

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA - UNIMEP

FACULDADE DE DIREITO

Programa de Pós-Graduação

Mestrado em Direito

**Intervenção estatal e onerosidade excessiva:
Aplicabilidade aos contratos de convivência**

José Henrique Farah

Piracicaba

2006

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA - UNIMEP

FACULDADE DE DIREITO

Programa de Pós-Graduação

Mestrado em Direito

Intervenção estatal e onerosidade excessiva:

Aplicabilidade aos contratos de convivência

José Henrique Farah

Orientador: Prof. Dr. José Luiz Gavião de Almeida

Dissertação de Mestrado apresentada à Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP como parte dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Direito

Piracicaba, SP

2006

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA - UNIMEP

FACULDADE DE DIREITO

Programa de Pós-Graduação

Mestrado em Direito

Intervenção estatal e onerosidade excessiva:

Aplicabilidade aos contratos de convivência

José Henrique Farah

Dissertação de Mestrado aprovada pela Banca Examinadora, constituída por:

Prof. Dr. José Luiz Gavião de Almeida

Presidente e Orientador/UNIMEP

Prof. Dr. Jorge Luiz de Almeida

UNIMEP

Prof. Dr. Raymundo Amorim Cantuária

METROCAMP

Campinas, 26 de abril de 2006

À minha esposa Carolina.

Às minhas filhas, Bárbara e Sofia.

Aos meus pais.

Sempre pelo apoio e amor, incondicionais, em todos os momentos.

AGRADECIMENTOS

Em especial, ao Professor Dr. José Luiz Gavião de Almeida (Zelo) pela oportunidade, orientação, estímulo e amizade durante a realização deste trabalho, assim como pela preocupação com seu resultado final, não medindo esforços para o sucesso do projeto.

Também especialmente ao meu pai, Benedicto Jorge Farah, Desembargador do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que iluminou e ilumina meu caminho, não só carreira jurídica, com ensinamentos e demonstração de retidão e senso de justiça, incomuns nos dias de hoje.

Ao Professor Dr. Jorge Luiz de Almeida, pelas palavras de incentivo que sempre foram colocadas em nossos encontros.

Aos funcionários da UNIMEP com quem tive contato, pela paciência e denodo, nas informações e cobranças.

Àqueles que, por algum motivo, colaboraram para a realização desse trabalho.

À todos, pelo companheirismo, ajudando a transpor os obstáculos com muito bom humor.

À todos da minha família, que torceram, e torcem, pelo meu sucesso.

RESUMO

Farah, José Henrique. Contrato de convivência. Intervenção Estatal e onerosidade excessiva:Aplicabilidade. Piracicaba, Faculdade de Direito, Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP, 2006, Dissertação de Mestrado.

Após o advento da Constituição Federal de 1988, que elevou a união estável à entidade familiar, foi possível aos conviventes a celebração de contrato de convivência para regular disposições pessoais e patrimoniais, ainda mais após a entrada em vigência do Novo Código Civil, que expressamente admite a celebração de tal instrumento contratual.

Desenvolvemos um estudo histórico do contrato de convivência e dos institutos da autonomia da vontade e da intangibilidade contratual, mitigada pela onerosidade excessiva para, posteriormente, analisarmos a aplicação dos institutos contratuais em face do Direito de Família que rege as disposições decorrentes da união estável.

Palavras Chaves: Contrato de convivência, autonomia da vontade, intangibilidade do contrato.

RIASSUNTO

Dopo l'avvenimento della Costituzione Federale di 1988, quello ha alzato l'unione stabile all'entità familiare, era possibile ai conviventes la celebrazione del contratto del convivência per regolare le eliminazioni personali e patrimonial, ancora più dopo l'entrata nella validità di nel Codice Civile, che espresso ammette la celebrazione di tale strumento contrattuale.

Sviluppiamo uno studio storico sul contratto del convivência e dei codici justinian dell'autonomia della volontà e del intangibilidade contrattuale, attenuata dal onerosidade estremo per, successivamente, analizzando l'applicazione dei codici justinian contrattuali in faccia dell diritto della famiglia che conduce le eliminazioni decurrent dell'unione stabile.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	2
1. UNIÃO ESTÁVEL OU CONCUBINATO	6
2. UNIÃO ESTÁVEL E CONTRATO DE CONVIVÊNCIA	14
3. O CONTRATO DE UNIÃO ESTÁVEL	25
4. PRINCÍPIOS CONTRATUAIS	41
4.1. AUTONOMIA DA VONTADE	48
4.2. INTANGIBILIDADE CONTRATUAL: A POSSIBILIDADE DE REVISÃO	55
DOS CONTRATOS	
5. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE AO	77
CONTRATO DE UNIÃO ESTÁVEL	
6. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTANGIBILIDADE AO CONTRATO DE	93
UNIÃO ESTÁVEL	
CONSIDERAÇÕES FINAIS	103
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	108

INTRODUÇÃO

Toda a sociedade humana, com o passar do tempo, sofre alterações, seja na sua estrutura, seja nos valores que entende mais caros, seja nas relações particulares.

Atualmente, no estágio em que a nossa sociedade se encontra necessário a revisão de algumas posições do Direito de Família, mormente após a entrada em vigor da Constituição Federal, e posterior edição do Código Civil vigente.

Atualmente é comum o convívio entre pessoas que não querem ou não podem se casar, seja apenas no casamento religioso, seja da forma estipulada na legislação civil, que juridicamente denominamos de união estável ou convivência.

Assim, o termo convivência (ou companheirismo, como alguns autores passaram a denominar a relação decorrente da união estável) passou a significar viver como casados informalmente. Homem e mulher assumem o seu relacionamento perante a sociedade, vivem na mesma casa, constroem patrimônio comum, têm filhos sem, contudo, enfrentarem o casamento como determinado pela lei.

Atento a esta nova realidade a sociedade, por meio do Estado, se manifesta através de textos legais, principalmente a partir da Constituição Cidadã, vigente desde 1988, que passou a reconhecer a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, nos termos do § 3º do artigo 226.

Contudo, pelo desconhecimento dessa proteção, as pessoas que vivem em união estável, na maioria das vezes, somente se preocupam de seus deveres e direitos quando da dissolução dessa sociedade de fato.

E aqui se mostra importante a celebração de um contrato de união estável, ou mesmo contrato de convivência, onde os conviventes poderão tornar pública a forma de união que pretendem exercer com essa nova realidade de vida.

Assim, a forma e o conteúdo do contrato, sua abrangência em relação a terceiros, quais os direitos que poderão ser abrangidos pelas disposições contratuais, dentre outras questões, são temas de recente discussão no meio jurídico, que necessitam de novos estudos e interpretações para uma aplicação prática.

Esses são apenas alguns dos pontos que se levantam quando se depara com a idéia de um contrato de união estável, sendo que nessa dissertação tem-se como objetivo o estudo de dois princípios informadores da teoria geral dos contratos – intervenção estatal e onerosidade excessiva – em relação ao contrato de união estável.

Isso porque o tema abrangido, possuindo relação intrínseca com o Direito de Família, apresenta também viés contratual, pois a celebração do instrumento deve respeitar os princípios e as condições impostas aos contratos em geral.

Assim, após breve abordagem histórica do tema, tanto da união estável quanto de eventuais tentativas de celebração anteriores, passaremos a discorrer sobre o instrumento contratual em si e, após, sobre a possibilidade da mitigação de suas cláusulas e mesmo alterações na sua abrangência jurídica.

Num primeiro momento, como já assentado, importante será inserir o instituto da união estável numa linha histórica, especialmente porque sua aceitação perante a doutrina e, principalmente, os tribunais, aconteceu de forma lenta e gradual, mormente porque se confrontava com os tabus e crenças que sustentavam toda uma estrutura social, logicamente decorrente de dogmas religiosos profundamente arraigados na sociedade brasileira.

Posteriormente, será necessária a colocação do instrumento, ou contrato, de convivência, como passaremos reiteradamente a nos referir, também num contexto histórico, já que, inicialmente, foi considerado como um negócio jurídico ilegal, pois sem objeto lícito.

Ainda, será relevante a discussão sobre os princípios contratuais objeto do estudo, para maior entendimento e verificação da forma de relação que será sugerida.

De relevância, também, será a enumeração de alguns pontos que poderão ser objeto dos contratos de convivência, de maneira a indicar a possibilidade jurídica, bem como,

no caso de impossibilidade, se pertinente sua alteração posterior por decisão judicial, ou mesmo decorrente de entendimento arbitral.

Por fim, todo o estudo aqui pretendido tem razão de existir, porquanto o contrato de convivência, mesmo que legalmente previsto, não possui regramento legal próprio, muito menos orientação doutrinária (exceto algumas poucas, porém relevantes, obras) ou jurisprudencial, especialmente porque se trata de instituto jurídico novo, já que anteriormente era tido **"como ultrajante à moral e aos bons costumes, e como tal, merecia o repúdio e não o estudo de suas características e conseqüências, ou atenção à sua finalidade"** (CAHALI, FRANCISCO JOSÉ, 2002, pág. 60)

1. UNIÃO ESTÁVEL OU CONCUBINATO

O presente trabalho visa a análise da aplicação dos princípios contratuais da intangibilidade do contrato e da autonomia da vontade num contrato de união estável (ou convivência).

Desta maneira existe a necessidade de diferenciação do instituto da união estável com o concubinato, visto que, com advento do Novo Código Civil, não se pode mais falar em similaridade entre eles, especialmente pelo teor do artigo 1.727, onde se encontra a definição de concubinato, como definidor das "relações não eventuais entre homem e mulher, impedidos de casar".

A importância desta diferenciação reside no fato de que o presente trabalho apenas deverá ser aplicado às relações jurídicas que puderem ser definidas como de união estável.

E como anteriormente à vigência do Novo Código Civil existia certa liberalidade quanto ao emprego dos termos "união estável" e "concubinato", mostra-se necessária a diferenciação que será feita a seguir.

A idéia de concubinato, ao longo dos tempos, envolveu a presença de alguns requisitos importantes, dentre eles a continuidade das relações sexuais, a residência dos concubinos sob o mesmo teto, inexistência de impedimentos matrimoniais e a notoriedade da união.

Outros elementos, também, podem ser trazidos como fator relevante da idéia de concubinato, entretanto sem a característica de essencialidade, tais como a dependência econômica da mulher ao homem, mesmo a vida em comum sob um mesmo teto são elementos que facilitam a sua prova e reforçam a presunção de fidelidade da companheira.

No entanto, é inegável que possa existir um concubinato em que a mulher não viva às expensas do homem, nem com ele reparta a mesma residência, pois tais elementos não são essenciais para sua caracterização; o que já não se pode dizer de uma relação concubinária, em que, por exemplo, a mulher casada mantém outro homem na constância de seu casamento, pois seria obviamente inadmissível a presunção de fidelidade daquela, requisito este indispensável para caracterizar a ligação concubinária.

Daí, numa rápida definição, poder-se caracterizar a união estável como a união do homem e da mulher, fora do matrimônio, de caráter estável, mais ou menos prolongada, para o fim da satisfação sexual, assistência mútua e dos filhos comuns e que implica uma presumida fidelidade recíproca, com a finalidade de constituição de família.

Evidente, conforme se depreenderá em momento oportuno do presente estudo, que o conceito acima aduzido teve seu campo de realidade alterado pelo advento das Leis n° 8.971/94 e 9.278/96, bem como pela idéia de união estável trazida pela Constituição Federal de 1988, ou mesmo pelo Novo Código Civil, em lugar do velho e tradicional concubinato, ou seja, tal conceito, continua a prevalecer no campo teórico, no entanto, para gozar de efeito jurídico, deve-se revestir dos requisitos proclamados no artigo 1.723 do Novo Código Civil, quais sejam, a união entre pessoas de sexo diferentes – homem e mulher -, através de uma convivência pública, contínua e duradoura, sendo necessária que essa relação seja estabelecida com o intuito de constituição do ente familiar.

Uma vez tendo restado evidente que a conceituação da união estável esteve e estará em constante mutação, ainda mais pela constante alteração dos valores que guiam uma sociedade, por ora, parece-nos mais acertada a idéia trazida pela nossa Constituição Federal, e adotada pelo Novo Código Civil, de que a entidade familiar de corrente da união estável deve ser notória e prolongada, de um homem com uma mulher vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo matrimonial, desde que tenha condições de ser convertida em casamento, perdendo assim a união estável a natureza jurídica de sociedade de fato e ganhando o de entidade familiar.

Comparando o conceito etimológico com essas várias definições, verificamos que os limites do termo restavam elásticos, demonstrando que o concubinato poderia ser tanto a união de pessoas livres de qualquer outra ligação como daquelas, geralmente o homem, com mais de uma mulher, assumindo implicações de ordem moral que não podem ser desprezadas que, como já se viu, não foi adotada pelo novo texto civil codificado.

A união estável, por sua vez, distingue-se da simples união carnal transitória e da moralmente reprovável, como a incestuosa e adúltera. Logo, conforme trazido pela unanimidade da doutrina, tinha-se a idéia de que o concubinato era o gênero, sendo a união estável a espécie dos tipos de convivência.

Assim, Edgard de Moura Bittencourt aponta a curiosa tentativa de estudiosos franceses, que propuseram as expressões "*concubinage*" e "*concubinat*", das quais a primeira identificaria "a simples união carnal passageira", enquanto a última seria o concubinato mesmo, no "sentido de união material".

Para se chegar à distinção que aqui se pretende demonstrar, há que se ressaltar, ainda, que a união de fato ou o concubinato foi inclusive classificado de puro ou impuro, cujo critério foi apresentado por Álvaro Villaça Azevedo "Do Concubinato ao Casamento de Fato", Ed. Cejup, Belém, 2ª ed., 1987.

Seria puro quando apresentasse uma união duradoura, sem casamento civil, entre homem e mulher livres e desimpedidos, isto é, não comprometidos por deveres matrimoniais ou por outra ligação concubinária. Assim, viveriam em concubinato puro: solteiros, viúvos, separados judicialmente ou de fato e divorciados; existindo na doutrina uma série de discussões acerca do separado de fato se incluir como nessa categoria ou não, sob a alegação de que o mesmo estaria impedido ao novo casamento.

De outra sorte, ter-se-ia concubinato impuro ou simplesmente concubinato, nas relações não eventuais em que um dos amantes ou ambos estão comprometidos ou impedidos legalmente de se casar.

Ressalte-se, também, que na nomenclatura que era anteriormente adotada ainda existia a diferença entre o concubinato adúltero, no caso de se fundar no estado de cônjuge de um ou ambos os concubinos, ou incestuoso, na hipótese de haver parentesco próximo entre os amantes. Aqui reside forte aspecto moral, vez que o mais relevante nessa questão era a necessidade de se distinguir com nitidez o concubinato do adultério, mesmo que permanentemente chamado de concubinato adúltero.

