do dever de respeito e consideração mútuos.

Já em sentido oposto, foram as razões<sup>9</sup> dos vetos à Lei nº 9.278/96, na qual o então Excelentíssimo Sr. Presidente do Brasil, Fernando Henrique Cardoso, externa a sua preocupação com a valorização da união estável em contraposição ao casamento, argumentando que, "...em primeiro lugar, o texto é vago em vários de seus artigos e não corrige as eventuais falhas da Lei nº 8.971/94. Por outro lado, a amplitude que se dá ao contrato de criação da união estável importa admitir um verdadeiro casamento de segundo grau, quando não era esta a intenção do legislador, que pretendia garantir determinados efeitos *a posteriori* a determinadas situações nas quais tinha havido formação de uma entidade familiar..."

Entretanto, não há mais como lutar contra uma realidade, qual seja a da formação da entidade familiar a partir da união estável, até porque o texto constitucional assim já se dizia, não havendo mais justificativas para o

<sup>8</sup> VIANA, MAS. *Da união estável*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999. p. 31.

<sup>9</sup> Extraído dos anexos da obra: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. Belo Horizonte: Editora Dei Rey, 2001. p. 203.

conservadorismo de alguns pensamentos. Há muito tempo que o casamento não é o único meio de formação de família. Isso é um fato que ganhou a proteção, primeiro da jurisprudência, depois, da Carta Magna e agora do atual Código Civil, merecendo a sincronia com a legislação pertinente.

Não se pode olvidar, que o casamento ainda é a expectativa última da lei. O legislador de 1988 fez inserir na lei do cidadão uma ordem de se facilitar a conversão da união estável em casamento. Portanto, embora por outros meios atingida a devida proteção aos direitos básicos dos companheiros, inclusive com a vigência do NCCB, enaltece-se a busca da transformação dessa relação amistosa em um vínculo matrimonial definitivo, como se este fosse hierarquicamente superior àquela relação.

Na verdade, as bases da atual Constituição Federal são voltadas a dar proteção à família, porquanto o casamento ainda representa uma sólida instituição constituidora da família brasileira, que por sua vez, é a base da sociedade em que vivemos, sendo esta o bem maior tutelado pela Magna Carta. Em especial, protegendo os interesses dos filhos destas famílias, matrimonializadas ou não.

Mesmo nos casos em que for nula ou anulável a união estável que deixou de respeitar pré-requisitos de lei, ou condições essenciais para a sua constituição, sempre haverá de ser respeitados os interesses dos filhos dessa relação desconstituída, bem como preservados serão os direitos dos terceiros com quem contrataram, sendo estes de boa-fé. Nesta esteira também se aproveita a proteção aos interesses do convivente enganado, se reconhecida a sua boa-fé. Sobre esta ótica, nada difere do casamento.

A função da lei aqui, é garantir que haja segurança jurídica, respeito e justiça, zelando pela proteção aos direitos e interesses da sociedade. Pois, como bem disse o professor José Sebastião de Oliveira<sup>10</sup>, "constitui princípio de Direito de Família, consagrador da liberdade e da felicidade de nosso povo, a livre escolha pela forma de união familiar que melhor atenda às expectativas de cada um". Concluiu ainda, que "a única função das normas é serem aplicadas aos fatos sociais". Nesta ordem, a intervenção do Estado parece inarredável e indispensável, para que atinja mesmo aqueles distantes da relação, salvaguardando os seus direitos, na condição de terceiros de boa-fé.

Já foi dito alhures, que a CF/88 transferiu para a lei infraconstitucional a responsabilidade e a função de facilitar a conversão da união estável em casamento. O advogado, e eminente jurista, prof. Miguel Reale<sup>11</sup> estabeleceu paralelo entre a união estável e o casamento,

<sup>10</sup> OLIVEIRA, J.S. de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 145.

<sup>11</sup> Em palestra proferida pelo Prot. Miguel Reale, na 11 Jornada de Estudos Jurídicos da Justiça Federal, da Circunscrição de Maringá, realizada em setembro de 2003

considerando que "o casamento é a finalidade última da união estável, segundo o texto constitucional", como se a união livre estivesse em situação hierarquicamente inferior ao matrimônio e este é o ápice da pirâmide das entidades familiares a ser atingida.

Ao encartar o parágrafo terceiro no Art. 226 da CF/88, o legislador constitucional foi além do reconhecimento de um fato há muito tempo presente no seio da sociedade, já reconhecido pela jurisprudência, fixou a possibilidade facultativa da conversão da união em casamento. Ao fazer isso, criou uma diferença conceitual entre os dois institutos, sendo mais uma vez reafirmada a nobreza deste último.

Faz realmente sentido o posicionamento do ilustre jurista, principalmente nos tempos atuais, em que se verifica uma verdadeira fuga dos altares das igrejas e dos cartórios civis, onde o homem moderno busca mais a simplificação e a desburocratização. Foi uma sutil manifestação do constituinte de 1988, muito embora, na prática, não se tem visto o mesmo dueto.

O que ocorre, ainda, é um reflexo da sociedade mais conservadora, que embute preconceito nas relações análogas ao casamento, porém sem a outorga da autoridade eclesiástica. No entanto, não se trata aqui de mudança de valores, visto que o valor se refere à família e esta pode tanto ser formada a partir do casamento como a partir de uma união estável. A família oriunda do matrimônio não é necessariamente melhor que aquela decorrente da união estável. O conceito subjetivo da união estável não pode ser discriminado ao sabor dos paradigmas entabulados pela própria sociedade.

Basta ver a evolução do Direito de Família e se constatará como há pouco tempo sequer permitia-se o registro dos contratos de casamento, existindo, inclusive, diversas decisões declarando a total nulidade de tais contratos, mas que aos poucos foram sendo admitidos pela jurisprudência, e depois pela própria lei. Hodiernamente, a distinção das duas formas de uniões é mais conceitual do que legal, não havendo mais desigualdade nos direitos e nos deveres dos cônjuges e dos conviventes.

Na conceituação de casamento de Pontes de Miranda<sup>12</sup>, "o casamento e contrato solene, pelo qual duas pessoas de sexo diferente e capazes, conforme a lei, se unem com o intuito de conviver toda a existência, legalizando por ele, a título de indissolubilidade do vínculo, as suas relações sexuais, estabelecendo para seus bens, à sua escolha ou por imposição legal, um dos regimes regulados pelo Código Civil, e comprometendo-se a criar e a educar a prole que de ambos resultar a reunião".

---

<sup>12</sup> MIRANDA, P. de. *Tratado de direito de família: direito matrimonial*. 3 ed. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1947. v I.

A união estável pode hoje, por expressa previsão legal, ser regulada por contrato escrito, como já previa a Lei nº 9.279/96. E, modernamente, o NCCB disciplina os mesmos direitos e deveres aos companheiros que antes eram genuinamente destinados aos cônjuges. Neste particular, a legislação ainda encontra um cenário meio nebuloso no âmbito das sucessões, onde o cônjuge detém certo privilégio em relação ao convivente.

É que o cônjuge agora passa a ser incluso, na sucessão, na qualidade de herdeiro necessário, ao lado dos descendentes e ascendentes, concorrendo assim em igualdade, ao espólio. Não existe disposição análoga destinada aos conviventes, sendo este um sutil diferencial de ordem legal. A intenção do legislador, talvez, tenha sido exatamente esta, ou seja, dar alguma vantagem ao cônjuge em relação ao convivente, como um incentivo para que se busque a conversão da união.

Disso tudo decorre, quando a Constituição Federal fixou que a lei deveria facilitar a conversão da união estável em casamento, na verdade o quis fazer de forma a permitir uma mudança apenas institucional, enquanto na prática os efeitos, direitos e deveres já têm sido, praticamente, os mesmos. Mais extensivamente um pouco, a CF/88 veio por um freio nas decisões jurisprudenciais que ora reconheciam a paridade de formas das duas formas de união e ora as distinguiam. Mais que isso, ao possibilitar a conversão do estado de conviventes para o estado de casados, está dizendo que são formas análogas, de entidades familiares.

Até porque, a convivência *more uxório*, existente antes do casamento já cria um complexo de direitos e de deveres naturais, como afirma o prof. Álvaro Villaça Azevedo<sup>13</sup>, que não é somente de natureza pessoal, pois produz efeitos patrimoniais. Em sua recente obra, o eminente professor trouxe alguns julgados da época do início da vigência da CF/88, de onde depreende requisitos como o tempo de convivência, a prova da convivência, a aquisição onerosa dos bens, dentre outros.

Já na conclusão do jurista Luiz Augusto Gomes Varjão<sup>14</sup> "a lei ordinária poderia facilitar a conversão da união estável em casamento, dispensando alguma formalidade, como, por exemplo, a celebração do ato. Isso, no entanto, seria inconveniente, pois qaria tratamento privilegiado aos partícipes de uma união estável, em relação àqueles que optaram diretamente pelo casamento, que deve ser incentivado como forma ideal de constituição de família, já que produz efeitos imediatos, dando segurança às relações jurídicas".

<sup>13</sup> AZEVEDO, Á.V. *Comentários ao código civit.* parte especial do direito de família. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 202.

<sup>14</sup> VARJÃO, L.A.G. *União estável: requisitos e efeitos.* São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999. p. 181.

De fato, assiste razão ao referido magistrado e professor, pois resta inuvidiosa a entidade constituída a partir do casamento. Aqui não haveria que se falar em efeitos relativos a terceiros, tão pouco em desconhecimento por parte deste de uma relação afetiva. Todavia seria utopia imaginar que a sociedade contemporânea recomencesse a pensar sob a questão e modifique a inércia que a conduz no caminho exatamente oposto.

A Constituição Federal fala, em seu artigo 226, § 3º, que a lei facilitará a conversão da união estável em casamento. Pois bem, com o advento da Lei nº 9.278, que é de 1996, ficou realmente facilitado, no artigo 8º, que a conversão poderia ser requerida diretamente ao Oficial do Registro Civil. Mas com a vigência do artigo 1.726 do NCCB a conversão da união estável em casamento ganhou um obstáculo, exigindo-se que o pedido seja feito ao juiz competente.