Contudo, com a vigência da Constituição Federal de 1988, ao conservar a família fundada no casamento, porém reconhecendo como entidade familiar a relação entre homem e mulher, notória e prolongada, vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo matrimonial, desde que tenha condições de ser convertida em casamento, por não haver impedimento legal para sua convalidação, como união estável, toda essa discussão sobre concubinato acabou por ficar apenas na seara acadêmica.

Passaram, então, os doutrinadores a estabelecer diferenças entre o concubinato e a união estável, sendo que Caio Mário da Silva Pereira adotou o entendimento de que companheira é aquela que, em sociedade de fato, contribuiu com seu trabalho, exercendo atividade produtiva, enriquecendo o patrimônio concubinário, enquanto concubina é aquela cuja atividade circunscreve-se aos serviços domésticos. ("Instituições de Direito Civil", vol.V – Direito e Família, 14ª edição, Forense, RJ, 2004)

A diferença aqui abordada já mereceu até mesmo a aprovação do Superior Tribunal de Justiça:

"Refletindo as transformações vividas pela sociedade dos nossos dias, impõe-se a construção jurisdicional a distinguir a companheira da simples concubina, ampliando, inclusive, com suporte na nova ordem constitucional, a proteção à primeira, afastando a sua incapacidade para receber legado em disposição de última vontade, em exegese restritiva do art. 1.719, III do Código Civil (atual art. 1.801, III)". (4ª Turma, REsp. 196-RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 08.08.1989, v.u.) (anotação nossa)

O Supremo Tribunal Federal, no RE nº 83.930-SP, de que foi relator o Ministro Antônio Néder, distinguiu a concubina da companheira, firmando posição, hoje consagrada pelo Superior Tribunal de Justiça:

"Todavia, em jurídica linguagem é de se admitir a diferenciação, porque, na verdade, o cônjuge adúltero pode manter convívio no lar com as esposas e, fora, ter encontros amorosos com outra mulher, como pode também separar-se *de fato* da esposa, ou desfazer desse modo a sociedade conjugal, para viver *more uxorio* com a outra.

Na primeira hipótese o que se configura é um concubinato segundo conceito moderno, e obviamente a mulher é *concubina*; mas, na segunda hipótese, o que se caracteriza é uma união-de-fato (assim chamada por lhe faltarem *justae nuptias*) e a mulher merece havida como *companheira*; precisando melhor a diferença, é de se reconhecer que, no primeiro caso, o homem tem duas mulheres, a legítima e a outra; no segundo, ele convive apenas com a *companheira*, porque se afastou da mulher legítima, rompeu de fato a vida conjugal." (1ª Turma, não conheceram, j. 10.05.1977, v.u.)

Em termos puramente semânticos, a diferenciação poderia parecer artificiosa mas, juridicamente, tinha o mérito de afastar a incidência negativa de artigos do vetusto Código Civil, referente a relações tipicamente concubinárias, daquelas uniões estáveis que se formavam entre parceiros, quando um deles (ou ambos) estava consolidadamente separado do fato de algum antigo cônjuge (e com quem só formalmente continuava casado).

Atualmente é ainda mais importante, pois como vimos a própria lei civil diferenciou a nomenclatura, outorgando conceito jurídico diverso para companheira e concubina.

E aqui reside uma inadequação da redação do Novo Código Civil, visto que o artigo 1.727, como já referido, caracteriza concubinato como a relação não eventual das pessoas impedidas de casar. E o artigo 1.723, § 1º permite a caracterização da união estável quando um dos companheiros ou convivente estiver na condição de casado, porém separado de fato ou judicialmente, sem contudo desfeito o vínculo matrimonial pelo divórcio.

E como coadunar os citados textos legais, de maneira a diferenciar a união estável do concubinato?

Rodrigo da Cunha Pereira traz uma observação que soluciona o problema colocado, vez que afirma que a imprecisão da redação aconteceu pela intenção do legislador em excluir da caracterização de união estável aquelas relações anteriormente denominadas como concubinato impuro, ou adúltero, onde um dos envolvidos, ou até ambos, mantinham paralelamente duas relações de convivência (podendo inclusive uma delas ser o casamento), situação que os valores da sociedade reprimem e, portanto, não poderiam ter respaldo ou proteção legal ("Da União Estável. Direito de Família e o Novo Código Civil", p. 239).

E é esse o entendimento que aqui se adotará, delineando, portanto, que a união estável é a relação entre homem e mulher, sem impedimento matrimonial, com a exceção do

casado separado de fato ou judicialmente, estabelecida para constituição de família através de uma convivência pública, contínua e duradoura.

Euclides de Oliveira afirma que:

"ao lado do concubinato e muito longe da união estável restam as situações de relacionamento amoroso e eventual, ou sem caráter de continuidade, assim como ligações clandestinas, mesmo entre pessoas desimpedidas matrimonialmente. Qualificam-se à margem da lei e as pessoas envolvidas são consideradas como simples "amantes", sem qualquer proteção jurídica na esfera dos seus direitos pessoais." ("União Estável. Do Concubinato ao Casamento. Antes e depois do novo Código Civil", pág. 148)

2. UNIÃO ESTÁVEL E CONTRATO DE CONVIVÊNCIA

Apenas para não nos alongarmos no aspecto histórico, tem-se que antes dos imperadores cristãos, o concubinato era encarado com naturalidade pela sociedade romana e no aspecto jurídico jamais foi objeto de proibição, ao contrário do adultério, com o qual não se confundia e que foi tipificado como crime pela Lex Julia de Adulteriis Coercendis, proposta por Augusto provavelmente em 18 a. C. (FRÓES, OSWALDO, 2000, págs. 13/15)

Sob a influência do Cristianismo houve uma mudança de atitude, no sentido de repressão do concubinato e, como nosso ordenamento jurídico foi iniciado na influência do direito português, fortemente ligado à Igreja, sempre houve relutância em conceder direitos àqueles que se encontravam em relação extramatrimonial, apesar de constituir fato social inquestionável.

Importante ainda, destacar que, mesmo sob forte influência cristã, os aspectos patrimoniais da união estável tiveram grande avanço na sua concepção por conta da influência da migração europeia do final do século XIX e início do século XX.

Explica-se: os casais de imigrantes, especialmente os italianos, chegavam por aqui casados pelo regime de separação de bens, como ordenava o Direito Italiano. Na ocasião do falecimento do marido, a mulher, por força do regime de bens matrimonial, ficava sem qualquer amparo jurídico quanto ao patrimônio adquirido em terras brasileiras.

Assim, começou-se a reconhecer o direito à mulher do patrimônio aqui amealhado, mormente pelo entendimento de que houve contribuição dela na formação da fortuna, sendo que para tanto se firmou a conclusão de que marido e mulher, para o direito pátrio, constituíam uma sociedade de fato, mesmo diante da situação de matrimônio, pois se assim permanecesse, a mulher não teria direito a qualquer patrimônio adquirido, por conta do regime legal do Direito Italiano.

Dos inúmeros julgamentos, decorre a Sumula nº 380 do STF, que dispõe:

"Comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum"

Importante trazer trecho de seu relato, pelo Ministro Thompson Flores que teve o seguinte voto do Ministro Cordeiro Guerra.

"Dou este voto reiteradamente, porque me reporto às origens desta súmula que foi remediar a situação dos imigrantes casados pelo regime legal da separação de bens, em São Paulo. O regime legal era o da absoluta separação de bens. No fim da vida, os imigrantes tinham construído juntos a própria fortuna, isso era inegável, vieram juntos para trabalhar na colheita do café ou mesmo nas pequenas industrias domesticas, e no fim da vida ficava o viúvo cansado e a velha desamparada, porque todos os recursos iriam para os genros, noras ou mesmo os filhos. Então a

jurisprudência paulista tinha criado uma sociedade de fato". (RE 85399, *in* RTJ 22/33-41).

Desta forma, pode-se observar a forte influência exercida pela imigração sob o instituto do chamado concubinato (aqui com significado atual de união estável), uma vez que às inúmeras situações que tal instituto suscitava dentro da sociedade, foi-se aos poucos necessária uma adequação do entendimento dos Tribunais, visando trazer justiça para essa nova modalidade de "entidade familiar" que se formava, de forma a regulá-la e aceitá-la dentro de uma realidade jurídica.

As transformações sociais com seus reflexos no Direito de Família foram muito lentas em termos de direito positivo, iniciando-se no campo previdenciário, ainda mais pela preocupação de cunho essencialmente social, como por exemplo, o Decreto nº 2681, de 07.12.1912, que previa a responsabilidade das empresas de estradas de ferro, no caso de morte de passageiro, de prestar indenização aos seus dependentes, inclusive a companheira.

Após o advento da legislação civil codificada de 1916, ocorreu uma certa evolução sobre o tema, mormente com relação à legislação de acidente do trabalho, a Lei nº.3724, de 1919 (Regulamentada posteriormente pelo Decreto – Lei nº. 24637/34 e pelo Decreto – Lei nº., 7036/44), que equiparou a companheira e a esposa, desde que comprovadamente sustentada pelo homem.

A primeira legislação previdenciária que estabeleceu direitos à companheira foi o Decreto nº 20.465, de 1931, que empregou o termo "mulher", podendo por interpretação extensiva, ser aplicada também nos casos de mulher não casada; já a Lei nº 3807, de 1960, Lei

da Previdência Social, tornou possível a designação da companheira como dependente, na falta dos dependentes expressamente mencionados na lei.

Continuando numa linha temporal, encontramos um significativo avanço na Lei nº 6015/73, Lei de Registros Públicos, que autorizou a mulher, solteira, separada judicialmente ou viúva, companheira de homem, também, solteiro, viúvo ou separado judicialmente, a requerer a averbação do nome do companheiro em seu registro de nascimento.

E essa nova leitura do Direito de Família pode ser verificada, apesar de muito tempo a jurisprudência ter se mostrado titubeante quanto ao tema, em vários outros entendimentos sumulados dos tribunais, especialmente o STF, afora os já citados, conforme se nota:

Sumula 447 : "É válida a disposição testamentária em favor de filho adúlterino do testador com sua concubina."

Mesmo sabendo que durante muito tempo às relações fora do casamento era sido aplicados os institutos do Direito das Obrigações, em época remota os contratos ou estipulações decorrentes dessas relações não continham qualquer eficácia jurídica, mesmo que limitados ao aspecto patrimonial, conforme se pode extrair da lição de, Mário de Aguiar Moura "*apud*" Francisco José Cahali:

"As partes interessadas, não querendo ou não podendo casar, desejam preestabelecer cláusulas e condições expressas que regulem direitos e deveres recíprocos, como ocorre nos negócios jurídicos obrigacionais. Já nos chegaram às mãos contratos desta espécie.

...

É indubitável que se trata de negócio jurídico radicalmente nulo pela indisponibilidade das relações jurídicas instituídas para o casamento. No que pesem as boas intenções dos contraentes, o objeto, embora a pureza espiritual das intenções das aspirações, é ilícito, ..." ("Contrato de Convivência na União estável", Ed. Saraiva, SP, 2002, pág. 10)

E tal entendimento doutrinário ficou consubstanciado no Poder Judiciário. Tal assertiva é confirmada em se tendo acesso ao provimento, de 1961, baixado pelo Desembargador Antonio Carlos Alves Braga, quando Corregedor Permanente da Comarca de Campinas, que originou o processo nº 19.363, da Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e se tornou conduta obrigatória no estado, *in verbis*:

"Considerando ter chegado ao seu conhecimento que Tabeliães desta comarca vêm lavrando em suas notas os chamados "casamento por contrato", quer sob forma de sociedades universais, quer sob a forma de comunhão ou locação de serviços que um homem e uma mulher impedidos ou não de contraírem casamento se obrigam a viver juntos e em comum. Considerando que tais contratos são absolutamente nulos pela ilicitude e pela imoralidade do seu objeto (art. 145, n. II, do Código Civil). Considerando que a família só se constitui pelo casamento de vínculo indissolúvel (art. 163 da Constituição Federal), e que se celebra de acordo com as formalidades do Código Civil e nos Cartórios de Registro Civil das Pessoas Naturais. Considerando que a intervenção do Tabelião em contratos daquela natureza concorre para iludir as pessoas incautas e desconhecedoras da organização judiciária e da qualidade do funcionário que os lavra no livro dando assim aspecto externo de legalidade a um ato nulo. Considerando que ao Tabelião não compete apenas lavrar em suas notas o que as partes lhe declaram mas deve orientá-las e zelar pelo cumprimento exato da lei e da moralidade dos atos em que participe.

...

1º - Ficam todos os Tabeliães da Comarca, quer os da sede que os dos distritos, expressamente proibidos de lavrarem em suas notas os chamados "casamento pro contrato" em que um homem e uma mulher impedidos ou não de contraírem casamento se obriguem a viver juntos, prestando serviços recíprocos e colocando em comunhão os seus bens quer esses contratos revistam a forma de sociedade universal (art. 1.368 do Código Civil), quer a de locação de serviços sob desobediência e conjuntamente ao escrevente e ao tabelião que lavrar e subscrever essas escrituras.

2º - Ficam, igualmente, expressamente proibidos os Oficiais de Registro de Títulos e Documentos da Comarca de transcreverem em seus livros contratos dessa natureza por instrumento particular sob as penalidades do item 1º.

3º Este Juízo e seus auxiliares nas correições periódicas que procederão nos cartórios examinarão uma a uma as escrituras lavradas, a fim de verificarem se foi dado integral cumprimento às determinações contidas neste provimento.

Cumpra-se, dando ampla divulgação inclusive pela imprensa, por se tratar de ordem que visa o interesse geral."

E essa conceituação de ilicitude dos contratos de convivência, à época, também pode ser verificada pela Circular nº 7, de 17.04.1952, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que era redigida nos seguintes termos:

"Cientificada esta Corregedoria de que estão sendo escriturados pactos de “casamento por contrato”, simples e grosseira mancebia simulada em matrimônio, e como a intervenção, por qualquer forma inclusive reconhecimento de firmas, por serventuários de qualquer cartório nesses atos indecorosos visa dar-lhes aparência de legalidade; determino seja recomendado aos serventuários que recusem, sistematicamente, a prática de quaisquer atos de seu ofício, de que resulte a presunção de validade a declaração de vontade, oriundas de tais convenções, não contribuindo para que às partes pareça estarem praticando ato lícito. Deste modo, é vedada a lavratura de escrituras, inscrições no Registro Público e o reconhecimento de firmas em tais papéis. Cumpra-se ainda, de conformidade com o art. 156 do Código de Organização Judiciária advertirem as partes da imprestabilidade de tais convenções, frente ao direito e à moral."

Observa-se, então, que os contratos de convivência, ou como anteriormente eram denominados de “casamento por contrato”, não se prestavam a produzir qualquer efeito jurídico, mesmo que traduzindo uma sociedade de fato.

Assim, antes da Constituição Federal de 1988, era necessário, em primeiro lugar, comprovar a existência de uma sociedade de fato entre as partes, para que efeitos pudessem ser aplicados, inclusive relativos a sua dissolução com posterior partilha de bens, pela

aplicação da citada Sumula nº 380 do STF. Entretanto, só era possível tal partilha, se comprovado que os dois contribuíram através de atividades laborais lucrativas para a aquisição do patrimônio comum.

A mudança sobre os efeitos patrimoniais da união estável começou a ser finalmente dissipada com o advento da Constituição Federal de 1988, que reconheceu efeitos como entidade familiar a união extramatrimonial entre homem e mulher com aparência de casamento.

A Constituição Federal de 1988 elevou a união estável entre o homem e a mulher ao status de entidade familiar, a merecer a proteção do Estado. Assim dispõe:

"Art. 226 : A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

3º. Para efeito da proteção do estado, e reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento."

Foi concedida, portanto, proteção constitucional às famílias de fato, ou naturais, sem que tal signifique a sua equiparação às famílias legítimas ou constituídas pelo matrimônio. Tanto é assim, que o dispositivo constitucional determina que a lei deverá facilitar a conversão das uniões estáveis em casamento.

Nota-se que nem o texto constitucional Federal, nem a posterior Lei da União Estável (Lei nº 9.278/96), nem o novo Código Civil equipararam a união estável ao casamento. Trata-se de falsa idéia, posto que muito difundida, a que considera união estável e casamento a mesma coisa. São duas espécies do mesmo gênero (família - ou entidade

familiar, como chama a Constituição Federal), mas espécies diferentes, embora tenham muitas semelhanças, justamente por pertencerem ao mesmo gênero, isto é, entidade familiar.

E nesse diapasão é que atualmente se permite a celebração de contratos de convivência, uma vez que a alegada ilicitude ou imoralidade anteriormente colocadas como apanágio destes instrumentos contratuais foram totalmente repelidas pelo novo sistema constitucional.

Inclusive, o Tribunal de Justiça do rio Grande do Sul, em consonância com os dizeres da Carta Magna de 1988, assim se manifestou sobre a referida Circular nº 7/52, através de Ofício Circular nº 37/89 da Corregedoria Geral de Justiça:

"Por força da vigente ordem constitucional, a consagrar o valor das ações humanas geradoras de fatos sociais reais, com o consagrar outro valor ético e moral da sociedade, ao reconhecer e proteger a união estável entre homem e mulher como entidade familiar (Constituição Federal, art. 226, § 3º), cumpre revogar o restringir disposto em a Circular nº 7/52, para possibilitar, portanto, o reconhecer firmar em instrumento a documentar o existencializar de união estável"

Efetivamente com a alteração, substancial, que a nova ordem constitucional trouxe para o ordenamento jurídico em relação à união estável, foi necessária nova conduta dos operadores do direito em relação aos contratos de convivência.

Desta maneira, novas indagações começaram a surgir, especialmente quanto ao âmbito que poderia ser dado a esse negócio jurídico, sendo que, a princípio, se entendeu em assemelhá-lo, por analogia, ao pacto antenupcial no casamento.

"No entanto, por se tratar de negócio que se dirige a um estado de fato, na ausência de disciplina legal restritiva, há possibilidade de ser muito amplo o âmbito desse contrato. A partir da dicção constitucional, portanto, o âmbito de validade dos chamados contratos de convivência deslocou-se para o exame do alcance do seu conteúdo ou eficácia, não mais sendo discutida sua validade."
(VENOSA, SÍLVIO DE SALVO, 2004)

Para tentar minimizar a lacuna legislativa surgida, foi editada a Lei nº 8.971, de 29.12.1994 (texto no anexo) que, primeiramente, dispunha sobre os direitos dos companheiros a alimentos e à sucessão, sendo, contudo, omissa quanto ao contrato de convivência, mas não sem proibir expressamente sua celebração.

Tal texto legal sofreu duras críticas, principalmente porque confunde participação patrimonial, de origem na união estável, com o direito sucessório dela decorrente.

Apesar disso, Guilherme Calmon Nogueira Gama (2001), Francisco José Cahali (2002) e outros entendem que o importante dessa lei é o fato de que nela reside o primeiro dispositivo legal que trata de efeitos patrimoniais da união estável, dos bens adquiridos na sua constância.

E um aspecto de extrema relevância é que na referida lei não existe previsão legal do contrato de convivência, mas por outro lado também nada referencia quanto à impossibilidade de sua celebração, donde se conclui que, referente a ele, ainda permaneceu a lacuna legislativa.

Posteriormente, foi editada a Lei nº 9.278, de 10.05.1996, cujo texto se encontra também no anexo, considerada tão confusa quanto a anterior, mas que com ela deve ser harmonizada.

Pelo texto aprovado originalmente pelo Congresso Nacional, no artigo 3º da Lei nº 9.278/96 havia possibilidade de contrato escrito entre os conviventes para regular seus direitos e deveres, sendo que no artigo 4º eram elencados os pressupostos de validade, através de inscrição no Registro Civil e comunicação ao Registro de Imóveis.

Quando da sanção presidencial, houve o veto aos artigos 3º, 4º e 6º, sob a justificativa de que as estipulações constantes na lei “criavam um casamento de segundo grau”, nos próprios termos utilizados pelo Presidente da República.

Apesar das discussões a respeito da correção (Rainer Czajkowski e Francisco José Cahali) ou não (Zeno Veloso, Débora Gozzo, dentre outros) ao veto, o que se tem é que se desperdiçou a oportunidade de elaborar legislação que pudesse solucionar as dúvidas existentes, ou colocar uma linha de conduta quanto aos contratos de união estável.

Contudo, permaneceu vigente os ditames do artigo 5º da Lei nº 9.278/96, que possibilita a celebração de contrato de convivência para se afastar a presunção legal de participação legal na aquisição do patrimônio na vigência da união estável:

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

...

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

Aliás, o Novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002), do qual se esperava que regulasse com maior amplitude a matéria, limitou-se, em seu artigo 1.725, a reafirmar os dizeres da referida lei:

"Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens."

Conclui-se que, mesmo após a edição de legislação posterior à Constituição Federal de 1988, inclusive com o advento do Novo Código Civil, que objetivava regulamentar o instituto da união estável, os aspectos pertinentes ao contrato de convivência permaneceram colocados de maneira lacunosa. Contudo, o que deve ser ressaltado é que a legislação admite a estipulação de contrato de convivência com efeitos patrimoniais.

3. O CONTRATO DE UNIÃO ESTÁVEL

Como já afirmado anteriormente, o contrato de união estável, ou de convivência, é aquele celebrado entre os conviventes para regulamentar, primeiro, as disposições patrimoniais para afastar o condomínio legal quanto aos bens adquiridos, onerosamente, na constância da relação, nos termos da Lei nº 9.278/96 ou o regime da comunhão parcial de bens, no Novo Código Civil, porém sem excluir outras disposições de vontade relativas a outros direitos disponíveis.

Ponto de relevância é que tal avença não predispõe de forma específica, uma vez que os termos da lei apenas se refere a contrato escrito, vale dizer, que poderá ser através de mera declaração, pacto, contrato particular, escritura pública, apresentado por estipulações esparsas ou mesmo através de termos separados, contudo sempre por escrito.

Na verdade, pela preocupação legal em não caracterizar a união estável como um segundo tipo de casamento, o que importa quando da celebração do contrato que regerá a vida em comum dos conviventes, é a manifestação de vontade de ambos, na forma escrita, sendo irrelevante a forma do instrumento utilizado para esse fim.

Aliás, é esse o entendimento da doutrina, como se pode notar em Euclides Benedito de Oliveira (2000, págs. 158/160), Álvaro Villaça Azevedo (2001, pág. 384/389), Francisco José Cahali (2002, pág. 56) e Sílvio de Salvo Venosa ("Direito Civil – Direito de Família", vol. 5, São Paulo: Atlas, 2001, pág. 54).

Outro ponto que deve ser ressaltado é que o contrato de união estável não é condição necessária para a existência da relação de fato, isto é, para que se caracterize a existência da união estável, não há necessidade de contrato anteriormente firmado.

Com efeito, o conceito de união estável, definido no artigo 1.723 do novo Código, da mesma maneira que no artigo 1º da Lei nº 9.278, de 1996, traz como elementos essenciais a relação entre homem e mulher, através da convivência pública, contínua e duradoura, com o intuito de constituir família.

Assim, no dizer de Álvaro Villaça de Azevedo:

"devendo a união estável, como um fato social, ser evidenciada publicamente, tal como acontece com o casamento, em que os companheiros são conhecidos, no local em que vivem, nos meios sociais, principalmente de sua comunidade, junto aos fornecedores de produtos e serviços, apresentando-se, enfim, como se casados fossem. Diz o povo, em sua linguagem autêntica, que só falta aos companheiros “o papel passado.” (2004, pág. 549)

Podemos então concluir que a união estável somente se caracteriza pela relação duradoura de uma convivência de um homem e uma mulher, de maneira a transparecerem a condição de casados, isto é, de vida em comum com o objetivo de constituir família. E esta é a razão do porque as legislações que regulam o instituto não ter fixado prazo de início, uma vez

que, como já fartamente ressaltado, a união estável é uma condição de fato, dizendo que essa união existe enquanto duradoura. Todavia, relevante é no objetivo de constituição de família que está o fundamento da união estável.

Pela definição acima explicitada, tem-se que o contrato de união estável não se mostra apto a constituir a relação de convivência, pois ela decorre de uma relação de fato e de caracterização, transparente, de constituição de família entre os conviventes.

Contudo pode-se até entender que, para a caracterização da união estável, como estado de fato de duas pessoas para constituição de família, o contrato celebrado entre elas é indício, meio de prova da sua existência, vale dizer, existindo contrato de união estável (aqui ressaltando que irrelevante a nomenclatura adotada) ele é um elemento de prova da situação de fato dos conviventes, que poderá ser analisada em eventual ação judicial como comprovação da existência efetiva da união estável.

E aqui encontramos um paradoxo: se o contrato de convivência não é pressuposto para a caracterização da união estável, por outro lado, este mesmo contrato somente terá eficácia, isto é, somente produzirá efeitos jurídicos, caso pré-exista a união estável, independentemente de ele ter sido celebrado anteriormente ao início da convivência.

Assim não se pode classificá-lo como contrato consensual, onde a simples manifestação de vontade das partes tem o condão de fazê-lo surtir efeitos. O contrato de convivência pressupõe, para sua eficácia jurídica, a existência da convivência em de união estável.

Realmente, o contrato de convivência tem como objetivo regulamentar efeitos decorrentes da união estável, ou seja, dos negócios jurídicos celebrados pelos conviventes na constância da relação. Desta forma, somente na condição de conviventes é que o mesmo repercute nas suas esferas jurídicas e, caso inexistir esta relação de fato, nenhuma relevância terá a celebração do pacto.

No dizer de Francisco José Cahali:

"E tudo pela natureza das disposições contidas no contrato de convivência, e pela essência da relação entre as partes, razão pela qual se ter na união estável a condição jurídica, ou *condicio iuris* para a eficácia da convenção." (op. cit., pág. 63)

Entretanto, se ainda não caracterizada a união estável, a estipulação contratual não pode ser considerada nula. Ela apenas não terá eficácia jurídica.

E tal conclusão se mostra possível, já que os conviventes, quando da decisão de unirem suas vidas com o intuito de constituir família, poderão, desde já, celebrar contrato de convivência, que somente surtirá efeitos após certo lapso temporal necessário para a caracterização da vida em comum com o objetivo de união estável. Constitui-se, portanto, num contrato com eficácia apenas sujeita ao fato da entidade familiar, pela união estável, ficar caracterizada.

Também podemos extrair das afirmações acima colocadas que o contrato de convivência, se celebrado durante a relação de convivência, possui eficácia desde a caracterização, desde o início da união estável.

Com efeito, se o contrato é celebrado com a finalidade de regular as relações, primeiro patrimoniais, da convivência em comum, nada mais lógico que suas estipulações alcancem todas as relações jurídicas na constância desta união estável, atingindo todas elas, frise-se, desde o seu início.

Desta maneira poderemos nos ver diante de uma situação em que um contrato celebrado atinja fatos pretéritos, o que, certamente, não é a regra no nosso direito.

E da mesma forma, em extinta a relação de união estável, que como podemos verificar é apenas uma relação de fato, também perde a eficácia os efeitos do pacto celebrado com o intuito de regulamentar as disposições dela decorrente.

De tudo o acima exposto, o contrato de união estável se encontra subordinado à existência da relação de convivência, isto é, somente durante a constância da vida em comum com o objetivo de constituição de família, transparecendo a condição de casado, é que o mesmo surtirá efeitos jurídicos.

Sempre lembrando que a união estável, por ser uma relação de fato, prescinde de ritual legal para a sua caracterização, o contrato que eventualmente virá a regulamentá-la, ao menos no aspecto patrimonial, também terá essa liberalidade quanto ao seu conteúdo e à forma, podendo, como vimos, ser celebrado em qualquer momento, seja quando da decisão dos conviventes em viverem como se casados fossem, seja posteriormente, aparece a possibilidade de alteração das disposições contratuais.

É essa a posição da doutrina, como se pode verificar do ensinamento de Rainer Czajkowski, Sílvio de Salvo Venosa, Débora Gozzo, Arnaldo Wald, dentre outros, onde a possibilidade alteração dos contratos que regulam efeitos patrimoniais da união estável é perfeitamente compatível com o nosso ordenamento jurídico, já que, por não existir estipulação legal quanto ao contrato que ora se discute, ele pode ser alterado, modificado, revogado, extinto, a qualquer momento, somente pela simples declaração, por escrito, dos conviventes.

Apenas um aspecto deve ser ressaltado: já que, pela liberalidade patente das relações aqui discutidas, poderá surgir divergências entre os diversos pactos celebrados, as declarações de vontade que posteriormente venham a alterar contratos antes celebrados devem, na medida do possível, ser o mais transparente, claras, sem dúvidas, sob pena de não serem consideradas válidas.

Isto porque, pela própria "informalidade" inerente ao contrato de convivência, qualquer disposição nele constante poderá ser discutida posteriormente e, nesse eventualidade, sua análise deverá ser apreciada no contexto em que foi emanada a vontade de alterar o contrato de união estável que vigia, dando azo à pesquisa e investigação da real intenção dos contratantes, nos termos do artigo 112 do Novo Código Civil.