Disso resulta que fica mais fácil aos conviventes que se submetam ao processo de habilitação para casamento, eis que mais rápido e simples que o aguardo da decisão judicial que determinaria o assento no registro. Esta modificação está gerando polêmica no mundo jurídico, sendo que é uníssona e unânime a doutrina a reprovação da redação deste artigo 1.726. Como indagado por Zeno Veloso<sup>15</sup>, "Será que um procedimento judicial cumpre o mandamento constitucional de que deve ser facilitada a conversão da união estável em casamento?".

Conclui-se que não pode a lei civil atual apenas contribuir para aumentar a burocracia dos serviços públicos e em nada facilitar a conversão da união estável em casamento.

### **3. O CONTRATO DE CONVIVÊNCIA COMO INSTRUMENTO REGULADOR DOS RELACIONAMENTOS AFETIVOS EXTRAMATRIMONIAIS**

Os conviventes em união estável não possuíam o título de casados e, conseqüentemente, até certa época, não eram alcançados pela própria lei. É de se pensar que, as pessoas que podiam se casar e não o fizeram, certamente é porque não concordavam ou não queriam se submeter a um determinado regime de casamento e a um conjunto de regras, pois buscavam mesmo a informalidade da relação. Louvável este raciocínio. Mas o legislador, ao nosso ver, foi mais longe e quis dar proteção aos próprios companheiros, à sua prole, enfim, a direitos indisponíveis, que pela sua natureza não poderia o Estado se furtar a tutelá-lo.

<sup>15</sup> VELOZO, Z. *Código civil comentado: direito de família, alimento, bem de família, tutela e curatela*. São Paulo: Ed. Atlas, 2003. v 17. p. 154.

Talvez seja a questão patrimonial a maior causadora das divergências e intrigas entre os casais. Com o reconhecimento de direitos e o agigantamento do tema, tornou-se necessária para a própria estabilidade da relação a convenção em contrato escrito, agora permitido pelo Art. 1.725 do NCCB. Com essa nova possibilidade, dizemos nova porque antes da CF/88 sequer admitido era, tornou-se imperativa a necessidade de convencionar-se por escrito.

Eis que, o chamado "contrato de casamento" tornou-se uma poderosa arma a ser utilizada em defesa ao também chamado "golpe do baú", por exemplo. Na medida em que direitos e deveres começaram a ser reconhecidos e distribuídos em decisões judiciais, com base em princípios e depois pela legislação esparsa que dali foi brotando, a sabedoria "diabólica" percebeu uma maneira mais prática de aplicação do golpe, que antigamente só se concretizaria com o matrimônio válido. Com a equiparação dos direitos na união estável em relação ao casamento, ficou simplificada a prática deste ato.

Não significa, contudo, que o contrato escrito colocará totalmente a salvo o patrimônio de quem pretende se unir a outra pessoa para ter convivência pública, contínua e duradoura, pois poderão advir questões inimagináveis, não previstas nas cláusulas daquele instrumento. Todavia, a sua importância vai além das fronteiras materiais da relação, atingindo verdadeira maturidade e plenitude, por trazer maior tranquilidade à relação. A eleição de um regime patrimonial, através do contrato de convivência, define as regras entre o casal, reduzindo as possibilidades de conflitos e aumentando o seu nível de resolução. É essencialmente importante que se dê publicidade ao contrato, registrando-o em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, pois assim alcançará os seus efeitos legais, não só em relação aos partícipes da relação como também no tocante aos terceiros.

No contrato de convivência os companheiros podem dispor de tudo, desde que não contrariando as normas legais. Aqui os companheiros estipularão sobre todas as questões de interesse, deixando incólume os direitos e deveres de cada um dos partícipes, tanto entre si como em relação a terceiros.

Sobretudo, em se tratando de um contrato, como tal deverá observar as regras e princípios gerais dos contratos para que gere os seus legais e jurídicos efeitos. Ainda não sendo reconhecido, anteriormente à constituição de 1988, os "contratos de concubinato" sempre produziam os seus efeitos, em especial em relação às questões patrimoniais envolvendo terceiros e herdeiros.

Já houve a época em que a relação concubinária era tida à margem da lei, sendo declarado nulo qualquer tipo de contrato ou estipulação que visava regular as questões de família. Naquela época, anterior à atual

constituição, via-se como uma alternativa paralela, que ameaçava a doutrina do casamento. O Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul chegou a divulgar a Circular nº 7, datada de 17 de abril de 1952, que recomendava aos serventuários da justiça que estes recusassem sistematicamente a prática de quaisquer atos de seu ofício, que viessem a resultar presunção de validade ou declaração de vontade, relativamente aos contratos de convivência.

Após a CF/88, o mesmo Tribunal emitiu nova circular (nº 35/89- da Corregedoria-Geral da Justiça) revogando a de nº 7/52, modificando essencialmente o posicionamento daquela Corte, agora segundo os ditames da nova constituição. Daquela época até os dias de hoje, a evolução da matéria passou a permitir a disposição ampla e irrestrita sobre os temas presentes no mundo da união de casais. A preocupação da lei agora é a de zelar pela garantia dos direitos e deveres básicos, tal qual ocorre com o casamento. Ironia ou não, o fato é que a legislação da união estável avançou tanto que assumiu posição paralela ao matrimônio.

A verdade é que o contrato de convivência evoluiu tanto quanto a sociedade. Depois de receber diversos outros nomes e apelidos, tais como, contrato de casamento, contrato de namoro, entre outros, alguns conceitos se tornaram bem próprios, intimamente ligados à sua utilidade.

Para o prof. Francisco José Cahali<sup>16</sup>, "além das regras gerais de validade dos atos jurídicos, por ser uma contratação específica com fim determinado (regulamentação contratual dos efeitos decorrentes da união estável), o contrato de convivência submete-se a elementos essenciais próprios, especialmente considerados que a caracterização da relação representada requisito essencial de eficácia do pacto".

Antes mesmo da feitura do contrato de convivência é importante saber se a situação fática, a que se pretende regulamentar em instrumento particular, é realmente possível, ou seja, se não está eivada de nulidades e se a caracterização da união estável é mesmo trivial e possível no sentido jurídico do termo.

Apesar de a doutrina e a jurisprudência estar voltada à proteção das entidades familiares, os efeitos destas não têm sido acudidos quando derivadas de relações adulterinas e incestuosas. Quando a lei já condena o fato, o ato jurídico dele decorrente não pode ser lícito. Mas é pacífico também o entendimento de que, para o companheiro inocente, a relação produz os seus efeitos e, se for convencionado em contrato, este terá a sua validade quanto aos interesses do companheiro enganado. Ressalvados aqui os interesses do terceiro de boa-fé, como se verá mais adiante.

<sup>16</sup> CAHALI, F.J. *Contrato de convivência*: na união estável. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002. p.106.

Nos casos possíveis, assim entendidos aqueles ausentes de nulidades, o contrato de convivência, com o respaldo de nossa legislação, e agora endossado pelo NCCB, é instrumento de inegável utilidade como meio probatório em quaisquer circunstâncias. Isso porque tal pacto deve dispor de todos os pontos passíveis de controvérsias, a fim de elidi-los desde o início.

Todavia, é fundamental que o contrato seja bem estruturado e isento de falhas, a ponto de ser realmente útil como documento probatório a ser utilizado por umas das partes contratantes ou por herdeiros destes, etc. Não há de ser esta uma tarefa muito fácil, haja vista que, comumente pode se ver instrumentos mal formulados, o que, muitas vezes, cria um complicador, ao invés de solucionar questões e simplificar procedimentos para os conviventes envolvidos na relação jurídica.

A grande jogada ao se ajustar as regras entre os casais unidos extramatrimônio é que, antes de mais nada, tem-se estabelecido um verdadeiro planejamento patrimonial, visualizando melhor a quota-parte de cada um dos companheiros e os seus reflexos. Neste contexto, tem-se que a maior utilidade do contrato escrito é a distribuição patrimonial. Porém nada impede que outros assuntos também sejam tratados. Por mais estranho que possa ser, e por menos nulidade que possa gerar, é de bom alvitre que a tratativa mensure outros pontos potencialmente conflitantes, visando a sua convenção pacífica.

Para a maioria dos autores, que tratam do tema, há o entendimento de que tudo pode e deve ser tratado no contrato de convivência. A prática dos contratos de casamento, mundo afora, tem alcançado questões muito particulares, prevendo regras ousadas, como a estipulação da frequência de relações sexuais entre os conviventes. o valor da indenização em caso de adultério etc. Não existe, na verdade, nada que proíba este tipo de previsão contratual, o que deve ser considerada cláusulas lícitas.

O objetivo maior dos contratos de convivência é realmente a questão matrimonial, embora possa atingir outros campos, porquanto podem os convivente dispor sobre a distribuição exata de todo o patrimônio, seja ele elaborado por instrumento público<sup>17</sup> ou particular, prevendo a forma de sucessão e a partilha em caso de morte de um dos conviventes. É possível, inclusive, dispor sobre os alimentos, na hipótese de dissolução da união estável. Mas deverá ser feito de forma a evitar um futuro questionamento quanto a sua validade como instrumento regulador da união estável.

<sup>17</sup> Há certa resistência dos tabelionatos em confeccionar escritura pública de contrato de convivência, por norma expressa em contrário, fixada pela corregedoria de cada Estado. No entanto, podem fazer escritura pública de declaração, na qual os conviventes em união estável assim o declaram, constando dados importantes, tais como o tempo de convívio, a data do início e/ou do final. os eventuais filhos, dos bens que cada um possui, mas sem poder entrar nos pactos patrimoniais e demais convenções, de forma a não caracterizar o contrato, propriamente dito.

Permite-se, ainda, que tenha convencionado no próprio instrumento, a questão da guarda e pensão dos filhos, em caso de separação dos conviventes, hipótese que só poderá ser levada a termo em condições normais de separação do casal, ou seja, em caso de dissolução amigável da convivência. Em eventual processo litigioso, não nos parecesse ser uma cláusula potestativa, uma vez que estarão presentes também os interesses particulares dos filhos, necessariamente defendidos pelo Ministério Público, razão pela qual não poderá se furtar à apreciação do judiciário.

O contrato de convivência, como negócio jurídico que é, caracteriza ato bilateral e convencional, cujas cláusulas e condições constituem "lei" entre os seus contratantes, obrigando-os a cumprirem, sob as penas previstas nele próprio. Tal instrumento ganha relevo ainda mesmo fora da relação, no tocante às questões previdenciárias, seguros, e em relação a terceiros, principalmente quando identificado o seu caráter de documento público, diante do regular registro. Deve-se, entretanto, respeitar as limitações e restrições previstas na lei.