"Em conclusão, esta modificação exige a forma escrita que contenha manifestação bilateral de vontade. Pode revogar total ou parcialmente o que havia sido estipulado." (CAHALI, FRANCISCO JOSÉ, *op. cit.*, pág. 92)

Estabelecido que o contrato de convivência, para ter validade jurídica, necessita da forma escrita, sem a preocupação do seu tipo, isto é, se por instrumento particular, escritura pública, simples convenção, ou qualquer outro meio idôneo escrito, passamos agora a verificar seu conteúdo.

O Novo Código Civil estipula em seu artigo 1.725 que o regime de bens da união estável será o da comunhão parcial, salvo a existência de contrato escrito.

Num primeiro momento, então, podemos afirmar que o conteúdo possível de um contrato de convivência se restringirá aos aspectos patrimoniais da relação, visto que a lei somente prevê a estipulação contratual para alterar regime legal de bens.

E é esse o entendimento da grande maioria dos doutrinadores que abordam o tema do contrato de convivência ou união estável, como podemos ver nas lições de Francisco José Cahali (2002, pág. 56), Euclides de Oliveira (2003, pág. 161), Rodrigo da Cunha Pereira (2004, pág. 179), Nágila Maria Sales Brito, (1999, págs. 219/229), Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2001, pág. 342).

Desta forma, e diante do embasamento jurídico de tais autores, poderíamos afirmar que efetivamente o contrato de convivência apenas teria alcance patrimonial, servindo tão somente para alteração do regime legal de bens, nos termos do artigo 1.725 do Novo Código Civil, que é o da comunhão parcial.

Contudo, esse não é nosso entendimento, mormente porque a legislação codificada civil, tanto a atual como a vetusta, não restringe o objeto contratual, sendo ele lícito, como se

pode notar dos dizeres do artigo 104 (antigo artigo 82), que dispõe pelos requisitos do negócio jurídico:

**"Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:
I – agente capaz;
II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
III – forma prescrita ou não defesa em lei."**

Aliás, a própria Constituição da República, no inciso II do artigo 5º, menciona a liberdade do cidadão quando da realização de seus atos, apenas restringindo-os quanto a determinação legal de realizar alguma conduta. E quanto a celebração de contrato de convivência não existe qualquer restrição legal quanto ao seu objeto.

Opinião no mesmo sentido encontramos em Caio Mário da Silva Pereira (2004, pág. 547).

Durante o estudo do tema em debate deparamo-nos com opiniões neste sentido - Bruno Canísio Kich (2001, págs. 113/135) e especialmente Álvaro Villaça Azevedo (2004) – que comentando as disposições do Novo Código Civil, faz um estudo analógico com os dizeres da Lei nº 9.278/96, onde alguns artigos tinham sido vetados pelo Presidente da República, à época Fernando Henrique Cardoso, sob o argumento de que as disposições legais estariam criando um casamento de segundo grau.

Dessa segunda citada obra, extrai-se o seguinte ensinamento:

"Esse artigo referia-se a contrato escrito de que poderiam valer-se os conviventes, para regular seus interesses (direitos e deveres), principalmente de ordem patrimonial. ..."

Malgrado o veto desse artigo 3º, não estavam obstados os companheiros, como nunca estiveram, e atualmente não estão, de programar o regime de patrimônio, como podem os cônjuges, no casamento, pactuar seu regime de bens (pacto antenupcial).

...

Podem os conviventes, livremente, ainda, assegurar, pelo contrato, outros direitos e deveres, entre si e com relação a seus filhos, existentes ou futuros, outras hipóteses de pensionamento e de seguros; entre outras situações.

Logicamente, e como assentado nesse vetado art. 3º, as normas contratadas não podiam contrariar o preceituado nessa lei emergencial, as normas de ordem pública relativas ao casamento, os bons costumes e os princípios gerais de direito. Como acontece atualmente." (págs. 538/539)

Portanto, os conviventes possuem a liberdade de estipular disposições contratuais relativas a aspectos de ordem patrimonial, preferencialmente, sem, contudo, sofrer restrição legal de estipulação de direitos e deveres de outra ordem, sempre ressaltado-se que tais ajustes não poderão contrariar as normas de ordem pública e os princípios gerais de direito, que, aliás, devem ser preservados em qualquer contrato celebrado.

Estabelecido o objeto do contrato de convivência ou união estável, devemos agora nos preocupar com sua abrangência, isto é, quais as esferas jurídicas que sofrerão os efeitos da celebração deste tipo contratual.

Como vimos, bastando o contrato de união estável ter sido celebrado na forma escrita já se mostra apto a produzir efeitos jurídicos, uma vez que não existe determinação legal de outra formalidade para tanto, isto é, não há cominação legal **"para registro, averbação, ou mesmo celebração por instrumento público como requisito de validade do contrato"** (CAHALI, FRANCISCO JOSÉ, 2002, pág. 129)

Partindo-se desta premissa, a simples declaração de vontade, através de qualquer meio, ressaltando-se necessária a forma escrita, já produz efeitos jurídicos entre os celebrantes, transformando suas disposições em força obrigatória de obrigações e direitos.

Aliás, não existe sequer necessidade do instrumento por qual foi celebrado o contrato de convivência ser subscrito por testemunhas para se transmutar em prova das obrigações neles contidas, ainda mais pelos dizeres do *caput* artigo 219 do Novo Código Civil, *in verbis*:

"Art. 219. As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários."

A respeito, ver lição de Sílvia Rodrigues:

"Todavia, sem a presença de tais testemunhas, o documento vincula e faz prova contra seus signatários, pois a lei presume, em relação a eles, a veracidade das declarações aí constantes (CC, art. 131) (referência do Código Civil de 1916). Neste sentido multiplicam-se os julgados (RT 112/643-114/693-125/523-125/565)." (2000, vol. 03, pág. 270) (anotação nossa)

Desses ensinamentos, portanto, podemos concluir que entre os companheiros, ou melhor, entre os contratantes a eficácia jurídica da avença se opera de imediato, salientando a possibilidade, futura, de anulação por alegação de vícios de vontade. E assim, fica confirmado afirmação anterior de que o contrato de convivência poderia ser celebrado de qualquer forma escrita, vale dizer, instrumento particular, público, escritura de declaração, disposições esparsas, ou qualquer meio idôneo, desde que na forma escrita, desde que contenham substancialmente a vontade dos conviventes.

Aqui importante anotar que, mesmo sendo possível tal gama de formas escritas pelas quais se possa realizar um contrato de união estável, a que trará maior segurança certamente será aquela feita por instrumento público, inclusive com o registro em Cartórios de Títulos e Documentos, porquanto eventuais alegações futuras de vício de vontade ficaram minimizadas e de provas menos complexa.

Apenas a título de curiosidade pois não se mostra objeto do presente trabalho, vale trazer uma ressalva quanto à possibilidade de registro dos contrato de união estável. É que na legislação não se encontra disposição quanto à possibilidade de tal registro como forma de eficácia contra terceiros, vez que a legislação pertinente (lei nº 6.015/72 – Lei de Registros Públicos) possui enumeração exaustiva dos documentos passíveis de registro para eficácia *erga omnes*. Desta maneira, eventual registro do contrato de convivência somente se restringirá para finalidade de conservação e preservação do documento quanto à relação entre os conviventes (CAHALI, FRANCISCO JOSÉ CAHALI, 2002, págs. 132/151).

Verificada a eficácia jurídica em relação aos próprios signatários do contrato, devemos nos ater, agora, à eficácia jurídica do contrato de união estável em relação a terceiros.

Para tanto é importante anotar que na Lei nº 9.278/96 existiam dispositivos que permitiam expressamente a celebração do contrato de convivência e lhe concediam publicidade, como se pode notar dos seus artigos 3º e 4º, que assim estabeleciam:

"Art. 3º. Os conviventes poderão, por meio de contrato escrito, regular seus direitos e deveres, observados os preceitos desta Lei,

as normas de ordem pública atinentes ao casamento, os bons costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 4º. Para ter eficácia contra terceiros, o contrato referido no artigo anterior deverá ser registrado no Cartório do Registro Civil de residência de qualquer dos contratantes, efetuando-se, se for o caso, comunicação ao Cartório de Registro de Imóveis, para averbação."

De outro lado, também deve ser ressaltado que o veto presidencial a tais artigos se deu com base no raciocínio de que os textos legais pretenderiam criar um regime contratual para a união estável – denominando-o como "casamento de segundo grau" -, sendo que o objetivo daquela legislação seria regular os efeitos da união estável.

Outrossim, caso a legislação citada tivesse sido introduzida no ordenamento jurídico, poderíamos falar em eficácia jurídica do contrato de convivência perante terceiros, uma vez que a ele seria dado a regular publicidade no competente órgão notarial.

Entretanto, por conta do referido veto e, atualmente, pela edição do Novo Código Civil, que é lacunoso a respeito da eficácia jurídica do contrato de união estável, tormentosa é a análise do alcance perante esferas jurídicas de sujeitos que não integram a relação de convivência.

Como salientado, a união estável possui requisitos de ordem meramente decorrente de fatos, estabelecendo uma relação pessoal entre os conviventes e, portanto, não pode ser imposto a terceiros.

É o que se extrai de trecho da obra de Cláudia Grieco Tabosa Pessoa, que anota

"Por sua vez, é fundamental que se tenha em conta que os efeitos jurídicos decorrentes do concubinato, ainda que na modalidade de união estável, não são, em regra, oponíveis em relação a terceiros, porquanto ausente a publicidade decorrente do registro civil da união." (1997, pág. 209). No mesmo sentido ensinamento de Marco Antonio Bandeira Scarpin (1991, vol. 18, pág. 312).

Desta maneira, numa primeira abordagem, podemos chegar à conclusão de que, efetivamente, as estipulações constantes num contrato de convivência não possuem eficácia jurídica perante terceiros.

Por esse raciocínio, eventuais divergências entre terceiros e os conviventes somente poderão ser dirimidas pela intervenção do Poder Judiciário, onde, salienta-se, o contrato de convivência deverá ser utilizado como meio de prova para a caracterização da relação estável.

Colocada à apreciação do Poder Judiciário, porém, e reconhecida a união estável, a avença celebrada entre os conviventes passa a ter eficácia jurídica em relação a terceiros que, por fim, deve se submeter à ordem emanada do Poder Judiciário. Verifique que, nesse caso, o contrato de convivência, que não possuía a eficácia jurídica perante terceiros; teve seu alcance alterado, uma vez que tal eficácia lhe foi atribuído pela decisão judicial.

Contudo, como é de conhecimento notório a existência de milhares de famílias constituídas pela convivência das pessoas que a compõem, existem alguns casos específicos que a simples declaração da existência da união estável possui eficácia jurídica perante terceiros, como por exemplo, na obtenção de benefícios previdenciários pelos companheiros, nos termos do Decreto nº 611/92.

A união estável, como visto, é situação de fato e, nesse sentido, deve ser encarada como uma relação sem qualquer solenidade para sua configuração. Decorrem de regramento, isto sim, seus efeitos, patrimoniais e pessoais, mas nunca a própria situação da existência da união estável, que reside apenas nos aspectos fáticos da convivência.

Desta maneira, as estipulações decorrentes da união estável somente podem ter eficácia jurídica entre os conviventes, sob o perigo de maior regramento e limitação do próprio instituto. Se de um lado existe a liberdade característica das situações fáticas, de outro aparece, também, a restrição quanto aos efeitos jurídicos dela decorrentes.

Ademais, tem-se no artigo 221 do Novo Código Civil o alcance dos efeitos jurídicos do contrato de convivência em face de terceiros, vez que dispõe que os efeitos do instrumento particular somente se opera a terceiros mediante registro público. E como foi acima colocado, não existe a possibilidade de registro do contrato de união estável.

Conclui-se, pois, que o nosso ordenamento jurídico permite que terceiros impugnem as estipulações do contrato de união estável, não existindo a possibilidade de imposição a eles exatamente por conta do não registro do instrumento contratual.

Francisco José Cahali leciona que "**Pelos termos com que foi apresentada, fácil é pressupor nossa orientação no sentido de que esse pacto em nada, absolutamente nada, altera a relação dos conviventes com terceiros, no sentido de criar uma situação jurídica apta a ter repercussão *erga omnes*, ou impositiva da realidade nele retratada.**" (obra citada, pág. 190).

Contudo, essa não é a opinião de Euclides Benedito De Oliveira que afirma que **"Em verdade, o contrato de vida em comum é meio de prova e tem indiscutível relevância não só em relação aos efeitos pessoais e patrimoniais entre os companheiros, mas também em relação a terceiros, em seus atos negociais com aqueles."** (2000, pág. 58)

Nossa opinião é no sentido de que o contrato de convivência não produz efeitos imediatos em relação a terceiros, ainda mais porque a legislação que poderia trazer tal entendimento ao ordenamento jurídico vigente foi vetada (artigo 4º da lei nº 9.278/96) e, deste modo, necessária a intervenção do Poder Judiciário para tanto, onde o contrato de convivência, isso sim, seria indício robusto da existência da união estável e, conseqüentemente, da eficácia jurídica das estipulações nele constantes.

Em resumo, o contrato de união estável não cria ou reconhece a união estável, vez que ela não dependerá da existência do contrato para se caracterizar, por ser uma situação de fato. Poderá ele ser celebrado a qualquer momento - antes e durante a convivência - bem como pode ser alterado no curso da união entre os companheiros

Não tendo também o Novo Código Civil modificado, neste ponto, disposições da Lei nº 9.278/96, permite a sua formalização por instrumento particular ou por escritura pública.

Assim, eventual exame das ilegalidades ou da ilicitude das disposições deve ser vista sob o prisma dos direitos fundamentais e da moral e dos bons costumes. Como afirmamos, quer pela sua natureza jurídica, quer pela inexistência de disciplina legal, não tem

efeito *erga omnes*, isto é, não produz efeitos perante terceiros, cabendo ao Poder Judiciário, se requerido, manifestação a respeito.

Por fim, vale trazer a lição de Rodrigo da Cunha Pereira que **"No Brasil, esta prática não é muito comum. É óbvio que o concubinato antecedido – ou mesmo durante – de um contrato em que as partes estabelecem as regras do relacionamento, por escrito, torna-se muito mais fácil avaliar e medir suas conseqüências jurídicas, especialmente a relação patrimonial e em caso de sua dissolução"** (1999, pág. 43)

4. PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

Para podermos analisar o contrato de união estável, ou de convivência, diante de alguns princípios contratuais, mais especificamente da autonomia da vontade e da intangibilidade (*pacta sunt servanda*), necessitamos tecer alguns comentários sobre eles.

Primeiramente, tem-se que contrato, por sua origem etimológica, vem do latim *contractu*, que significa "trato com", representando a convergência de vontades pessoais dos seus celebrantes, visando regular determinado bem jurídico, e que se mostra como uma espécie de negócio jurídico (PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA, 1999, vol. III, pág. 02)

Por sua vez, a teoria do negócio jurídico, ou melhor, seu conceito, é de origem alemã, presente no Código Civil Alemão de 1896, tendo como fundamentos a liberdade e igualdade jurídica, decorrentes da Revolução Francesa, desenvolvida pelos estudiosos da escola tedesca. (PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA 1987, vol. I, pág. 326/328).