Assemelha-se muito, o contrato de convivência, ao pacto antenupcial, possuindo basicamente a mesma feição e natureza jurídica em relação ao patrimônio, o que não poderia mesmo ser diferente, pois o intuito da lei é mesmo o de facilitar a conversão da união estável em casamento. Eis que, na presente situação, o referido instrumento disciplinador das regras entre os conviventes, poderá ser considerado o próprio pacto antenupcial, primeiro porque realizado antes do matrimônio, e segundo, porque dispõe de tudo quanto exigido seria no próprio pacto.

À guisa de ilustração, Francisco José Cahali<sup>18</sup>, citando Lafayette Rodrigues Pereira, diz inclusive que "podem os contraente escolher um destes regimes, ou modificá-los e combiná-los entre si de modo a formar uma espécie, como se por exemplo. Convencionam a separação de certos e determinados bens e a comunhão de todos os mais. Neste caso torna-se misto o regime e cada espécie de bens é regulada pelos princípios do regime cardeal, a que é sujeita". Aqui se aproveita este raciocínio, vez que o contrato de convivência poderá ser aditado quantas vezes necessárias forem, inclusive, nada impedindo, que seja modificado o regime de bens, até porque, hoje é permitido no próprio matrimônio, desde que autorizado pelo poder judiciário

Quanto à forma, os contratos de convivência seguem as mesmas regras gerais dos contratos. Segundo Euclides de Oliveira<sup>19</sup> o contrato de convivência é ato jurídico e "sujeita-se aos requisitos essenciais de

<sup>18</sup> CAHALI, F.J. *Contrato de convivência*: na união estável. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002. p. 212.

<sup>19</sup> OLIVEIRA, E. de. *União estável*: do concubinato ao casamento. 6. ed. São Paulo: Editora Método, 2003. p. 158 e segs.

capacidade das partes, licitude do objeto e forma prescrita ou não defesa em lei". Complementando, assevera que "não ha prescrição de forma específica para a celebração de contrato dessa espécie, que se perfaz pelo só fato da união entre homem e mulher com a finalidade de constituir família".

No contrato de convivência devem estar presentes cláusulas que tratam de requisitos básicos para a configuração da união estável, tais como o dever de coabitação, de lealdade, fidelidade, respeito, assistência e criação dos filhos, os alimentos, em caso de separação por culpa de um dos companheiros, dentre outros que também são relevantes.

O importante, na verdade, é a manifestação inequívoca da vontade das partes, bastando para tanto, que cumpra os requisitos formais de documento, de tal sorte que não gere nulidades ou falhas, não sendo necessário que se faça através de instrumento público, como ocorre com o pacto antenupcial. Sobretudo, é de suma importância que se dê publicidade ao contrato, eis que essencial para a sua abrangência em relação a terceiros.

A feitura do contrato de convivência é bem menos solene que a do pacto antenupcial, até porque poderá ser feito a qualquer tempo, seja antes do início da relação extramatrimonial ou, ainda, a qualquer momento<sup>20</sup> durante a convivência, o que, aliás, é o mais comum de acontecer. Todavia, as condições gerais de elaboração de contrato devem ser observadas, para que a formalização não se torne nula, sendo imprescindível, consoante a própria legislação, que haja a presença de duas testemunhas identificadas, que poderão mais tarde ratificar a idoneidade do ato.

É essencial constar no contrato, independente do regime eleito pelo casal, a relação minuciosa dos bens adquiridos antes da união, aqueles adquiridos até a época da assinatura do contrato (se for o caso de assinados após algum tempo de convivência), e aqueles que virão a ser adquiridos posteriormente. Nada obsta, ainda, que tal contrato seja aditado, alterado, modificado ou ampliado quantas vezes necessárias forem. Naturalmente, para que atinja plenos efeitos, especialmente em relação a terceiros, será essencial que a sua forma possibilite o seu registro em Cartório de Registro de Títulos e Documentos. Devem também ser registrados todos os aditivos, porventura existentes.

Sob o enfoque patrimonial, que é o que mais interessa no contrato de convivência, constata-se uma vasta gama de situações que, por mais que haja

---

<sup>20</sup> CAHALI, F.J. *Contrato de convivência: na união estável*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002. p. 60. Segundo Francisco José Cahali, o contrato de convivência não tem força para criar a união estável, e, assim, tem sua eficácia condicionada à caracterização, pelas circunstâncias fáticas, da entidade familiar em razão do comportamento das partes. Vale dizer, a união estável apresenta-se como *cond;c;o jur;s* ao pacto, de tal sorte que, se aquela inexistir, a convenção não produz os efeitos projetados.

contratado por escrito, dificilmente se terá uma solução pacífica, que venha abranger todas as hipóteses necessárias, que reclamam proteção jurídica.

Por exemplo, na hipotética situação em que há aquisição de bens antes do efetivo início da união estável, porém com conclusão do pagamento posterior a tal união, a interpretação dada pela doutrina é no sentido de dar o direito àquele companheiro que adquiriu anteriormente a sua união. E o fundamento é simples, pois a lei fala em aquisição onerosa em momento anterior, onde o *titulus adquirendi* se deu antes da constituição da união estável.

Este exemplo é extraído da obra de Zeno Veloso<sup>21</sup>, que aproveitou para complexá-lo: "todavia, pode ocorrer de as prestações terem sido pagas durante muito tempo, quanto já estava estabelecida a entidade familiar, e o companheiro que não é o promitente comprador, cujo nome não consta, portanto, no título de aquisição, ter colaborado, efetivamente, para o pagamento das ditas parcelas. Será justo que fique no prejuízo?".

Respondendo a dúvida, diz que não, pois "temos de invocar os princípios da sociedade de fato e os que vedam o enriquecimento sem causa, para socorrer o companheiro que provar o seu esforço, sua participação no pagamento das prestações do preço do imóvel. Como o casamento, a união estável também é uma sociedade de natureza econômica. Se o outro companheiro (não proprietário) ajudou a pagar as prestações, colaborou para a quitação do imóvel, tem direito de crédito, sem dúvida". Não se pode permitir que haja enriquecimento sem causa.

Ao se formalizar o contrato de convivência será preciso se atentar para a manutenção do equilíbrio contratual e da boa-fé dos contratantes. Acima de tudo, ao dispor de direitos e de deveres, não poderão os conviventes deturpar a ordem legal, convencendo cláusulas que não poderão ser recepcionadas pela legislação em vigor.

Como bem disse Nágila Maria Sales Brito<sup>22</sup>, "como os particulares podem celebrar quaisquer contratos desde que destinados à realização de interesses que sejam dignos da proteção legal e tendo em vista, ainda, a necessidade das famílias da atualidade, na sua maioria formada por casais em segundos e terceiros relacionamentos, com seus respectivos filhos oriundos das primeiras uniões e os comuns, é aconselhável a efetivação de um contrato escrito para resguardar os interesses próprios e de seus futuros herdeiros".

<sup>21</sup> VELOSO, Z. *Código civil comentado: direito de família, alimento, bem de família, tutela e curatela*. São Paulo: Ed. Atlas, 2003. v 17. p. 140-153.

<sup>22</sup> BRITO, N.M.S. Revista brasileira de direito de família. *O contrato de convivência: uma decisão inteligente*. Porto Alegre: Síntese Ibdfam, v. 2, n. 8, jan/fev/mar/2001"

#### 4. O ESTADO CIVIL

Um dos quesitos a serem preenchidos ao se qualificar uma pessoa é a designação do seu estado civil. Mas o que parece uma atividade simples para alguns pode ser de grande dificuldade para outros, mormente para aquelas pessoas que não encontram na legislação um termo adequado e definido para a sua situação.

Isto se dá em razão de faltar na nossa legislação um termo técnico e oficial capaz de traduzir de forma reduzida o seu estado civil. A rigor o estado civil só pode ser alterado em virtude do casamento. De forma sintética, pode-se dizer que o estado civil é hoje dividido em quatro categorias: solteiro, casado, viúvo e separado judicialmente ou divorciado. Notem que somente o casamento civil é capaz de modificar o estado original. Significa dizer que a pessoa que não contrai matrimônio, embora viva maritalmente com outra, será sempre solteira, do ponto de vista legal. Vulgarmente têm surgido diversos termos para identificar a relação de união estável, tais como conviventes, companheiros, concubinos, amancebados e vários outros, muitas vezes utilizados de forma inadequada.

Falta na lei a definição de um termo técnico que padronize tal qualificação pessoal aos que vivem em união estável. Zeno Veloso<sup>23</sup>, chega a indagar: "O código civil, em vários dispositivos, menciona o solteiro, o casado, o viúvo, o separado judicialmente, o divorciado. Há um estado civil na união estável?" Mais adiante exemplifica: "A viúva que comparece a uma escritura ou que celebra um contrato, e, até, realiza o negócio jurídico em conjunto com o companheiro, deve ser qualificada como viúva ou como companheira?" .

Habitualmente tem-se visto a qualificação analítica, ou seja, em forma de explicação. Disso decorre que ao se qualificar um indivíduo, costuma-se fazer a ressalva, como por exemplo: "... Fulano de tal, brasileiro, solteiro (convivente em união estável com ...), ...". Não nos parece errada tal manifestação, até porque igualmente não existe nenhuma disposição em contrário, mas o fato de não se ter um termo sintetizador da situação não só complica e causa constrangimento, como também pluraliza as formas de qualificação quanto a este quesito.

A qualificação quanto ao estado civil é, sob diferentes óticas, de suma importância para a vida social. Tal instituto jurídico está ligado diretamente à vinculação matrimonial e aos seus direitos e deveres dali decorrentes. Ora, se a lei atual garante igualdade de obrigações aos

<sup>23</sup> VELOSO, Z. *Código civil comentado*. Artigos 1.694 a 1783. coordenador Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. XVII. P 127.

conviventes da mesma forma que sempre as garantiu aos casados, por que não fazê-lo por inteiro, resolvendo todas as questões?

De certa forma, faltou pouco. A Lei dos Registros Públicos<sup>24</sup> inseriu no seu Art. 57 o parágrafo segundo, o qual autoriza, em certas condições, o uso dos prenomes e apelidos próprios de família, inclusive podendo-se alterar o respectivo registro de nascimento, mediante pedido dirigido ao juízo da vara dos Registros Públicos.

Trata-se de dispositivo a permitir uma assemelhação ainda maior da união estável ao casamento. Entretanto não é, por enquanto, um ato simples e administrativo, capaz de autorizar aos conviventes o pedido direto ao Oficial do Registro Civil, depende ainda de ordem judicial. Foi, sem dúvida, um grande avanço se considerarmos que a lei é de 1973, mas reflete restrições e limitações não mais aceitas nos tempos atuais. Para Zeno Veloso<sup>25</sup>, "desde que atendidos os requisitos para caracterização da união estável, na forma do art. 1.723, e se a companheira adotou na prática, o sobrenome do companheiro, sendo mesmo conhecida e reconhecida, poderá requerer judicialmente que o uso do patronímico seja oficializado, com averbação no Registro Civil e alteração nos documentos de identidade". Neste contexto, a lei poderia estender um pouco mais a sua abrangência para alcançar a adoção de um estado civil próprio da união estável.

Zeno Veios o chama de "metajurídica" a necessidade e utilidade que se tem de reconhecer o estado civil de companheiro, justificando que tal utilidade é mais social do que jurídica. Enquanto isso não ocorre, à doutrina e à jurisprudência caberá o fardo de dizer o estado civil daqueles que vivem em união estável, obrigação esta que, ao nosso ver, seria genuinamente do legislador. A padronização evitaria uma pluralidade de denominações e terminologias, conforme já se tem hoje disseminado esporadicamente pelas várias normas a respeito.

A oficialização e a previsão legal de um termo único para o estado civil de quem vive em união estável é salutar para dar publicidade à esta forma de união afetiva. Ainda em 1995, ao fazer apontamentos e críticas à lei nº 8.971/94, o professor João Baptista Villela<sup>26</sup>, já ensinava que "o estado civil é uma qualidade da pessoa concernente às relações matrimoniais, da qual a lei faz derivar direitos e deveres". Zeno Veloso ainda completou: "não há dúvida de que a condição de companheiro corresponda a esta idéia", qual seja, a identificação do estado civil.

<sup>24</sup> Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

<sup>25</sup> VELOSO, Z. *Código civil comentado*; direito de família. Artigos 1.694 a 1783. coordenador Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas. 2003. v. XVII. p. 137.

<sup>26</sup> Trecho extraído da obra de Zeno Veloso, "Código Civil Comentado", Op cit., p. 128.

Na conclusão de Rainer Czajkowski<sup>27</sup>, "ainda que se possa argüir que a informalidade, existente na base e durante a união, interfere negativamente na caracterização de um estado civil, é incontornável que a união estável representa uma contingência familiar. Nada impede, assim, a nível lógico o reconhecimento da condição de companheiro como estado civil".

O NCCB já adotou, como identificador do membro integrante na união estável, o termo companheiro, contudo existem outras normas, ainda em vigor, que adotam outros termos.

O ideal é que viesse a possibilidade de inclusão dessa união estável no rol de registros do Art 9º ou no 10, do NCCB, já que nenhuma hipótese há para o registro ou a averbação da união estável. Via de consequência, estaria sendo atribuído, concomitante, o estado de companheiro ou convivente, assim como ocorre ao ser celebrado o casamento, bastando, aqui neste caso, a apresentação de uma das vias originais do contrato de convivência. No mesmo intuito, seria necessário apenas o acréscimo de um inciso no art. 29 da Lei dos Registros Públicos, permitindo o registro da união estável.

Um dos requisitos básicos a configurar a existência da união estável é a convivência pública. Ainda que sob diversas interpretações a convivência pública não está a significar apenas a não ocultação do relacionamento. É sobretudo uma necessidade, assim como ocorre no casamento, a dar ciência a terceiros que o casal está unido, de forma duradoura e contínua, constituindo uma família, com reflexos em todos os sentidos, inclusive no aspecto patrimonial.

A designação do estado civil tem papel importantíssimo na publicidade da relação. É através dele que se identifica nos companheiros, ou conviventes, um universo de efeitos sócio-jurídicos que, normalmente, são próprios dos casados. Disso decorre a presunção de que a informação prestada, verbalmente ou por escrito, tenha veracidade, sob as mesmas penas do crime de falsidade ideológica.

Da mesma forma, acontece com a pessoa casada que oculta o seu estado de casada para obter algum tipo de vantagem, sendo sempre preservado o interesse do outro companheiro ou convivente, bem como garantido o direito do terceiro prejudicado, responsabilizando-se aquele que por ação ou omissão ocultou ou deixou que ocultasse o seu verdadeiro estado civil.

Há de se dar à união estável a publicidade, sendo este um dos requisitos previstos no art. 1723, do NCCB. Tem que estar presente a

---

<sup>27</sup> CZAJKOWSKI, R. *União estável*. 2 ed. Curitiba: Ed. Juruá, 2001. p. 193.

*affectio maritalis*, o real propósito e a vontade de se ter uma entidade familiar. Além de pública tem que ser notória, contínua e duradoura.

A publicidade da união estável não pode ser confundida com a vida em comum *more uxorio*. A aparência de casamento é um fator secundário, o principal é o conhecimento por outras pessoas da existência da união, do convívio público. A notoriedade está ligada a um outro fator, um elemento subjetivo e temporal. Essa notoriedade da união estável é gradativa e só se estabelecerá a partir da continuidade da relação e o seu conhecimento pelas pessoas da comunidade social onde residem os conviventes.

Este é um dos fatores que causam certo constrangimento aos companheiros ao divulgarem a sua situação civil. Temendo a força do preconceito social, muitas se dizem apenas "solteiros", "separada judicialmente", ou ainda "viúva". Aham mais elegante se qualificarem pelos termos tecnico-jurídicos já oficializados do que se arriscarem que convivem com "A" ou "B". São heranças dos tempos em que pejorativamente a sociedade se referia a outrem os identificando de "amancebado", "amigado", "concubino", e daí por diante.

Daí a importância da existência formal, legal, única e apropriada para qualificar aqueles que convivem em união estável. *De lege ferenda*, é um pequeno passo para o legislador, mas um grande salto para a sociedade que vive unida sem título formal de matrimônio.

Modernamente, tem-se nos termos "conviventes"<sup>28</sup> e companheiro<sup>29</sup> as duas formas oficiais em vigor, entretanto, meramente de identificação, longe de ser imposição. Continua sem uma padronização adequada. Uma confusão à parte ainda é reservada aos termos união livre e concubinato, que constituem, na verdade, idéias semelhantes, porquanto ambas abrangem a relação entre homem e mulher fora do casamento<sup>30</sup>.

Reconhecido o estado civil de convivente, ou de companheiro, ou outro termo que o legislador entender mais apropriado para designar tal forma de união, aliado ao fato de se poder contratar a união por escrito, identificando as partes contratantes como tal forma aceita pela lei, levando-se após a sua feitura o contrato de convivência para ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, estará estabelecida de forma ampla, legal, inequívoca, pública, notória, duradoura e contínua, a união estável, nos exatos termos do art. 1.723 e seguintes do atual Código Civil brasileiro.

<sup>28</sup> O termo "convivente" foi introduzido pela Lei nº 9.278/96.

<sup>29</sup> O termo "companheiro" utilizado pela Lei nº 8.971/94 e agora pelo NCCB.

<sup>30</sup> Distinção dita por Edgard de Moura Bittencourt, extraída da obra do Prof. José Sebastião de Oliveira, "Fundamentos constitucionais do direito de família", da Ed. TR, de 2002, à página 151.

Com a possibilidade de assentamento, registro ou averbação junto ao Cartório de Registro Civil - neste caso sendo necessária a inclusão da hipótese no texto da Lei dos Registros Públicos e no Código Civil - estaria resolvida a questão da publicidade, que é de elevada magnitude, uma vez que dela decorre reflexões no campo patrimonial, principalmente em relação a terceiros, além de outras implicações sucedâneas.

Outro detalhe importante para completar a inequívoca publicidade refere-se à adição do sobrenome de um dos conviventes ao outro. Como já comentado anteriormente, houve significativo avanço para a união estável a facilitação e possibilidade de adição do patronímico do companheiro no nome da companheira, à luz do art. 57, § 2º da LRP<sup>31</sup>.

Na prática, representa um dos mais proeminentes identificadores do estado de casado. Aqui vale dizer que representa o estado de união estável, de quem vive em união estável.

No casamento, a adoção do nome ou apelido do marido sempre foi um costume, que a lei deu proteção e regulamentou, imprimindo um tom de comunhão de vida e convivência entre o casal. Chegou-se ao ponto em que assumir o patronímico do marido passou a ser uma obrigação da esposa, por imposição de norma autoritária. A evolução do direito trouxe no § 5º, do Art. 226 da CF/88, uma idéia de igualdade entre os cônjuges. Assim, a antiga redação do parágrafo único do artigo 240 do CC11916, foi substancialmente modificada com o novo texto legal, agora enquadrado no Art. 1.565, § 1º, autorizando e facultando, de forma democrática, que qualquer um dos nubentes, doravante, possa acrescentar ao seu o sobrenome do outro.

Sem dúvida que a regra possa ser também aplicada no caso da união estável, fazendo-se uma interpretação igualitária e analógica do § 2º, do art. 57. da Lei dos Registros Públicos, permitindo-se que, com isso, também possa tanto o companheiro quanto a companheira adotar o sobrenome ou apelidos de família do seu consorte, querendo.

Evidentemente, que tal efeito implica na divulgação e presunção de casados, ou por outra via, de companheiros. O fato de um dos consortes carregar consigo o sobrenome do outro gera a presunção de união de ambos. Antes do reconhecimento expresso em lei da união estável, tal presunção induziria a conclusão do estado de casados. Mas com o advento do Novo Código Civil, o acréscimo dos sobrenomes ganhara maior amplitude,

<sup>31</sup> Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6.015, de 31/12/73): "art. 57. (...). § 2º A mulher solteira, desquitada ou viúva, que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento seja averbado o patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas."

alcançando agora também a hipótese do estado de conviventes, importante para dar conhecimento a terceiros.