"Assim, face à influência de um Estado Liberal, a Escola das Pandectas foi responsável pela criação de uma categoria jurídica mais abstrata que o contrato, denominada *negócio jurídico*. O conceito de negócio jurídico partia de um sistema lógico,

representado por uma pirâmide conceitual onde o negócio jurídico está acima do contrato e abaixo do ato jurídico *lato sensu*. Durante o século XIX, o negócio jurídico foi tido como uma *declaração de vontade* destinada a produzir efeitos jurídicos e mais tarde veio a gerar o dogma da *autonomia da vontade* segundo a concepção clássica." (BARLETTA, FABIANA RODRIGUES, 2002, pág. 37)

Destes ensinamentos, extrai-se a concepção tradicional do contrato, como uma união de vontades de duas ou mais pessoas, através de uma declaração de consenso, objetivando regular uma relação jurídica, que vigora, aliás, até os dias de hoje.

Ainda, pode-se agregar à concepção contratual a natureza patrimonial e obrigacional, porque, de um lado, existe um valor pecuniário intrínseco, e, de outro, envolve direitos e deveres dos contratantes.

Traga-se lição de Orlando Gomes:

" ... o contrato é uma categoria jurídica que está a se alargar no próprio campo do Direito Civil; além de ser fonte de obrigações, na sua função tradicional atribuída no Direito Romano, opera, em alguns sistemas jurídicos, na esfera das relações reais, constituindo e transferindo direitos reais. Admite-se, demais disso, que o contrato não é apenas constitutivo de obrigações, mas também modificativo e extintivo." (1997, pág. 14)

Também, do já referido Caio Mário da Silva Pereira, extrai-se:

" ... o fundamento ético do contrato é a vontade humana, desde que em conformidade com a ordem jurídica. Seu habitat é a ordem legal. Seu efeito é a criação de direitos e obrigações." (1999, vol. III, pág. 02)

Como se viu, um dos pilares da teoria contratual, portanto, é a vontade de seus celebrantes, buscando sempre regular uma relação jurídica, com finalidade patrimonial e sempre com um viés obrigacional.

"A idéia de contrato vem sendo moldada, desde os romanos, tendo sempre como base as práticas sociais, a moral e o modelo econômico da época. O contrato , por assim dizer, nasceu da realidade social." (MARQUES, CLÁUDIA LIMA, 1999, pág. 36)

Assim, necessitamos fazer um breve esboço histórico da teoria dos contratos para podermos analisar o princípio da autonomia da vontade, e sua conseqüente mitigação pelas teorias do dirigismo estatal, onde o Estado restringe a autonomia dos contratantes em estipular obrigações e objetos contratuais.

Com o intuito sempre de tornar o trabalho objetivo, não devemos nos ater a aspectos históricos muito distantes, apesar de compreender sua importância, uma vez que o que se denomina intervenção do estado na autonomia da vontade dos agentes do contrato teve maior impulso a partir do século XIX com o aparecimento de teorias de cunho social, chegando, inclusive, à disposição legal do Novo Código Civil do seu artigo 421, *in verbis*:

"Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato."

E, resumindo, podemos afirmar que no Direito Romano podemos verificar a definição de contrato em meio a um clima de forte religiosidade e formalismo, onde o contrato pretendia a regulamentação da vontade humana apenas como formação de

obrigações, num primeiro momento e, posteriormente, através do Direito Canônico, existiu a necessidade de orientar essa manifestação de vontade como instrumento de aproximação de pessoas, de circulação de bens e riquezas, passando a exercer uma função na sociedade.

Aparecem, portanto, duas correntes teóricas a respeito da teoria da vontade contratual: uma denominada de canonista, que afirmava que o consentimento, a declaração de vontade, era fonte geradora da obrigação, possibilitando a formulação dos princípios da autonomia da vontade e do consensualismo, sendo que, para a concretização de uma obrigação, suficiente era a exteriorização do ato de vontade; e outra, de jusnaturalista, que, partindo de uma formação racionalista e individualista, afirmava que a obrigação se formaria com a livre expressão da vontade entre os contratantes, sendo possível não somente como forma de origem de obrigações, mas também de modificação e extinção das mesmas, inclusive com incursões, inéditas, pelos direitos reais.

Destaca-se, de outro lado, que o Código Civil Francês, de 1804, por seu artigo 1.134 trouxe ao contrato condição de lei, pelo menos entre os seus celebrantes, influenciando diversas legislações, inclusive a portuguesa e, posteriormente, a brasileira. (MARQUES, CLÁUDIA LIMA, 1999, págs. 40/43)

Portanto, viu-se que a teoria contratual, no que tange à autonomia da vontade, teve seu ápice com os princípios da Revolução Francesa, especialmente no liberalismo econômico, cujo auge aconteceu no século XIX, após surgir como contraponto ao absolutismo estatal da Idade Média e às limitações impostas pela igreja católica.

Destaca-se que um dos cânones da revolução Francesa, a liberdade, no campo contratual se caracteriza como apenas formal, isto é, as partes, na relação contratual, tinham posições de igualdade perante o direito, ou seja, podiam discutir individual e livremente as cláusulas do acordo de vontades. É a base de sustentação do capitalismo que então era incipiente vez que o contrato era o instrumento jurídico que propiciava a circulação de riquezas na sociedade.

Contudo, essa igualdade formal dos contratantes, pelos dogmas da autonomia da vontade, não se mostraria real no cotidiano, mormente porque o equilíbrio contratual dependia de outras variáveis, na maioria das vezes econômicas.

O Estado, como hoje conhecemos, passou a definir a estrutura a relações interpessoais privadas como aquela que denominamos de clássico, fundada na autonomia individual.

"O Direito privado dos contratos, das obrigações, não se tinha definido com muita clareza em relação ao Estado. Será na segunda fase do Estado moderno, que é o Estado liberal, ocorrida ao longo do século passado e início do século XX, que o contrato assume o modelo que passou a se considerar clássico. Nesse período, definem-se os contornos do contrato que aprendemos nas nossas escolas e imaginamos que ainda aplicamos nos dias atuais, fundado na autonomia individual. No campo constitucional, voltou-se essencialmente para a organização do Estado, para a delimitação do poder político (primeiro segmento), e para os direitos e garantias individuais, de natureza negativa (segundo segmento). O contrato passou a ser o instrumento por excelência de realização dos interesses individuais, contendo-se o Estado em limites estritos." (LÔBO, PAULO LUIZ NETTO, 2000, pág. 245)

Nina Valéria Carlucci afirma que:

"Relativamente ao Estado, que antes era regulamentador e restritor, fica a função de exclusivamente proteger e sancionar os direitos individuais por meio da conservação da ordem interna, segurança externa e administração da justiça; Eduardo Novoa Monreal observa que as funções estatais estavam de acordo com o pensamento da época. Para Hobbes, a base sociológica do individualismo é uma sociedade formada por indivíduos iguais, que possuem propriedade privada, vivem do produto de seu trabalho e regulamentam suas mútuas relações por via contratual, protegidos em suas vidas e bens, por um governo forte que se esgote na manutenção da paz e segurança dos cidadãos; Locke coloca a liberdade acima da segurança e entendia que entre os homens existia um pacto social destinado a assegurar seus direitos; Spencer, consagra que o homem é livre para fazer o que queira, desde que não infrinja a igual liberdade de qualquer outro homem; Kant objetiva que o estado é somente o garantidor do cumprimento do Direito. (95:99)." (1995, pág. 19)

Diante da referida autonomia da vontade, onde o princípio jurídico do liberalismo era o livre exercício da vontade dos contratantes, os instrumentos contratuais foram celebrados durante longo período de tempo, sendo que, com o advento das duas grandes guerras mundiais começaram a surgir modificações.

Assim, no início e meados do século XX, por conta das intensas transformações decorrentes dos conflitos mundiais, mais evidentemente após a Segunda Grande Guerra, é que o Estado passa a enxergar as relações pessoais de uma outra maneira, trazendo preocupações de ordem econômica e social, sob o argumento de que o agigantamento das corporações poderia influir no poder por ele instituído, inclusive no concernente às atividades particulares. Aparece, assim, um tratamento constitucional dessa ordem econômica e social, alterando o eixo de interesse da sociedade quanto à teoria dos contratos, voltando-se a delimitar o poder econômico sob o aspecto social.

Criam-se as bases do estado Social, avanço no sentido de delimitar o poder econômico e, conseqüentemente, regular a formação dos contratos, com o objetivo de

regulação da atividade econômica, principalmente, tentando colocá-la dentro de uma visão social dos fatos.

Desta maneira, anteriormente foram construídos os três grandes princípios que regulavam a relação negocial clássica, teoria contratual, que se sustentavam pela manifestação da vontade livre de quem propõe e a manifestação livre de quem aceita, caracterizando-se a simples convergência de vontades como a base destes princípios.

Contudo, pelas grandes alterações porque passou a sociedade, esses princípios não mais conseguiram responder aos anseios da sociedade e às situações colocadas à análise, vez que a complexidade das relações negociais trouxeram adequações de tais teorias, com o aparecimento de leis cogentes, levando à criação

4.1 AUTONOMIA DA VONTADE

O princípio da autonomia da vontade, um dos pilares do direito contratual, se coloca como uma teoria filosófica, uma vez que é por essa perspectiva, além da sociológica, nada mais do que a livre manifestação da intenção da parte em celebrar qualquer acordo, em face da pluralidade de escolhas, exigidas pelas circunstâncias e processo da vida, como afirmado por Nina Valéria Carlucci. Nesse ponto, vale citar de sua obra "Dirigismo contratual: as intervenções do Estado e sua implicação sobre o princípio da autonomia da vontade":

"O termo autonomia foi desenvolvido por Kant e está relacionado à independência da vontade frente ao desejo, aos objetos e à sua capacidade de determinar-se frente a eles, pela lei da razão.

No sentido Kantiano a Autonomia da Vontade é indicada por uma propriedade mediante a qual a Vontade constitui uma lei por si mesma, independentemente de qualquer propriedade dos objetos do querer, dessa forma o princípio da autonomia é a possibilidade de poder escolher sempre e de tal maneira que a volição abrange as máximas de nossa escolha como lei universal. (1:93)

Portanto, o significado configura-se na capacidade de reger-se por si mesmo, ou de agir espontaneamente." (1995, págs. 23/24)

Desta maneira, a liberdade de contratar deve obedecer aos imperativos legais, a ordem pública e os bons costumes, manifestando-se sob os seguintes aspectos:

a) liberdade de contratar propriamente dita: toda declaração de vontade produz o efeito desejado se a causa for lícita. As disposições legais têm, de regra, caráter subsidiário, sendo aplicadas em caso de silêncio ou carência das vontades particulares.

Neste ponto inclui-se a própria liberdade de contratar ou não contratar, vez que não existem, via de regra, imposições legais para contratar. Além disso, também se pode afirmar que a liberdade de contratar contempla a escolha do outro contratante, com as exceções legais previstas (serviços públicos).

b) liberdade de determinar o conteúdo do contrato, isto é, de dispor das cláusulas pela conveniência dos celebrantes do instrumento contratual.

Por outro lado, as teorias do dirigismo contratual começaram a ser desenvolvidas, e até aplicadas, quando percebeu-se que o agigantamento das relações social e econômico impossibilitou a aplicação justa das teorias contratuais vigentes.

Orlando Gomes assinala que **"quando a sociedade passa por mudanças profundas, a Ciência Jurídica precisa estabelecer, no estudo do Direito, uma coletânea sobre as ciências humanas, contatos com as Ciências Sociais para eu seja possível uma visão global dos fenômenos e suas conseqüências."**(1967)

Assim, o dirigismo contratual passa a ser a intervenção do Estado nas relações negociais, de maneira a equalizar as mesmas, como forma de se pretender atingir a justiça por conta da isonomia entre as partes contratantes.

Concluindo, o dirigismo contratual representa um termo de limitação do princípio da autonomia da vontade, especialmente por conta do avanço das relações econômicas, face à dimensão das corporações frente aos cidadãos comuns, ou mesmo se considerando as diferenças entre as próprias pessoas contratantes, ainda mais num mundo repleto de desigualdades sociais e econômicas, onde grande parte da população tem pouco acesso a educação e cultura.

Essa limitação possui duas vertentes, ou seja, ataca a categoria do contratante ou do objeto a ser contratado. Assim, vale dizer que a atuação do dirigismo contratual se limita a impedir o excesso da autonomia da vontade, corrigindo as desigualdades por ela advindas, concebendo-se a formação do contrato dentro de uma visão legal, social e econômica, onde a existência de diferenças de capacidade, de qualquer espécie, deve ser reduzida.

O contrato sofre, então, importantes modificações em sua significação e na sua função, uma vez que deixa de ser simplesmente expressão da autonomia privada; passando, agora, a ser uma estrutura de conteúdo complexo e híbrido, com disposições voluntárias e compulsórias, nas quais a composição dos interesses reflete o antagonismo social entre as categorias a que pertencem os contratantes.

Os limites tradicionais da autonomia privada são as normas de ordem pública e os bons costumes, mas o seu exercício é também restringido pela tipicidade dos negócios jurídicos e pela determinação legal de todos os efeitos de um negócio típico.

Assim, alguns estudiosos do direito contratual afirmam que as novas relações sociais fizeram nascer um novo contrato, onde suas regras e princípios de interpretação não mais buscam proteger de maneira simplista a vontade absoluta dos contratantes, mas sim, e antes, verificar o objetivo social em que se erigiu a vontade contratual, protegendo-se, assim, aquele contratante hipossuficiente, seja econômica, seja social, seja juridicamente.

Atualmente, por conta do agigantamento das relações humanas e econômicas, não se pode afirmar que o contrato, por si só, faz lei entre as partes, já que se deve observar valores e princípios que motivem o equilíbrio na relação.

Desta forma, o Estado deve intervir nas relações contratuais através do controle de suas cláusulas, onde deve existir a liberdade contratual, entretanto, mitigada pelo princípio da isonomia, com a finalidade de que a igualdade e equilíbrio do contrato efetivamente estejam presentes nas relações jurídicas dele decorrentes.

Essa massificação das relações contratuais e a industrialização geraram uma nova concepção de contrato que é resultado também da crise que sofre a teoria tradicional, surgindo relações contratuais contemporâneas que necessitam de maior ingerência pública nas disposições particulares.

Nasceu, desta forma, um conjunto novo de regras e princípios contratuais para a interpretação das disposições do contrato, buscando não mais atender a vontade absoluta das partes, mas, sobretudo, o objetivo social do contrato e a defesa do hipossuficiente na relação contratual, seja na sua formação, seja na sua execução, onde procuramos sempre ter como objetivo a isonomia dos efeitos do contrato.