## 5. O TERCEIRO NO CONTEXTO DA RELAÇÃO JURÍDICA DA CONVIVÊNCIA

Até agora o terceiro que contrata com um convivente só toma conhecimento da união estável em que este vive se for por este mesmo declarada, ficando muito vulnerável a uma fraude. O conhecimento da união estável, neste caso, ficará subordinado tão somente à declaração do companheiro, que poderá facilmente ocultar a relação e não há para o terceiro uma forma legal e eficiente de confirmar a sua existência ou não, em que pese a responsabilidade daquele quanto à veracidade das informações que prestar. Isso trará reflexos negativos em diversos campos.

A existência do casamento, e a sua identificação através da alteração do estado civil da pessoa podem ser facilmente confirmadas com a simples emissão de certidão do registro de nascimento ou de casamento, ou através de uma consulta nos registros públicos em Cartório de Registro Civil. No caso de união estável isso não acontece, pois não há (ainda) uma forma de registrar este ato, salvo a hipótese do contrato escrito de convivência, quando registrado no Cartório de Títulos e Documentos.

Isso não significa, porém, que mesmo que houvesse tal possibilidade, todos os casais que mantivessem união estável iriam procurar o registro civil para fazerem o assentamento da mesma. Evidentemente que ainda assim, alguns ou até vários, não irão comparecer ao ofício de Registro Civil para tal ato. Para estes a lei deverá tolher-lhes alguns benefícios ou direitos, de forma a induzi-los à regularidade. Aqui, o papel do Estado é dar a opção a quem busca a regularidade.

Quanto aos terceiros que com estes contratem a lei deverá dar maior proteção ainda, em detrimento da meação do convivente que deixou de procurar o registro civil para fazer o assentamento de sua união estável. O que não pode é a lei deixar de dar tal opção àqueles que, embora não oficializem o casamento, contraindo matrimônio, queiram regularizar sua situação de conviventes, inclusive contratando por escrito as regras do casal através de contrato de convivência, deixando de estar, perante a sociedade, "à margem da lei".

Aliás, a questão social é de fundada relevância na união estável. Como já dizia o professor Zeno Veloso<sup>32</sup> "a utilidade de reconhecer o estado

<sup>32</sup> VELOSO, Z. *Código civil comentado*: direito de família. Artigos 1.694 a 1783. coordenador Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. XVII.

de companheiro, porém, ao contrário do casamento, é mais social do que jurídica: é meta jurídica". Salutar dizer que o "estado de companheiro" é, na opinião daquele autor, o nome mais indicado para se dar ao estado civil de tal categoria.

Mas qual o estado civil daqueles que vivem em união estável? Existe? Para o Juiz Agenor Calazans da Silva Filho<sup>33</sup>, a expressão que melhor traduz tal fato jurídico é "conviventes". Alguns autores, como Luiz Augusto Gomes Varjão<sup>34</sup>, afirmam que o estado civil na relação da união estável é o denominado "companheiro".

Um dos termômetros identificadores dessas relações é exatamente o termo qualificador quanto ao estado civil. A obrigação do ajustamento por escrito e registro em Cartório de Títulos e Documentos com a alteração do estado civil para convivente, ou união estável, como forma de solucionar os conflitos com o terceiro de boa fé.

Isso significa que, ao ser indagado sobre o seu estado civil a pessoa deverá dizer convivente, ou companheiro, e não solteiro ou separado judicialmente ou viúvo etc. se assim não o fizer assume responsabilidade civil e criminal pelas informações imprecisas, incompletas ou falsas que der a órgãos públicos ou terceiros com quem celebrou negócios jurídicos.

Não se pode olvidar, entretanto, que a lei estaria pelo menos dando a opção de escolha àqueles que pretendem constituir família por uma forma "livre". Melhor seria identificá-la como "semi-livre", já passaria a existir certa obrigatoriedade quanto à contratação. Quanto ao terceiro, este ainda estaria exposto aos riscos, uma vez tal obrigatoriedade de contratação não atendida em sua totalidade.

*De lege ferenda*, o direito não pode se curvar às dificuldades à ele apresentadas. Naturalmente que conflitos ainda existirão. Todavia, há de se dar guarida a uma forma de constituição de família tão popular quanto o secular instituto do casamento, imprimindo-lhe mais legalidade para enfrentar os problemas de preconceito e discriminação da sociedade. Sem dúvida alguma, com a proteção dada a este grupo de família, reduzir-se-ia consideravelmente o número de relacionamentos sem a devida regularidade e, conseqüentemente, reduzindo os riscos ao terceiro que contrata com o convivente.

Obviamente, mais difícil se tornaria ao meeiro, que não tenha contrato de convivência, em defender sua quota, pois estaria participando de uma união livre com a possibilidade de regulamentação prevista na própria lei. Se não o fez, tendo a oportunidade, não poderá se sobrepor ao terceiro de

<sup>33</sup> Juiz do Trabalho. Em matéria publicada sobre o tema "contrato de namoro", na internet. Sem fonte.

<sup>34</sup> VARJÃO, L.A.G. *União estável: requisitos e efeitos*. São Paulo, Ed. Juarez de Oliveira, 1999. p.181

boa-fé que contrata com o seu companheiro, pois este sim, não teve meios de descobrir que a existência do meeiro, devendo a lei dar-lhe total proteção, já que um dos aspectos de tal regulamentação é exatamente o da publicidade, com o registro do contrato escrito em Cartório de Títulos e Documentos, copiando o efeito dos proclamas.

A possibilidade de averbação do estado civil de convivente no respectivo registro civil tem o mesmo efeito do registro do casamento. Assim, ao convivente fica assegurada a obtenção da "certidão de convivência", equivalente à "certidão de casamento".

No entanto, não se pode entender que isso signifique desrespeito ao instituto do matrimônio. Trata-se de uma realidade, que está ganhando a sua proteção legal. Entendemos, sobretudo, que há uma necessidade emergente na criação e oficialização do novo estado civil de "convivente".

É de se destacar que os serventuários lotados nos tabelionatos públicos ao lavrar os atos notórios, estão tomando todos os cuidados para que terceiros de boa-fé, ao contratarem com um convivente, não venham ser vítimas de atos que fraudem direitos do outro convivente, buscando evitar que aqueles não se envolvam em litígios quase incontornáveis, na burocracia judiciária.

### 5.1. A Boa Fé do Terceiro

Isso tudo leva à análise da boa-fé do terceiro que contratou com um dos integrantes da relação de união estável. Deve ser presumida a boa-fé do terceiro quando contrata com um dos conviventes sem prévio conhecimento de do outro convivente. Resta, todavia, conflituosa a questão quando se tem ao mesmo tempo a boa-fé também do outro convivente, que está sendo prejudicado pelo ato de seu companheiro.

A expressão "boa-fé" deriva do latim *lides*, que quer significar honestidade, confiança, lealdade, fidelidade, *et ali*. Neste mesmo sentido, e com esteio no poder de polícia do Estado, o princípio da boa-fé visa estabelecer o equilíbrio nas relações contratuais, à guisa de atingir a solidariedade entre os contratantes, momento este em que o Estado chama para si a responsabilidade de intervir nas relações privadas assegurando certa igualdade.

Como ensina Clóvis do Couto e Silva<sup>35</sup>, "o princípio da boa-fé possui, na atualidade, grande relevância, não faltando quem afirme haver transformado o conceito de sistema e a própria teoria tradicional das fontes dos direitos subjetivos e dos deveres".

<sup>35</sup> COUTO E SILVA, C. do. *o princípio da boa-fé no direito brasileiro e português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p.44.

Acontece que, pelo fato de, hodiernamente, não existir um meio eficiente de levar ao conhecimento do terceiro a existência de uma relação afetiva entre aquele com quem está contratando e outrem, como ocorre no casamento, situações conflituosas estarão sempre vulneráveis a ocorrerem.

Não resta dúvida que, nas hipóteses lançadas, a culpa há de recair sobre o convivente que ocultou as informações, sendo aqui considerado o único fraudador do ato negocial ou jurídico. Não obstante, esta conclusão poderá não trazer, muitas vezes, resultado prático para a devida proteção tanto da boa-fé do terceiro, quanto do convivente prejudicado. Como a questão aqui é eminentemente patrimonial, poderá o bem jurídico já ter se deteriorado ou ter sido transferido a outros terceiros, aumentando a complexidade do problema.

Tem-se então uma brecha na legislação. A evolução desse sistema legal deverá doravante ter como objeto de análise a correção desta falha, buscando algum mecanismo legal capaz de evitar tais situações. Insta dizer que a efetivação de contrato escrito impediria, ou amenizaria em muito, a configuração de tais situações, eis que, uma vez registrado em cartório de títulos e documentos, adquire caráter de documento público e, portanto inescusável a possibilidade ao conhecimento do eventual terceiro.

A questão persiste somente quando o terceiro, mesmo exigindo certidão atualizada do registro de nascimento, ou certidão de casamento, constate ser o seu contratante pessoa com estado civil de solteira, separado ou divorciado, não trazendo naquele documento a informação precisa quanto ao seu verdadeiro estado civil, que poderá ser eventualmente o de convivente em união estável. Eis aqui o ponto nodal da questão ora levantada. Isso justifica a necessidade intrínseca de existir um dispositivo legal capaz de autorizar a averbação da união estável no registro de nascimento ou casamento, conforme o caso.

Enquanto isso não acontece, deve-se reconhecer a boa-fé objetiva do terceiro desconhecedor da relação jurídico-afetiva daquele convivente com quem está contratando, seja por escrito ou ainda verbalmente. Até o dia 10 de janeiro de 2003, continuava em vigor o código civil de 1916, que concebia somente a boa-fé subjetiva, assim entendida pelo estado de espírito e de consciência, baseado no fato de se ter ou não conhecimento de determinada situação, sendo de índole meramente psicológica.

O NCCB introduziu no nosso direito positivo o princípio da boa-fé objetiva, consagrando-o expressamente em seu artigo 422<sup>36</sup>, como forma de obrigação dos contratantes. Em colaboração, o art. 113<sup>37</sup> do mesmo

<sup>36</sup> Art. 422, CC/1916: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução os princípios da probidade e boa-fé. (grifo nosso)

<sup>37</sup> Art. 113, CC/1916: Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a **boa-fé** e os usos do lugar de sua celebração. (grifo nosso)

ordenamento jurídico veio estabelecer uma sistemática quanto à interpretação dos negócios jurídicos.