O resultado, portanto, foi a necessidade da elaboração de uma nova teoria contratual com objetivos mais genéricos, onde a autonomia da vontade seja restringida por condições coletivas e por normas que visam trazer um aspecto mais equânime na formação, execução e efeitos dos contratos.

Atualmente, o contrato já não faz lei entre as partes, pois que o contratante deve observar valores e princípios que motivem o equilíbrio na relação, especialmente pela sua função social, além da possibilidade de revisão, rescisão e rescisão unilateral. Aliás, a existência de diversas normas legais restringindo a possibilidade de forma e conteúdo do contrato muito bem demonstram o objetivo de igualdade que deve persistir nas disposições contratuais.

Para que ocorra essa igualdade e equilíbrio contratual, intervém-se na relação através do controle das cláusulas contratuais, existindo a liberdade contratual, porém condicionada ao tratamento igualitário.

Luiz Edson Fachin (1998) afirma, com objetividade: **"a formação de 'microsistemas' baseada em expressivo número de leis especiais e a 'constitucionalização' de suas categorias principais selam um tempo diverso daquele que**

ligou a codificação ao absolutismo e ao positivismo científico...", vindo a demonstrar "uma nova densidade" da civilística.

O dirigismo contratual, conclui-se, representa um termo de limitação do princípio da autonomia da vontade, especialmente por conta do avanço das relações econômicas e sociais, sendo que tais limites se aplicam à categoria do contratante e ao objeto, ou conteúdo, a ser contratado.

Vale dizer que a atuação do dirigismo contratual se limita a impedir o excesso da autonomia da vontade, corrigindo as desigualdades por ela advindas, concebendo-se a formação do contrato dentro de uma visão legal, social e econômica, onde a existência de diferenças de capacidade, de qualquer espécie, deve ser reduzida.

Rafael José de Menezes sintetiza o tema aqui discutido da seguinte forma:

"Ante a análise do assunto abordado conclui-se que o advento do Estado Social, em conjunto com a massificação das relações contratuais e a industrialização geram uma nova concepção de contrato que é resultado também da crise que sofre a teoria tradicional.

Nasce um conjunto novo de regras e princípios contratuais que passam a interpretar o contrato, buscando não mais atender a vontade absoluta das partes mais sobretudo o objetivo social do contrato e a defesa do hipossuficiente na relação contratual.

Caminha-se, entretanto, no sentido da elaboração de uma nova teoria contratual fulcrada na globalização da economia, onde provavelmente atingir-se-á objetivos universais." (2001, págs. 411/431)

Nina Valéria Carlucci anota:

" ..., o dirigismo contratual toma enfoque diferente, objetivando suplementar o desequilíbrio das forças em presença, principalmente nas chamadas contratações de massa, onde encontra os contratos de adesão, utilizados sobremaneira.

Assim, o Princípio da Autonomia da Vontade vai modificando-se à vista do entendimento de que seu exercício deve pautar-se dentro do prisma da vontade coletiva, fazendo com que o contrato adquira foros de interesse público em detrimento da antiga idéia de interesse estritamente particular.

...

Disso resulta que, o dirigismo contratual apresenta possibilidades de beneficiar a coletividade, porque evita a cristalização da supremacia de poder dos detentores do domínio econômico, impedindo o abuso de poder, atua como corretivo social, e permite que o contrato passe a ter além de sua função econômica uma correspondência socializadora." (obra citada, págs. 125/127)

Nelson Borges, por sua vez, conclui-se que:

"no campo obrigacional a liberdade de escolha das partes é tutelada pelo direito que lhes é outorgado de legislarem para si mesmas. Esta liberdade é total no momento da manifestação de vontade de se obrigar ou não. Feita a opção, a vontade se exaure. Qualquer manifestação contrária – excetuada a denúncia de vícios de consentimento – não terá eficácia. Não seria exagerado concluir que a assunção de uma obrigação representa restrição de liberdade individual, embora consubstancie o exercício do livre direito de contratar. Por outra forma: a liberdade só existe até o instante da manifestação da vontade, em contexto de absoluta normalidade. O exercício dessa liberdade (contratação) traz como decorrência a restrição da própria liberalidade (assunção consciente de obrigação)." (2002, pág. 64)

Por fim, Orlando Gomes (1997, pág. 14) acrescenta **"que o mais importante para nós, juristas, se formos lúcidos, é compreender a inutilidade de tentar reconduzir a realidade jurídica ao modelo da liberdade contratual, expressão da livre iniciativa".**

4.2 INTANGIBILIDADE CONTRATUAL: A POSSIBILIDADE DE REVISÃO DOS CONTRATOS

Nas escolas clássicas do direito contratual tinha-se o entendimento de que, em vigindo o princípio da autonomia da vontade, isto é, a liberdade de contratar - com quem contratar e o objeto do contrato-, a avença celebrada tinha força obrigatória, sujeitando-se indistintamente as partes contratantes.

Entendia-se, portanto, que os instrumentos contratuais sujeitavam-se ao princípio da obrigatoriedade (*pacta sunt servanda*), vale dizer, que os contratos deveriam sempre ser cumpridos, sob pena de execução patrimonial. Ou seja, por decorrer da livre manifestação de vontades das partes contratantes, que se presumiam iguais, o contrato fazia lei entre elas, tornado-se obrigatório e intangível.

Contudo, pelo desenvolver da sociedade, verificou-se que esse aspecto de imutabilidade não poderia prevalecer, ainda mais pelo aparecimento de diferenças entre aqueles entes jurídicos que poderiam celebrar contratos, essas decorrentes da evolução econômica e, por outro lado, da preocupação em se inserir ao contrato uma função social.

Nesse caminho, aconteceu o surgimento da Teoria da Imprevisão, instrumento utilizado como forma de mitigar a intangibilidade contratual, podendo, em certos e específicos casos, ocorrer a revisão do contrato se alteradas, substancialmente, as condições iniciais da sua celebração.

A possibilidade de pesquisar a origem e o desenvolvimento histórico da Teoria da Imprevisão, não é tarefa fácil. Para tanto deve-se reportar à história antiga, mais especificamente, à história da codificação.

Pode-se afirmar que a revisão contratual tem sua origem em uma antiga fórmula jurídica - atribuída aos pós-glosadores – denominada de cláusula *rebus sic stantibus*. Muitos são os trabalhos dedicados ao estudo da citada cláusula, apontando sua origem, conceito, desenvolvimento e aprimoramento.

A possibilidade de revisão dos contratos, em razão de fatos supervenientes que impossibilitem a sua execução nos moldes em que foi pactuado, já estava presente em algumas sociedades, mesmo antes da cláusula *rebus sic stantibus*, sendo que a os doutrinadores e estudiosos citam o Código de Hamurabi (2.300 anos antes de Cristo) como o seu precursor, posto que já condicionava o cumprimento dos ajustes (contratos) a eventos futuros capazes de modificá-los.

De acordo com os estudiosos, o maior rei da Antigüidade e imperador da Mesopotâmia antiga foi Hamurabi, vez que, além de consolidador do Império Babilônico, também teve o mérito na unificação da aplicação do direito e na sistematização da

administração da justiça, sendo que conseguiu reunir em um só Código seus 282 preceitos, englobando uma diversidade de assuntos como matérias criminais, patrimoniais, familiares, sucessões, obrigações, salários, entre outras disciplinas. E a grande diferença de sua obra é que ela foi realizada há cerca de 2.300 aC, existindo historiadores que afirmam que ele tinha as idéias mais avançadas para sua época.
(<http://www.sobiografias.hpg.ig.com.br/Hamurabi.html>)

Esse breve resumo histórico tem sua razão no teor da Lei nº 48, pois já trazia as primeiras manifestações sobre a imprevisibilidade, prevendo que:

"Se alguém tem débitos a juros, e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta d'água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano".
(SIDOU, J.M. OTHON, 1984, pág. 03)

Resta claro que não se trata, ainda, da teoria da imprevisão, ou de uma transcrição fiel do que viria a ser conhecido como cláusula *rebus sic stantibus*, e sim de algo que mais se assemelha à teoria do caso fortuito e força maior, mas o que se procura demonstrar é que a idéia da imutabilidade dos contratos, à época, já não era absoluta.

Questão controvertida é a referente ao fato de terem sido ou não os romanos os precursores da referida cláusula. Porém, sem o aprofundamento necessário para sua discussão, vez que tal assunto, por si só, ensejaria trabalho exclusivo, cabe esclarecer que os doutrinadores pátrios, fundamentando-se em estudos de grande valor histórico como o de Giuseppe Osti ("*La cosi detta clausola 'rebus sic stantibus' nel suo sviluppo storico*", p.1-58),

concluem que o direito romano, essencialmente individualista, absolutista e formalista, nunca acolheu a possibilidade de revisão contratual, corroborando para tanto o fato de que inexistia qualquer citação expressa, nos textos jurídicos, da referida cláusula.

Entretanto, não se trata de um entendimento uniforme na doutrina. Sobre o assunto encontramos o trabalho realizado por Renato José De Moraes (1999), no qual assevera que:

"Não há, nas fontes romanas, a utilização da expressão *rebus sic stantibus*, ao contrário do que ocorre no direito medieval. Apesar disso ser universalmente aceito, vários autores buscam o espírito da cláusula no direito romano, pois esse, mesmo não tendo tratado dela expressamente, teria se utilizado de princípios que posteriormente desembocariam na construção da teoria *rebus sic stantibus*."

A favor dessa tese militam alguns textos do Digesto e do Codex Justiniano, nos quais haveria um relaxamento do princípio da imutabilidade dos contratos, contendo então as sementes do que viria a ser a cláusula."

Uma das primeiras notícias sobre algum tipo de norma que regulasse a matéria se tem com, Ulpiano, jurista, nascido na cidade de Tiro, na Fenícia, por volta do ano 170 da Era Cristã, que pretendeu chegar a um princípio que estruturasse e proporcionasse segurança às contratações. Tecendo suas idéias chegou a concluir que a vontade manifestada no contrato deveria ser cumprida como "lei entre as partes". Dessa concepção, surgiu a primeira regra que se projetaria para o futuro sob a expressão *pacta sunt servanda* (NELSON BORGES,, "A Teoria da Imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil", Malheiros Editores, SP, 2002, pág. 86)

Pelo que se sabe, a origem da cláusula *rebus sic stantibus*, apesar de não ter acontecido no Direito Romano, teve o início durante sua existência, tendo em vista os efeitos

na mudança das circunstâncias presentes na contratação e ausentes na execução do contrato. Neste sentido, extrai-se dos escritos de três juristas, Cícero, Sêneca e Polybios, as primeiras referências à essência da cláusula *rebus sic stantibus*, semente da moderna teoria da imprevisão (BORGES, NELSON, obra citada, pág. 87)

A título de curiosidade, traga-se que no primeiro dos textos do Digesto (Neratio - D. 12, 4, 8) existe a menção à restituição do dote no caso onde um dos nubentes não tenha atingido a idade legal; outro texto (Africano - D. 46, 3, 38) dispõe que o pagamento a terceiro somente deve acontecer se as condições da estipulação permanecessem; outra passagem (C. 5,1,5,4) se refere à devolução das arras esponsalícias, caso a esposa tenha tido um justo motivo de arrependimento posterior sua entrega; e outro exemplo, uma das disposições mais importantes do Corpus Iuris Civilis (C.4,65,3), permitia ao locador reaver a coisa locada antes do prazo estabelecido no contrato. (MORAES, RENATO JOSÉ DE MORAES, 1999)

No entanto, apesar dos exemplos, tem-se que durante a civilização romana os escritos sobre a imprevisão, isto é acontecimentos posteriores e anormais que alterassem a base contratual e que causassem efetiva possibilidade de lesão aos contratantes, são muito raros, apesar da aplicação da teoria *rebus sic stantibus* no Direito Romano, mesmo considerando o aspecto eminentemente formalista e individualista da corrente jurídica da época

Como se pode notar, não existia ainda uma regra geral e abstrata que guardasse relação com a atual teoria da imprevisão. Mas, tais textos demonstram claramente a busca de uma amenização contra os excessos que porventura poderiam decorrer da aplicação desarrazoada do *pacta sunt servanda*

Além disso, não era só no plano jurídico que o ideal do revisionismo contratual pode ser notado. Carlos Alberto Bittar Filho, em trabalho publicado na RT 679/19, trás a seguinte explanação:

"No plano do pensamento, Cícero, em longo trecho do De officiis, consigna expressa e formalmente haver promessas que, por vezes, não podem ser cumpridas e pactos que não podem ser executados. Prosseguindo, afirma que nem sempre é contrário à justiça não restituir o depósito, ou descumprir a promessa, e que isto não importa em desconhecer a verdade e a fé empenhada. Acrescente exemplos a estas afirmações, entre os quais o de um advogado que descumpre a promessa de patrocínio de uma causa devida ao adoecimento do filho. Sêneca, por sua vez, no De Beneficiis, condiciona a obrigação à permanência das coisas no estado em que se deu a promessa". (RT 679/18 a 29)

Assim, podemos perceber que o ideal revisionista já existia, seja no âmbito jurídico ou filosófico. Tanto as passagens jurídicas como as observações de ordem moral, embora não pudessem ser traduzidas, ainda, em algo que fosse idêntico à cláusula *rebus sic stantibus*, serviram de inspiração e embasamento para que os juristas da idade média (glosadores e pós-glosadores), finalmente a desenvolvessem.

Nos séculos XII a XVI, o estudo da teoria revisionista ganhou relevo e aprofundamento, inicialmente como proposições de ordem moral desenvolvidas por Santo Agostinho ("*Sermones ad Populum*", sermão nº 133) e São Tomás de Aquino (Súmula Teológica, L. II, 2, 110, 3), para os quais, não estariam mentindo aquele que descumpre uma promessa porque algo impediu o seu cumprimento ou porque as condições das pessoas e dos atos se alteraram.

Muito embora tais ideais tivessem penetrado no direito canônico, sendo aplicados nos tribunais eclesiásticos, **"(...) a concepção da promessa projetada no futuro e na dependência do status quo transpôs as barreiras do campo moral para aportar no cais do mundo jurídico. Isso ocorreu quando Graciano, monge e professor de Direito da Escola de Bolonha, vulgarizou sua coleção de leis, as Decretais, ou Decretus Gratiani (1141 a 1155), em que à cláusula foi reservada a devida atenção"**. (BITTAR FILHO, CARLOS ALBERTO, *"op. cit."*)

Porém, foi somente com o trabalho dos juristas BARTOLO (1314-1357) e BALDO (1327-1400) que a cláusula *rebus sic stantibus* surgiu efetivamente. Segundo sustentava BARTOLO DE SAXOFERRATO:

"(...) quando alguém renuncia a alguma coisa ou direito que tenha, ou possa ter, ou pudesse ter, isso deve ser entendido de acordo como têm-se coisas quando da renúncia (*rebus sic se habentibus*), isto é, do que se tem no presente como realidade ou como esperança". ("apud" RENATO JOSÉ DE MORAES, *"op. cit."*, p. 48)

Coube a Baldo, entretanto, expandir a aplicação da cláusula, afirmando que todas as promessas obrigatórias teriam implícita uma limitação decorrente da eventual mudança no estado de fato. Seu estudo cristalizou-se na expressão latina: **"... *quia rebus sic se habentibus loquimur, et sic promissiones intelliguntur rebus sic habentibus...*"**.

Muitos autores apontam este como o marco inicial da instituição definitiva da idéia revisionista na doutrina do direito medieval. A partir daí, sua utilização mostrou-se cada vez

mais intensa, sem que houvesse, entretanto, uma fixação doutrinária do seu conteúdo, o que acarretou uma ampliação do seu campo de aplicação.

Ressalve-se que, à época, não havia uma preocupação em sistematizar a fórmula, uma vez que o entendimento era de que a possibilidade de revisão dos contratos seria condição anterior à manifestação das partes, servindo, então, para que se corrigi eventuais distorções diante de uma nova situação de fato, e isso na possibilidade de necessidade de realização da alteração dos ditames contratuais.

Como se pode notar, a possibilidade da revisão contratual, em razão da modificação das condições existentes quando da celebração do contrato (consubstanciada na cláusula *rebus sic stantibus*), não era um princípio a ser tratado como uma forma de exceção à aplicação do *pacta sunt servanda*, mas, ao revés, consistia em uma condição implícita em todo e qualquer ajuste de vontades, pronta para ser utilizada.

Sobre o assunto, reportamo-nos, uma vez mais, às lições de Carlos Alberto Bittar

Filho:

"Considerava-se esta cláusula inserta nos contratos de duração e nos de execução diferida, como condição de sua força obrigatória. Ademais, o estado de fato no momento da formação do contrato não deveria alterar-se para que este se conservasse.

Mostrou-se, todavia, rudimentar tal concepção, pois não se considerava a impossibilidade de se prever a mudança do estado de fato, a qual, ulteriormente, passou a ser julgada fundamental. Surgiu, dessa forma, a 'teoria da imprevisão', que rompeu com o princípio do *pacta sunt servanda*, permitindo a revisão do contrato pelo juiz". (obra citada)

Em que pese tal entendimento, ousamos discordar quanto ao fato de a cláusula *rebus sic stantibus*, em sua mais pura origem, ser definida como uma construção rudimentar, posto que, conforme explicamos, tratou-se, na verdade, da elaboração de um princípio cuja clareza e aplicabilidade deveriam ser tão amplas quanto o próprio *pacta sunt servanda*.

Partiu de Alciato (1482-1550), jurista fortemente influenciado pelo humanismo, a formulação concreta e sistemática da teoria da cláusula *rebus sic stantibus*, dando-lhe uma estrutura que diminuiria seu campo de aplicação, com o objetivo, talvez, como menciona Paulo Carneiro Maia (1959), de reagir contra eventuais empregos incorretos que estivessem ocorrendo.

Neste momento, a cláusula passa a ser entendida como uma exceção que só poderia ser utilizada como forma de legitimar a mudança de vontade de uma das partes, após ter firmado determinado pacto, se sobreviesse fato imprevisto e estranho ao conteúdo do contrato, não considerado quando da conclusão do ajuste, ou, se o fosse por pelo menos um dos contratantes, este não teria concordado com o obrigar-se.

Estudo sistemático sobre esta estruturação diferenciada da cláusula conforme a época e de acordo com a ótica de quem a realizava, pode ser encontrado na obra de Renato José de Moraes, mais uma vez aqui referida:

"Enquanto os pós-glosadores faziam da noção do *rebus sic stantibus* um instrumento para chegar a soluções justas, Alciato a aceita apenas para casos especiais, além de colocar em primeiro plano a vontade manifesta das partes. Nota-se aí a influência do voluntarismo, marca indelével do estoicismo humanista baseado em Cícero. Efetivamente, a cláusula *rebus sic stantibus* não parece se encaixar bem, como regra geral, na mentalidade que está por trás do direito humanista". (*op. cit.*, p. 54)

Na verdade, o ideal de supervalorização do homem introduzido pelos humanistas refletiu fortemente no direito, em especial no direito contratual, conferindo à manifestação da vontade e à obrigatoriedade dos pactos assumidos um caráter quase que absoluto. Resta claro que, à época, permitir a supressão de tais princípios, mesmo que em nome de uma aplicação justa e social do direito, não seria a melhor opção.

Outros juristas dedicaram-se ao estudo da cláusula *rebus sic stantibus*, e deram suas contribuições para sua formulação teórica, entre os quais podemos citar Hugo Grócio (1583-1645), Henrique Cocceio (1699), os juristas alemães Kopp (1750) e Eberhard (1769).

O enunciado decorrente de todo esse processo evolutivo foi imortalizado na seguinte fórmula latina: *contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur* (nos contratos de trato sucessivo ou a termo, o vínculo obrigatório entende-se subordinado à continuação daquele estado de fato vigente ao tempo da estipulação).

A cláusula teve o seu apogeu com a positivação, de forma explícita, em alguns códigos, convertendo-a de princípio doutrinário em dispositivo legal, entre os quais podemos citar o Codex Maximilianus Bavaricus Civilis (1756); o Código Prussiano (1774) e o Código Austríaco (1811) e agora o Novo Código Civil, através da inclusão dos artigos referentes à resolução por onerosidade excessiva (artigos 478 a 480).

Segundo afirma Anísio José de Oliveira, no Código bávaro, a aplicação da cláusula dependia de três requisitos:

**"a) alteração de circunstâncias que não proviessem nem de mora, nem de fato ou culpa do devedor;
b) de tal natureza que não fosse fácil prevê-la;
c) e de tal gravidade que, segundo a opinião desinteressada e honesta de uma pessoa inteligente, o devedor não teria consentido em obrigar-se, se suspeitasse de tal superveniência". (1968, p. 45)**

Durante a segunda metade do século XVIII e o século XIX a cláusula *rebus sic stantibus* experimenta um período de declínio, devido ao individualismo jurídico dominante à época, especialmente por conta da elaboração do Código Civil de Napoleão, onde houve um retorno à doutrina romana da intangibilidade do contrato, que só se reverteria nas primeiras décadas do século XX.

Contudo, numa linha histórica como já brevemente explanado quando do enfoque do princípio da autonomia da vontade, com o advento da Primeira Grande Guerra mundial fez-se necessário rediscutir a força obrigatória dos contratos anteriormente firmados, ressurgindo, assim, o interesse pela antiga cláusula *rebus sic stantibus*.

De fato, as alterações econômicas e sociais provocadas pelas duas Grandes Guerras mundiais refletiram diretamente no campo jurídico, cabendo esclarecer que, conforme mencionamos, muito embora a cláusula *rebus sic stantibus* já houvesse sofrido uma sistematização através de teorias como a de Alciato que objetivavam limitar a sua aplicação, alguns juristas ainda pregavam a utilização plena, em conformidade com o que pregavam pós-glosadores do século XIV.

Com o ressurgimento da cláusula, tal discussão também se revigorou. Tal dicotomia é retratada na obra de Arnaldo Medeiros da Fonseca:

"Enquanto uns, como BARSAT e DUSI, limitavam-na aos contratos de prestações continuadas ou trato sucessivo, outros, como OSTI, BRUZIN e BONNECASE, estendem a teoria a todos os contratos que comportem obrigações a termo (qui habent dependentiam de futuro). Basta que seja distinto o momento da formação do contrato, daquele em que o mesmo se executa, para que o princípio possa ser invocado. Esta corrente, aliás, depois dos eruditos debates travados sobre o assunto, está vencedora entre os partidários da doutrina, a cuja influência não se furtam os contratos ditos de especulação, especialmente visados pela lei francesa de 1918. (...)

Houve, porém, quem fôsse mais longe e pretendesse ter o instituto uma aplicação geral a toda espécie de negócio jurídico, ultrapassando a esfera contratual. Essa regra somente seria limitada pelas normas especiais de direito positivo, ou pela própria natureza do negócio. Tal a conclusão a que chegou Giovene. E inversamente, pretendeu-se também, sobretudo na França, ser o campo da imprevisão limitado aos contratos administrativos, aos tratados internacionais, ou, quando muito, a certos contratos ligados à idéia de instituição". (1958, p. 201)

De igual maneira, Renato José de Moraes que não se contentou em mera análise superficial da cláusula, optando por enveredar-se em um fascinante aprofundamento histórico sobre o desenvolvimento da cláusula rebus sic stantibus, chega à semelhante conclusão quanto à abrangência da teoria da imprevisão:

"Praticamente todos os demais juristas que seguiram as pegadas de Alciato irão diminuir progressivamente o campo de aplicação da cláusula rebus sic stantibus. (...) Vários juristas, da mesma época, continuaram a trilhar a linha dos pós-glosadores, dando ao princípio rebus sic stantibus uma aplicação ampla. (...)

É possível reconhecer, mesmo de que de maneira um tanto grosseira, nessa diferenciação de postura entre os juristas elegantes e os discípulos dos pós-glosadores a respeito da cláusula rebus sic stantibus, os primeiros traços de duas correntes que, até os dias de hoje, se chocam sobre o modo como esse instituto deve

ser aplicado. Os integrantes da 'Escola Culta' representam os que, a favor dos conceitos precisos e da construção sistemática, limitam aplicação da hoje chamada teoria da imprevisão, exigindo que se dêem certos requisitos previamente estabelecidos pela doutrina e compreendidos de forma pouco elástica. Já os seguidores do mos italicus são os que fazem uso da cláusula rebus sic stantibus sempre que a considerem necessário para reequilibrar uma relação que se tornou injusta para uma das partes, colocando em segundo plano a preocupação sistemática e a observância de requisitos de aplicação precisos e previamente determinados". ("op. cit.", págs. 54/55).

Relembra-nos, ainda, Anísio José De Oliveira (1968) que alguns juízes ainda relutavam em aplicar a teoria revisionista, apegando-se ao princípio da autonomia da vontade. Fez-se necessário, então, que o legislativo atuasse.

É o caso, por exemplo, da França onde a "Loi Failliot" (devido ao nome do autor do projeto) permitiu o pedido de revisão por qualquer das partes contratantes, na hipótese de obrigação ou contrato comercial concluídos antes de 1º de agosto de 1914, que envolvessem entrega de mercadorias ou gêneros alimentícios, seja em prestações sucessivas ou apenas diferidas.

O renascimento da cláusula, agora com nova denominação (teoria da imprevisão), extrapolou os períodos de guerra fazendo-se presente, conforme explica Regina Beatriz Tavares da Silva:

"(...) sempre que houvesse necessidade de aplicação da antiga cláusula, pela ocorrência de fatos imprevisíveis que trouxessem a impossibilidade de alguns ou muitos contratantes cumprirem o pactuado, necessitando de revisão ou da resolução de seus contratos, em virtude da onerosidade excessiva que tais acontecimentos lhes acarretassem." (1989, p. 18)

A remissão ao desenvolvimento histórico da cláusula *rebus sic stantibus*, desde sua origem até a atualmente conhecida teoria da imprevisão, é imprescindível para que possamos entender a distinção existente entre ambas.

Sobre o assunto reportamo-nos, novamente, à lição de Arnaldo Medeiros da Fonseca, que afirma:

"Assim, da velha cláusula *rebus sic stantibus* resultou a teoria modernamente chamada da imprevisão ou superveniência".

Procura ela investigar, em síntese, se é justo, e em que termos, admitir a revisão ou resolução dos contratos, por intermédio do juiz, pela superveniência de acontecimentos imprevisos e razoavelmente imprevisíveis por ocasião da formação do vínculo, e que alterem o estado de fato no qual ocorreu a convergência de vontades, acarretando uma onerosidade excessiva para um dos estipulantes.

GIUSEPPE OSTI, em magistral estudo que publicou sobre o assunto, foi quem primeiro propôs a segunda denominação para a teoria, cujo fundamento e cujas conseqüências procurou fixar, conquanto reconhecesse que o significado da palavra superveniência, na linguagem vulgar, não tinha uma compreensão correspondente à que lhe era própria, no sentido técnico, muito mais restrito, em que estava ali empregada. Mas pareceu-lhe encontrar justificção para a expressão nova até mesmo em certas fórmulas antigas, tradicionais na elaboração da máxima.

Entre os escritores franceses, entretanto, foi de preferência usada a denominação de teoria da imprevisão, que parece melhor corresponder às idéias que se têm em vista, pois não é apenas a superveniência de um acontecimento, mas sobretudo a imprevisão dêle, o fato que, na opinião dos partidários da teoria, pode justificar a anulação ou modificação da obrigação assumida e não executada ainda.

Esta última parece, pois, preferível." ("op. cit.", p. 19)

Como bem lembra o citado autor, a teoria da imprevisão resulta da cláusula *rebus sic stantibus*, não se tratando, portanto, de expressões sinônimas, como poderiam imaginar alguns.

O uso constante da expressão *rebus sic stantibus* quando o que se pretende é, na realidade, referir-se à teoria da imprevisão só pode ser explicado pelo desconhecimento da origem e desenvolvimento histórico da citada cláusula.

O que deve ficar claro é o fato de que os juristas do direito canônico, que originalmente desenvolveram a fórmula geral *rebus sic stantibus*, não lhe impuseram restrições, permitindo sua aplicação de forma geral e abrangente, sendo que tal ocorreu em razão do ideal maior que norteava sua incidência, qual seja, a busca de um rompimento com o rigor absoluto do *pacta sunt servanda*, além de uma nítida tentativa de aplicação dos ideais cristãos que também exerceram forte influência sobre o homem dos séculos XII a XV.

Os trabalhos posteriores desenvolvidos, sob o pretexto de sistematizar a cláusula ou torná-la mais justa e doutrinariamente viável, nada mais fizeram do que moldá-la à corrente de pensamento vigente à época, qual seja o humanismo jurídico.

Assim, se é verdade que tal sistematização coibiu eventuais injustiças que pudessem advir de uma aplicação mais ampla da cláusula, não é menos correto afirmar que os requisitos que se passou a exigir como imprescindíveis à sua aplicação consubstanciaram-se em uma limitação que não foi sequer imaginada por seus idealizadores.

Conforme expusemos linhas atrás, muito embora alguns estudiosos permanecessem fiéis aos ideais revisionistas sobre os quais se fundamentaram os pós-glosadores, pregando a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* na forma pura em que foi finalmente expressa por Bártolo e Baldo outros, entretanto, preferiram conduzir seus trabalhos no sentido de limitar seu âmbito de aplicação, procurando sistematizá-la.