A exemplo do disposto no art. 85 do CC/1916, a sua redação se manteve igual no art. 112 do NCCB, definindo que nas declarações de vontade, como ocorre com os contratos, se atenderá mais à intenção das estipulações, do que propriamente ao sentido literal da linguagem.

Mas como avalia Renata Domingues Barbosa Balbino<sup>38</sup>: "O princípio da boa-fé também incide na fase de execução e conclusão dos contratos. Na fase pós-contratual ainda há a possibilidade de exigir boa-fé dos contratantes, pois os deveres anexos, como os de colaboração e informação, ainda vigoram."

Isto porque, segundo Antônio Junqueira de Azevedo<sup>39</sup> existe uma série de deveres anexos, inerentes ao princípio da boa-fé objetiva que cria para as partes contratantes "um padrão de comportamento a ser cumprido, de acordo com a exigência da boa-fé, ou seja, de acordo com a lealdade e a honestidade que devem estar presentes numa relação contratual". Além desses, existem os deveres secundários, tais como o dever de informação, o dever de oportunidade de conhecimento do conteúdo do contrato, dever de cooperação, dever de sigilo, dever de cuidado, dever de prestar contas e dever de proteção.

Como visto, o terceiro de boa-fé, antes suscitado, carece fundamentalmente de alguns deveres por parte de seu convivente contratante, que deixou de cumprir com lealdade e honestidade, faltando com o dever de informação, quanto à existência da sua união estável, faltando ainda com o dever de cooperação, de cuidado e de proteção, eis que colocou o terceiro em situação de risco, contrariando o seu legítimo interesse com o negócio que estava sendo realizado, seja ele escrito ou não.

O fato mais corriqueiro, no dia-a-dia dos negócios jurídicos, é quando um dos conviventes, tendo o estado civil de solteiro, aliena bem imóvel que se encontra só em seu nome, mas adquirido de forma onerosa, na constância de uma união estável. É evidente a fraude.

Com clareza vê-se a distinção da boa-fé subjetiva, entabulada antes da vigência do NCCB, e a boa-fé objetiva que sugere a criação de deveres contratuais. Segundo Judith Martins-Costa<sup>40</sup>, "a 'boa-fé subjetiva' denota

<sup>38</sup> SALSINO, R.D.S. O princípio da boa-fé no novo código civil. Artigo publicado no site: <http://www.gontijo-familia.adv/escritorio/outros181.html>. 7 p. Text() extraído em 24 de agosto de 2003. A autora é especialista em direito privado pela Escola Paulista da Magistratura.

<sup>39</sup> AZEVEDO, A.J. de. Em palestra proferida na Escola Paulista da Magistratura, no curso de pós graduação em direito privado, sob o tema: *Novos princípios contratuais à luz da constituição*. Realizada em 21 de setembro de 2000.

<sup>40</sup> MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

'estado de consciência', ou convencimento individual de proceder a parte em conformidade ao direito, sendo aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente, em matéria possessória. Diz-se 'subjéitiva' justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Em contra-posição à boa-fé subjéitiva está a má-fé, também vista subjétivamente como a intenção de lesar a outrem.". Mais adiante expressa que "a boa-fé subjéitiva denota, portanto, primariamente, a idéia de ignorância, da crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular". No caso, a ignorância da existência da união estável.

Em contrapartida, a professora Dra. Judith Martins-Costa diz que a boa-fé objetiva "quer significar - segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão - um modelo de conduta social arquetipo ou *standard* jurídico, segundo o qual 'cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquetipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade'. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo."

## **5.2. A Fraude contra Credor**

Atente-se para a possibilidade de fraude criada pela própria lei, vez que, ao garantir a meação do companheiro, ou companheira, deixa espaço para o devedor proteger ao menos a metade de seu patrimônio, alegando ser este do casal e intervindo, por sua vez, aquele prejudicado sob o escopo de terceiro de boa-fé.

Na prática, quando os credores penhorarem os bens do devedor que vive em união estável, estarão, na verdade, excutindo os bens apenas do convivente com o qual tiveram as tratativas não cumpridas. Seguramente, seu companheiro embargará tal execução demonstrando que os bens penhorados foram adquiridos pelo esforço comum do casal ou na constância da união estável, pela via onerosa e, portanto, a sua meação deve ser resguardada.

O "calcanhar de Aquiles" dessa problemática é exatamente a demonstração da boa-fé, tanto do credor como do convivente meeiro. Não há de ser uma tarefa muito fácil, visto que as duas situações dependem de provas e sutis conclusões, sobrando para o judiciário o fardo de resolver a questão. Quanto mais fácil, e até menos complicado, seria se fosse possível a imposição legal da formalização por escrito da relação de união estável, caso em que a boa-fé do meeiro estaria vinculada à apresentação do contrato de

convivência, extirpando a pretensão do credor em se legitimar a sua boa intenção.

Para alcançar essa força legal, naturalmente que o contrato de convivência deve estar devidamente registrado em títulos e documentos, quando adquire o aspecto de instrumento público, portanto não podendo ser alegado pelo credor o seu desconhecimento, ainda que o fato da união estável ter sido ocultada pelo devedor convivente, o que faz gerar implicações no campo criminal, semelhante àquelas relativas à ocultação do estado civil do casamento.

### **5.3. A Responsabilidade Civil dos Contratantes em Relação a Terceiros**

É indubitoso que aquele que, por ação ou omissão, fazer constar em contrato informação falsa ou deixar de prestar ao terceiro contratante, informação relevante e de seu profundo interesse, comete ilícito contratual e penal, por falsas declarações. Assim, não se pode deixar ao sabor das adivinhações do terceiro, o reconhecimento da verdadeira situação civil (estado civil) daquele com quem está contratando, ainda que seja este um contrato verbal. Francisco José Cahali<sup>41</sup>, citando Álvaro Villaça Azevedo, que diz serem obrigados os contratantes a declinarem o estado civil ou a condição de convivente em união estável, sob pena estarem praticando ato ilícito penal por falsas declarações, menciona que o convivente que assim age infringe o princípio da boa-fé, devendo-se preservar os interesses do terceiro e as perdas e danos serem resolvidas entre o companheiro<sup>42</sup>.

Civilmente, responderá todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem<sup>43</sup>. Eis que a ocultação do estado de convivente, onde o terceiro contratante sem o conhecimento prévio da existência de uma possível meeira, se coloca inadvertidamente numa situação de risco, que, se concretizado, causar-lhe-á danos, na maioria das vezes de difícil reparação.

A proteção aos interesses do terceiro é unânime na doutrina. Ressalvas serão observadas quanto aos detalhes e quanto à natureza desses interesses. É fundamental saber aqui, até que ponto o terceiro teve conhecimento e a partir de quando passou a assumir o seu risco, sendo este um conflito que inevitavelmente desaguará no poder judiciário.

<sup>41</sup> CAHALI, F.J. *Contrato de convivência*: na união estável. São Paulo; Ed. Saraiva. 2002, p.201-202.

<sup>42</sup> Ar!. 52 do "Estatuto da União Estável" relativo ao Projeto de Lei nº 2.686/96.

<sup>43</sup> Ar!. 186, do Código Civil Brasileiro.

Francisco José Cahali<sup>44</sup>, cuja obra é considerada a mais completa sobre o tema, assevera que "é possível a qualquer interessado deixar de reconhecer a convivência afirmada pelo casal. Havendo conflito a respeito da existência ou não da união estável, entre os conviventes e terceiros, devolve-se a apreciação ao Judiciário para dirimir a controvérsia". Em sua tese, a existência do contrato de convivência devidamente registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, da forma como hoje já se encontra estabelecido na lei, cumpre a finalidade de publicidade da relação, não podendo mais ser alegada a sua ignorância.

Zeno Veloso<sup>45</sup>, opina sobre a questão: "Temos de considerar que a união estável não é o objeto de registro, e isso também a distingue do casamento, cuja prova, por excelência, é a certidão do registro (art. 1.543, do CC)" .

Supre, em termos, a necessidade do assento no Ofício de Registro Civil do estado civil de convivente ou de companheiro. O contrato de convivência tem, ainda, a função de informar as condições e as dimensões das responsabilidades de cada um dos companheiros, bem como o regime de bens e a distribuição dos mesmos. Este é o principal mister dessa tratativa, funcionando aos moldes do pacto antenupcial, tido no casamento.

Na falta do contrato de convivência, a responsabilidade em relação ao terceiro será verificada de forma homogênea, sendo estudada somente no caso em concreto, investigada a culpa do consorte omissivo ou comissivo. Quando a responsabilidade tiver que ser checada em questões envolvendo tão somente os partícipes da relação, a averiguação principal será quanto à presença do enriquecimento sem causa de um dos conviventes em relação ao outro.

Nas relações internas, recíprocas entre os companheiros, o registro do contrato de convivência, ou qualquer outro ato formalizado entre o casal capaz de dar publicidade à relação não se vincula a caracterização ou não da união estável, até porque a sua proposta é fundada na informalidade do relacionamento, tanto interna quanto externamente.

Segundo as palavras do ilustre professor Zeno Veloso, a quem novamente reportamos, "quanto a terceiros, os efeitos exteriores ou externos da união estável não se estendem automaticamente, não se podendo cogitar de uma inexorável projeção ou oponibilidade a terceiros na relação pessoa dos companheiros, do status familiar que assumiram, da situação patrimonial que entre eles vigora, se nada disso é objeto de registro. Ainda que a união estável, que por si é um fato jurídico, tenha sido objeto de reconhecimento

<sup>44</sup> CAHALI, F.J Op. cit., pago 186.

<sup>45</sup> VELOSO, Z. *Código civil comentado: direito de família*. Artigos 1.694 a 1783. coordenador Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Aliás, 2003. v. XVII. P 145.

ou regulamentação por um contrato escrito celebrado pelos companheiros, isso não significa que a relação tenha eficácia *erga omnes*<sup>46</sup>.

Daí se extrai que há uma necessidade intrínseca de ser declarada a existência da união estável e a propriedade dos bens que eventualmente estiverem sendo transacionados com terceiros. Aliás, neste sentido, já se dizia o art. 5º do Projeto de Lei nº 2.686/96<sup>47</sup>, quanto a esta fundamental necessidade de dar inequívoca ciência ao terceiro que contrata com um ou com ambos os conviventes.

Ao ser vetado, o art. 4º da Lei nº 9.278/96, em seu texto original, e de modo expreso, continha a previsão de publicidade do contrato de convivência, dizendo o seguinte: "para ter eficácia contra terceiros, o contrato referido no artigo anterior deverá ser registrado no Cartório de Registro Civil de residência de qualquer dos contratantes, efetuando-se, se for o caso, comunicação ao Cartório de Registro de Imóveis, para a averbação". Insta que, é exatamente dessa possibilidade que temos defendido desde as primeiras linhas deste trabalho. Todavia, Sua Excelência, o então Presidente da República justificou em suas razões de veto que tal sistema de contratação para união estável importava em admitir verdadeiro casamento em segundo grau, que *data venia* não foi muito feliz na sua interpretação à época do veto.

Sobretudo, o princípio da boa-fé objetiva, antes estudado terá plena utilização no momento de se verificar as responsabilidades decorrentes da existência ou não de contrato escrito, bem como de prováveis situações de franca desvantagem de um convivente em relação ao outro, ou mesmo em relação a terceiros.

#### **5.4. As Ações do Convivente-Meeiro e do Terceiro de Boa-Fé diante do Instituto da União Estável**

Em tese, o melhor caminho para o terceiro de boa-fé aparenta ser através do manuseio de Embargos de Terceiro, porquanto a matéria esteja ligada à execução, penhora, arrematação, ou que de uma maneira ou de outra venha a ser turbado ou esbulhado na posse de seus bens. O mesmo raciocínio é estendido ao convivente que for ameaçado em sua meação. Daí a soberba

<sup>46</sup> VELOSO, Z. *Código civil comentado: direito de família*. Artigos 1.694 a 1783. coordenador Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. XVII. P 145.

<sup>47</sup> Projeto de Lei, do Poder Executivo, acerca do Estatuto da União Estável. Art. 5º deste projeto: "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 aplicadas as sanções penais cabíveis"

importância do contrato de convivência, vez que é presumida a meação quando inexistente o tal instrumento por escrito.

Para Marco Aurélio S. Viana<sup>48</sup>, "Em havendo comunhão, que a lei especial denomina condomínio, o convivente está autorizado a defender sua meação. Viabilizar praticamente esse ponto é que reclama muita cautela. O embargante poderá fundamentar sua pretensão em contrato escrito, quando houver, ou em qualquer outro documento que prove existir, realmente, uma união estável, oferecendo, assim, prova pré-constituída".

A grande questão aqui envolvida é a prova do direito sobre o patrimônio amealhado pelo casal, bem como a proporção de cada consorte. As ações possessórias, em regra, também são aplicáveis na defesa dos interesses tanto do terceiro quanto de um dos conviventes que estiverem se sentindo ameaçados de turbação ou esbulho, na forma disciplinada pelo art. 1.210, do NCCB. É que trata, tal dispositivo, de uma cláusula geral, permitida a todo cidadão, qualquer que seja a origem de seu direito. Por enquanto, é suficiente dizer que não há ressalvas na lei quando envolve a relação de união estável.

Álvaro Villaça Azevedo<sup>49</sup>, faz uma sutil distinção entre o direito de possuir e o direito de posse, sendo que o primeiro é um direito do proprietário, enquanto o direito de posse nasce da relação existente entre o dono e o possuidor. Disso decorre que a ação possessória e reivindicatória também é instrumento possível de ser manuseado pelo terceiro possuidor de boa-fé.

Conforme a situação do caso prático, poderá ser cabível uma das ações ordinárias declaratórias, a fim de constituir, para o terceiro ou para a meeira, o seu direito, que se mostra nebuloso e incerto. Na grande realidade, essa tutela é requeri da quando já desgastada a relação de fato, o que culmina sempre na já bastante conhecida *Ação Ordinária de Dissolução de Sociedade de Fato*, ou outra do gênero. É o fim da relação e, já que o planejamento patrimonial não foi acertado no início, através de contrato de convivência, tem-se agora uma oportunidade, diga-se, mais cara e mais complicada.

Entendemos que, até mesmo nas ações cautelares de separação de corpos alguns provimentos poderão ser apreciados, de modo a dar proteção efetiva aos direitos dos próprios conviventes e também aos direitos de terceiros envolvidos.

Com o fito de defender o seu patrimônio, poder-se-á usar, até mesmo, medidas cautelares próprias, tais como o arresto, o seqüestro, a

---

<sup>48</sup> VIANA, MAS. Op. cil, p. 85.

<sup>49</sup> AZEVEDO, Á.V. *Comentários ao código civit.* parte especial. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003. p. 236-249.

busca e apreensão, bem como aquelas específicas à guarda dos filhos, o que é defendido por Euclides de Oliveira<sup>50</sup>, reforçando ainda com a produção antecipada de provas e outras.

Aqui é suficiente saber o arsenal de ações que poderá ser utilizado pelo terceiro. ou pelo convivente meeiro. molestado em seu direito. Vale lembrar que para cada tipo de pedido deverá ser observada a competência jurisdicional. A lei parece já ter pacificado a questão da competência imputando à esfera das varas de família a hospedeira das demandas envolvendo a união estável.

Mas com relação ao terceiro, nem sempre haverá uma discussão acerca da relação que envolve a união estável. Neste caso persisti uma dúvida quanto à competência jurisdicional. consistente na pretensão do terceiro em garantir um direito seu que ainda não está *sub judice*. A doutrina não se posicionou sobre a questão, mas temos que se o litígio versar somente sobre questão cível. principalmente preexistindo contrato de convivência. não fará sentido a discussão do mesmo em nível de vara especializada de família, considerando que o maior interessado é o terceiro.

### 5.5. A Situação Processual do Terceiro na Esfera Judicial

Como ventilado a pouco, não há muito debate sobre a forma de acesso à justiça pelo terceiro envolvido numa relação jurídica de determinada união estável. Mas antes mesmo do reconhecimento da união estável como formadora da entidade familiar. já existiam conflitos deste gênero. de tal sorte que o terceiro utilizou-se das mais variadas formas encontradas em nosso ordenamento processual.

De maneira que a riqueza do processo civil brasileiro não deixou desamparado o terceiro diante deste novel instituto. Antes mesmo da vigência do NCCB, sob a égide das Leis nº 8.971/94 e 9.278/96. os conflitos chegavam ao poder judiciário pelos mecanismos disponíveis. Na medida em que a legislação avançou. positivando situações antes existentes apenas no mundo dos fatos, ocorreu semelhante fenômeno com a legislação processual. embora timidamente. Em linhas gerais, pode-se dizer que ainda falta no sistema processual em vigor a adequação de um rito apropriado para discutir as questões dessa natureza.

Mas até que isso venha acontecer, toma-se emprestado as formas gerais já disponíveis e. por enquanto, usadas com boa eficácia. Não nos parece que o problema do acesso do terceiro à justiça esteja ligado exatamente à forma de abordagem. ou seja. à via processual escolhida, mas

<sup>50</sup> OLIVEIRA, E. de. *União estável: do concubinato ao casamento*. 6. ed. São Paulo: Editora Método, 2003, Op. cil. p. 266.

sim relacionado com a constituição de seu direito, sendo esta a preocupação primeira da doutrina. Por outro lado não se pode olvidar que a existência de um rito processual definido e específico simplificaria em muito a atividade jurisdicional do Estado, reduzindo o tempo de entrega de sua prestação.

Das formas previstas na lei, são os embargos de terceiro a mais indicada na maioria dos casos, em razão da amplitude estatuída pelo art. 1.046, do CPC, mas isso no caso de já existir ação em curso, do contrário, a oposição se daria por meio de ações autônomas, podendo-se cumular pedidos de tutela específica, ou até mesmo a antecipação da mesma liminarmente, ou, ainda, por medidas cautelares mais específicas ao caso em concreto.

As situações que cotidianamente se vê estão mais relacionadas com a venda ou alienação de bens comum ao casal de conviventes, mas que, por uma razão qualquer, esteja registrado somente no nome de um deles. Para o terceiro de boa-fé, não parece haver dúvida das formas processuais possíveis para se buscar o reconhecimento de seu direito. O mesmo já não se pode dizer em relação ao convivente meeiro, que esbarra em conflitos conceituais, gerando dúvida quanto à utilização desta ou daquela via processual.

O § 3º, do art. 1.046, do CPC, estende ao cônjuge a condição de terceiro quando na defesa da posse de seus próprios bens ou, pelo menos da sua meação. Mas nada se refere, por enquanto, aos interesses dos conviventes ou companheiros. Por analogia, é possível que o convivente meeiro lance mão deste dispositivo para fundamentar a via processual eleita.

Ainda mais em se tratando de bem de família, o que já foi aceito pela jurisprudência, ao legitimar a concubina na defesa da posse de imóvel residencial com fulcro na Lei 8.009/90<sup>51</sup>. O STJ, de forma favorável também a este entendimento, já firmou seu entendimento a respeito, exigindo tão somente a configuração da união estável rara a aplicação, por inteiro, da Lei da Impenhorabilidade do Bem de Família<sup>52</sup>.

Ademais, o reconhecimento da união estável como entidade familiar, primeiro pela CF/88 e depois pelo NCCB, foi no feitiço de assegurar e dar proteção à família, sendo mesmo coerente que os conviventes passem a utilizar-se, no que couberem, os recursos processuais acessíveis às pessoas casadas.

<sup>51</sup> Em caso de união estável, a concubina é parte legítima para, através de embargos de terceiro ou mesmo de embargos à penhora, invocar os benefícios da Lei 8.009/90 (AT 726/286, JT J 164/136, AJ 199/84, AT JE 165/223, Boi AASP 1.820/475).

<sup>52</sup> "Configurada a união estável, aplica-se, por inteiro, a disciplina da Lei nQ 8.009/90. Assim, garantindo os bens móveis residência na qual morou o casal, que vivia em união estável, estão eles, em princípio afastados da penhora" (ST J-31 Turma, AEsp 1 03.011-AJ, rel. Min. Menezes Direito, j. 25.3.97, não conheceram, v.u. DJU 16.6.97. p. 27.365).

Desta forma, o convivente prejudicado, quando souber da constrição ou alienação de bem amealhado pelo esforço comum, em que não tenha participação no evento, lícito lhe será opor utilizando-se de toda a gama de ferramentas processuais possíveis, para a defesa do bem de família, ou pelo menos, da sua meação.

Uma das facilidades que o contrato de convivência pode alcançar no relacionamento e nos negócios realizados pelos conviventes é o planejamento patrimonial, o que vale dizer, incluindo-se a responsabilidades pelas dívidas contraídas por cada um. Em decorrência disso, se houver convencionado a divisão total de bens e de obrigações, mais seguro estará o convivente que for defender seu particular patrimônio ou meação, ainda que a origem da dívida tenha sido em benefício da família, bastando, conforme o caso, intervir com simples petição no processo já em curso para informar da existência do contrato e da impossibilidade de constrição dos seus bens, ou da metade deles. assim como se faz na defesa do bem de família.

Na hipótese. se o terceiro tinha, ou pelo menos deveria ter, conhecimento do contrato de convivência registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, lhe caberá, tão somente, exigir as responsabilidades civis e criminais daquele conviventes com quem veio a contratar, contraindo obrigações. E para este mister, várias são as possibilidades de ações de cunho indenizatórias e/ou reparatória de danos.

Mais uma vez haverá de ser investigada a boa-fé, tanto do terceiro em relação ao casal de conviventes, quanto em relação aos próprios conviventes, que não poderão ocultar a situação de sua união estável.

## 6. CONCLUSÃO

Motivada por razões diversas, tais como o auto custo para formalização do matrimônio e para a sua dissolução também, a burocratização das repartições e dos procedimentos, além de outros mais, verificou-se nos últimos anos um considerável aumento no número de uniões estáveis. Começaram nas periferias dos grandes centros, pelas pessoas oriundas das classes sociais menos favorecidas, mas rapidamente se espalharam pelas demais. enfrentando os dogmas da Igreja, que ainda condenava veementemente estas "profanas" uniões.

Aplicando-se princípios constitucionais, e outras fontes do direito, o judiciário foi se incumbindo de apaziguar as questões e os conflitos que lhes foram chegando. Vendo-se acuado, sem poder conter esta correnteza, o legislador não teve escolha também senão reconhecer o que já era aceito pela jurisprudência e, timidamente, lançar alguns conceitos e regras para dar equilíbrio a estas relações, assim como ocorre com o casamento.

Acontece que muito ainda há por vir, isto é, a real evolução do direito. sobre este tema, ainda não ocorreu, até porque algumas questões ainda dividem opiniões na doutrina. O novo Código Civil, ditado pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, encarou o problema e incluiu um título especial, com cinco artigos, tratando somente da união estável, estabelecendo um paralelo com o casamento, diga-se, bem próximo. Resolveu-se alguns conflitos mas abriu-se caminho para o surgimento de diversos outros. É que, colaborando com isso, as leis que antes disciplinavam a matéria (Lei nº 8.971/94 e Lei nº 9.278/96) não foram revogadas, no que diz respeito a sua parte material pelo NCC, sustentando parte da doutrina que se manteve vigente a parte processual.

Neste contexto evolutivo, abriu-se outras portas para a solução de problemas que não estão minuciosamente positivados, vindo a legislação apenas albergar as situações de forma bem genérica. Concomitante, ganhou relevância e validade e contrato escrito dispondo sobre as condições e a forma da união estável, em especial quanto ao pacto patrimonial relativo aos bens particulares de cada convivente e aos que virão a ser constituídos na constância da união.

Com a vigência do NCCB, o contrato de convivência passa a obter ainda mais prestígio no mundo jurídico por ser sinônimo de objetividade e clareza quanto aos direitos e obrigações entre si pactuados, ou mesmo, em relação a terceiros. E para este fim, a lei veio dar liberdade ampla para os contratantes, devendo-se observar uma certa sintonia com a legalidade das convenções, para mais tarde não serem argüidas eventuais nulidades, comprometendo a saúde do pacto escrito. Embora a Lei nº 10.406/2002 tenha expressamente autorizada a regulamentação das questões em contrato escrito, deixou a ressalva de que na sua ausência ou invalidade prevaleçam as suas próprias disposições legais. Neste sentido, evidentemente, toda vez que no contrato houver disposição em contrário com a realidade fática, poderá a parte prejudicada poderá se opor, fazendo prova judicial de tais fatos.

Será no momento da eventual extinção da união estável que maior valor terá o contrato de convivência. vez que é na divisão do patrimônio que nascem a maior parte dos conflitos e desavenças. O descontentamento de um dos conviventes poderá levá-lo a questionar a validade e a veracidade das informações registradas em tal documento. Daí a importância da precisão do inventário dos bens particulares dos contratantes conviventes, descrevendoos detalhadamente, de forma coerente com a realidade, para não ser objeto de discussão futura. Quanto mais equilíbrio e lógica houver na constituição das cláusulas, menor será o risco de nulidade do instrumento, seja ele público ou particular. É importante que não seja excessivamente oneroso a um dos lados enquanto atribui elevada vantagem ao outro.

Ainda que a extinção da união estável se dê pela morte de um ou de

ambos os conviventes será de extrema importância para a realização da partilha dos bens, mormente nos casos de pluralidade de uniões, onde se observará a origem dos bens, a época de suas aquisições, para saber a sua destinação aos respectivos herdeiros e sucessores.

O efetivo e regular registro do contrato de convivência em Cartório de Registro de Títulos e Documentos atribuirá ao mesmo o efeito de documento público, que terá implicações nas questões relativas a terceiros transatores com um dos conviventes. Nesta ordem, tomadas as devidas cautelas, o terceiro de boa-fé poderá encontrar maior respaldo e proteção aos seus direitos. Bem assim, o convivente preterido em seu direito ou prejudicado pelo companheiro quando este realizar negócios com terceiros poderá fazer uso do mesmo argumento em seu favor, demonstrando que o terceiro tinha a obrigação de conhecer do contrato de convivência por estar devidamente registrado.

Tanto o convivente prejudicado quanto o terceiro de boa-fé correm o risco de serem golpeados pelo convivente que omitir ou distorcer as informações em seu único e exclusivo benefício. Neste caso, inevitável será o conflito de interesses insurgido entre os dois lados prejudicados, um convivente e um terceiro, revelando uma situação de difícil solução ou reparação, às vezes incontornável, quando o bem já houver se deteriorado.

Alguns avanços, que certamente ainda virão na legislação, se encarregarão de corrigir estes "efeitos colaterais" surgidos com o reconhecimento das uniões livres como formadora de entidade familiar. Pela sua própria natureza, a união estável é constituída pelos conviventes que vêm nela a liberdade de se unirem sem a onerosidade e a burocracia do matrimônio, o que intimida qualquer tentativa de intervenção do Estado, sob pena de ser ignorado. Mas a lei não pode deixar de oferecer as opções de escolha ao seu destinatário final. Para a própria segurança do estado de direito, aqueles que decidirem regularizar uma união estável, estabelecendo em contrato escrito as suas cláusulas e condições, devem dispor de mais recursos para enquadrar-se em tal situação civil, sendo apertada a vantagem em poderem registrar tal instrumento para dar a publicidade a terceiros.

*De lege ferenda*, destaca-se que a oficialização de um novo e definitivo termo para expressar o correto estado civil dos conviventes será a solução para diversos contratemplos, dentre eles evitar o constrangimento aos conviventes ao informar o seu estado civil e, também, dar ciência inequívoca a terceiros.

Para a maioria dos conflitos envolvendo interesses de terceiros, o manejo de embargos de terceiro ou da ação declaratória parecem ser as vias processuais mais indicadas. vislumbrando-se ainda a adoção das medidas urgentes e tutelas específicas, conforme o caso.

## 7. REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Á.V. coordenação: Antônio Junqueira de Azevedo. *Comentários ao código civil: parte especial, do direito de família*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003. v. 19.
- AZEVEDO, Á.V. *Dever de coabitação: inadimplemento*. São Paulo: Ed. Bushatsky, 1976.
- AZEVEDO, Á.V. *Do concubinato ao casamento de fato*. Belém: CEJUP, 1987.
- BACOVIS, J.C. *União estável: conversão em casamento e alimentos entre conviventes*. Curitiba: Ed. Juruá, 2003.
- BRITO, N.M.S. *Revista brasileira de direito de família. O contrato de convivência: uma decisão inteligente*. Porto Alegre: Síntese Ibdfam, v. 2, n.8 jan/mar, 2001.
- CAHALI, F.J. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.
- CONCEIÇÃO, H.C. *Família. um poder em crise*. São Paulo: Janner Industria Gráfica, 1977.
- CZAJKOWSKI, R. *União livre*. Curitiba: Ed. Juruá, 1997.
- FERREIRA, J.S.AB.N. *Casamento por comportamento*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1990.
- KICH, B.C. *Contrato de convivência: concubinato "Unión de hecho"*. 2. ed. Campinas. SP: Ed. Agá Juris, 2001.
- LIMA, AT. *União estável & concubinato*. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2001.
- MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2000.
- MATOS, A.C.H. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000.
- OLIVEIRA, E.B. de. *União estável: do concubinato ao casamento*. 6. Ed. São Paulo: Ed. Método, 2003.
- OLIVEIRA, J.S. de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2002.
- OLIVEIRA, J.S. de. *A família extramatrimonial no direito das Américas e da Europa Ocidental*. Revista Jurídica Cesumar. Mestrado. Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2002. v. 2, n. 1. p. 11-23.
- PEREIRA R. da C. *Concubinato e união estável*. 6. ed. Belo Horizonte: Ed. Dei Rey, 2001. 234p.
- SACCO, F. dos S. *A união estável e o contrato de convivência no novo código civil*. Revista Jurídica Cesumar. Mestrado. Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2003.v.3,n.1.p.271-281.

SILVA, Re.B.T. coordenação: Ricardo Fiúza. *Novo código civil comentado*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

VARJÃO, L.A.G. *União estável: requisitos e efeitos*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999.

VELOSO, Z. coordenação: Álvaro Villaça Azevedo. *Código civil comentado: direito de família, bem de família, união estável, tutela e curatela*. São Paulo: Ed. Atlas, 2003. v. 17.

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

VENOSA, S. de S. *Disciplina patrimonial no novo código civil*. Artigo publicado no site: <http://www.crcsp.org.br/comunicacao/noticia3rc/noccod85.htm>. 2 p. Texto extraído em 26 de julho de 2003. ° autor é ex-juiz do primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo.

VIANA, M.A.S. *Da união estável*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.