Como conseqüência desses esforços, várias teorias surgiram para servir de fundamento à nova construção dada à antiga fórmula de revisão contratual. Segundo o rol apresentado por Márcio Klang (1991, pág. 19) são elas: 1) Teoria da Pressuposição; 2) Teoria da Vontade Marginal; 3) Teoria da Base do Negócio Jurídico; 4) Teoria do Erro; 5) Teoria da Situação Extracontratual; 6) Teoria do Dever de Esforço; 7) Teoria do Estado de Necessidade; 8) Teoria do Equilíbrio das prestações. O citado jurista menciona, ainda, outras teorias que procuraram justificar o ideal revisionista com base na boa-fé, na moral, na socialização do direito, na equidade e na justiça.

Além da teoria da Imprevisão, destacamos a Teoria da Base do Negócio Jurídico, formulada por Paul Oertmann, segundo a qual enquanto a base do negócio permanecer a mesma, isto é, o conteúdo da vontade bem como das representações mentais das partes contratantes permanecerem inalterados, estas continuarão vinculados ao negócio jurídico firmado. Sendo rompida a base negocial, a vontade então emanada não mais corresponderá àquela declarada inicialmente, fazendo-se necessária a revisão do contrato. (SIDOU, J.M. OTHON SIDOU, 1984, págs. 39/41)

Não obstante muitos doutrinadores afirmem que tais construções buscavam fornecer fundamento para a teoria da imprevisão, após toda a análise que até agora fizemos, é

forçoso concluir que, na realidade, objetivaram desenvolver uma sólida base doutrinária para aplicação dos ideais revisionistas da cláusula rebus sic stantibus, resultando, porém, em uma limitação à sua incidência.

No direito pátrio, muito embora a possibilidade de revisão contratual não tenha sido expressamente prevista no antigo Código Civil de 1916, a doutrina e a jurisprudência acabaram por consagrar sua aplicação, tendo por base a chamada teoria da imprevisão, hoje consagrada no Novo Código Civil, além da secção IV do Capítulo II, do Título V, artigos 478 a 480, e nos seguintes exemplos:

"art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quando possível, o valor real da prestação.

art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários."

Obviamente, todas essas novas disposições deverão ser observadas e mensuradas quando da celebração de novos contratos. Igualmente, as cláusulas que estipulam obrigações para somente um dos contratantes, deverão ser adequadas à nova ordem legal, sob pena de ser alegada ofensa ao princípio da boa-fé, trazendo resultado prático diverso do desejado.

Também, e quanto ao Novo Código Civil, cumpre lembrar que "**A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução**" (art. 2.035)

Em geral os doutrinadores utilizam a expressão latina *contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur* ou simplesmente *rebus sic stantibus* para se referirem à citada teoria, porém, conforme expusemos, este é, na realidade, apenas o princípio que lhe deu origem.

Diante de todo este contexto histórico, podemos verificar que a consolidação da cláusula *rebus sic stantibus* aconteceu nos séculos XIV e XVI, principalmente porque o material escrito sobre o tema é expressivo e numeroso. Entretanto, no final do século XVIII e início do século XIX, por conta do liberalismo, e das conjunturas histórica e a política, começa a ocorrer certo declínio de sua aplicação

E somente a partir dos fins do século XIX, é que a cláusula *rebus sic stantibus* vai apresentar sua real importância no campo jurídico e os tratadistas modernos a transformarão na atual Teoria da Imprevisão.

Importante considerar que ocorreram diversas alterações sociais e econômicas na sociedade, especialmente na área financeira e monetária, onde grandes mudanças repentinas acontecem, alterando toda a realidade contratual. E essa situação pode modificar acentuadamente os encargos contratuais, sendo necessário a criação de mecanismos que, de

um lado, preservasse as disposições contratuais e, de outro, não subjulgasse os interesses das partes.

Desta forma, começaram a ser criadas formas legislativas de proteção aos interesses dos contratantes, através de formas de alteração das cláusulas contratuais, de maneira a permitir que o equilíbrio dos efeitos do contrato fique inalterado. E, através deste aspecto é introduzida a Teoria da Imprevisão em nossa legislação.

Seu conceito, em razão das teorias que buscaram sistematizar e limitar a antiga cláusula, foi substancialmente alterado, não sendo hoje tão singelo e de fácil aplicação como o era no período medieval.

Maria Helena Diniz nos fornece o seguinte conceito da teoria da imprevisão:

"Moderna doutrina jurídica que admite, em casos graves, a possibilidade de revisão judicial dos contratos, quando a superveniência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, por ocasião da formação dos pactos, torna sumamente onerosa a relação contratual, gerando a impossibilidade subjetiva de se executarem esses contratos. É, portanto, imprescindível uma radical, violenta e inesperada modificação da situação econômica e social, para que se tenha revisão do contrato, que se inspira na equidade e no princípio do justo equilíbrio entre os contratantes." (1998, vol. 04, pág. 519)

Trata-se, na verdade, de uma construção moderna que, muito embora tenha sua origem na cláusula *rebus sic stantibus*, sua construção revela-se muito mais complexa e limitada, sendo que, o simples fato de se modificarem as circunstâncias vigentes à época da celebração do contrato não é mais suficiente para autorizar a revisão.

Assim, a doutrina pátria, bem como o judiciário, são unânimes em exigir certos requisitos para que seja possível a aplicação da teoria, vale dizer, vigência de um contrato de execução diferida ou sucessiva; alteração radical das condições econômicas objetivas no momento da execução, em confronto com as do instante de sua formação; onerosidade excessiva para um dos contratantes e benefício exagerado para o outro; que a modificação ocorrida seja imprevisível e extraordinária.

Fácil concluir que ao se exigir a presença destes pressupostos para a aplicação da teoria da imprevisão o que se conseguiu, na realidade, foi limitar a possibilidade da revisão contratual a ponto de transformá-la em verdadeira exceção, tornando novamente absoluto o princípio do *pacta sunt servanda*.

Merece destaque a exigência segundo a qual a modificação ocorrida, ensejadora do desequilíbrio contratual superveniente, deve ser imprevisível, sendo que tal requisito acabou por dar nome à teoria revisionista que o acompanha (teoria da imprevisão).

Conforme nos ensina Carlos Alberto Bittar Filho (RT 679/18 a 29), foi em 1930 que a teoria revisionista foi pela primeira vez aplicada, quando o então Juiz de Direito Nelson Hungria permitiu que determinado contrato fosse interrompido por motivo superveniente.

Exigiu-se, entretanto, para que fosse possível a revisão contratual, a ocorrência de uma alteração profunda, não prevista e imprevisível, capaz de modificar a situação fática sob a qual as partes celebraram o acordo de vontades, abalando equilíbrio entre as prestações recíprocas, de molde a que, se fosse possível à parte prejudicada prever tal acontecimento, esta não teria celebrado o contrato, ou o teria feito sob condições diferentes.

Uma vez preenchidos os requisitos, estaríamos diante de hipótese em que, segundo o eminente magistrado, **"a razão jurídica não pode ater-se ao rigor literal do contrato, e o juiz deve pronunciar a rescisão deste"**.

Para que possamos vislumbrar, no âmbito da praxis jurídica, a importância de um conhecimento aprofundado da teoria da imprevisão, seu conceito e requisitos, de forma a não buscarmos encaixá-la em hipóteses em que realmente não poderá ser aplicada, trazemos acórdãos sobre o assunto:

"CIVIL. Teoria da Imprevisão - Aplicabilidade, mesmo à mingua de texto expresso, posto que exigência da equidade. Necessidade, entretanto, de que se apresentem todos os seus pressupostos. Entre eles, o de que os fatores imprevisíveis alterem a equivalência das prestações, tal como avaliadas pelas partes, daí resultando empobrecimento sensível para uma delas com enriquecimento indevido de outra. Inexiste razão para invocar essa teoria quando, em contrato de mútuo, tenha o mutuário dificuldade em cumprir aquilo a que se obrigou, em virtude de prejuízos que sofreu. Não há que falar em desequilíbrio das prestações nem em enriquecimento injustificável do mutuante" (RE 5.723 - MG - DJU de 19-8-91, p. 10.991).

"Rebus sic stantibus - Pagamento total prévio. 1 - A cláusula rebus sic stantibus tem sido admitida como implícita somente em contratos com pagamentos periódicos sucessivos de ambas as partes ao longo de prazo dilatado, se ocorreu alteração profunda e inteiramente imprevisível das circunstâncias existentes ao tempo da celebração do negócio. 2 - Não há margem de apelo à teoria da imprevisão, feito em 1964, para reajuste de preço fixado em 1963, com pagamento total e prévio." (RTJ 68/95)."

Resta claro que tanto a construção doutrinária da teoria da imprevisão, como os pressupostos essenciais ao seu reconhecimento e aplicação, foram unanimemente aceitos pelo judiciário para, com base neles, reconhecer ou não a sua incidência.

Além disso, tal consenso quanto à possibilidade da revisão contratual culminaram na sua inclusão, de forma expressa, em todas as propostas do novo e atual Código Civil, que substituiu o Código de 1916, o qual não contemplava expressamente a teoria da imprevisão.

Por fim, a Lei nº 10.406/02 que institui o novo Código Civil, deu a seguinte redação ao artigo que finalmente positivou, no direito civil pátrio, a teoria da imprevisão, *in verbis*:

"Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação."

Fácil perceber a identidade existente entre o conceito da teoria da imprevisão, formulado linhas atrás, e a definição que se pretendeu positivar. Assim, buscou o legislador ser fiel àquilo que já havia sido doutrinária e jurisprudencialmente consagrado. Essa constatação, talvez aparentemente óbvia, é primordial.

Importante aqui ressaltar, sem mais alongamentos, a mitigação do princípio do *pacta sunt servanda* (o contrato faz lei entre as partes e é intangível), pela existência da teoria da imprevisão, materializada na cláusula *rebus sic stantibus* (onde a existência de condições totalmente diversas daquelas existentes na época da origem do contrato possibilitava a alteração de suas disposições), que será posteriormente estudada com maior profundidade.

5. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE AO CONTRATO DE UNIÃO ESTÁVEL

Após breve apanhado sobre o contrato de convivência e a respeito dos dois princípios contratuais que pretendemos abordar no presente estudo, devemos, agora verificar se existe alguma relação de aplicabilidade entre as matérias discutidas, isto porque o contrato de união estável, embora seja um instrumento de declaração de vontade dos conviventes, possui algumas peculiaridades, especialmente por conta do seu objeto.

Antes, porém, devemos ressaltar que o contrato de convivência possui uma particularidade inerente a sua forma e objeto: trata-se de um instrumento do Direito de Família, na medida que busca regular uma relação jurídica que possibilita a criação do ente familiar; e, por outro lado, encontramos nele características jurídicas derivadas da teoria dos contratos, mormente porque se constitui numa junção de vontades a atingir um objetivo comum.

Afirmado isto, conclui-se que, logicamente, os princípios contratuais devem ser aplicados ao estudo do contrato de convivência e, portanto, os aqui apresentados

certamente o serão. Acontece que, exatamente pela sua característica de regular relações jurídicas decorrentes da relação familiar, a aplicação destes princípios deverá observar os limites colocados pelo Direito de Família, uma vez que o objetivo do contrato de convivência é regular as relações decorrentes da união estável.

Importante, ainda, destacar que o contrato de união estável, apesar das particularidades que o cercam, no fundo é um ato jurídico, e também um negócio jurídico porquanto possui conseqüências de caráter econômico, "**na medida em que tem por finalidade "adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos"** (CAHALI, FRANCISCO JOSÉ, "*op. cit.*", pág. 100), letra da lei do artigo 81 do Código Civil de 1916 (não reiterado no Novo Código Civil), que, de certa forma, conceitua todo ato jurídico.

Em sendo ato jurídico na espécie, apresenta-se, ainda, como negócio jurídico, como acima já referido, uma vez que além de se perfazer como ato necessário à modificação da esfera jurídica dos conviventes, no sentido lato do termo, possui também repercussões patrimoniais, o que, em tese, é a finalidade do contrato de convivência, que como visto é permitido na legislação no sentido de alterar a regra legal do condomínio dos bens adquiridos na constância da união estável, essencialmente.

Aliás, o entendimento dominante na doutrina é de que o contrato de convivência somente se serve a alterar a relação patrimonial da união estável, como se verifica dos dizeres de Rodrigo Da Cunha Pereira, quando afirma que "**O objetivo primordial do contrato de convivência é dispor, para o casal que vive em união estável, de regras diferentes das atinentes ao regime de comunhão parcial de bens,**

diante das disposições do art. 1.725, criando normas próprias às relações patrimoniais e econômicas dos companheiros." (2004, pág. 42).

Contudo, esse não é o nosso entendimento, como já assentado anteriormente, respeitando todos os doutrinadores que se filiam ao entendimento contrário, vez que a legislação ao abrir a exceção do contrato escrito para alteração do regime patrimonial não o fez em relação às demais possibilidades. Em não existindo disposição legal que impeça, não há falar-se na existência da restrição.

Assim, para que o contrato de convivência possa ser considerado válido deve respeitar os dizeres do artigo 104 do Novo Código Civil, *in verbis*:

**"Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:
I – agente capaz;
II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
III – forma prescrita ou não defesa em lei."**

Primeiramente, em relação ao inciso III do citado texto legal, tem-se que o contrato de união estável, ou de convivência, possui forma prescrita em lei, vale dizer, o artigo 1.725 do Novo Código Civil dispõe que os bens adquiridos na constância da união estável pressupõem condomínio, assim como sua administração, salvo estipulação contrária, emanada em contrato escrito.

Assim, caso existia pretensão judicial de declaração de eficácia de estipulação verbal de contrato de convivência, deve o Juiz repeli-la de imediato, visto que ilegal.

Importante ressaltar que essa declaração por escrito deverá ser bilateral, isto é, deverá conter declaração de vontade de ambos os conviventes, não sendo suficiente declaração unilateral de um deles no sentido de modificar o regime legal de condomínio dos bens adquiridos na constância da união estável. Tal assertiva importa quanto a eventual pretensão de caracterização de promessa de celebração do contrato em relação a um dos conviventes, não sendo lícito ao julgador determinar a modificação do regime legal, sem que o outro venha a anuir ou concordar com a estipulação.

Ademais, nestes casos, o silêncio de um convivente não presume a aceitação à alteração do regime legal de condomínio, uma vez que, como já frisado, o contrato de convivência, para sua validade deve ser firmado por ambos, de forma a expressar, sem dúvidas, a vontade dos contraentes. A respeito, nota-se que o Novo Código Civil, em seu artigo 111, determina que o silêncio importa em anuência quando não existir necessária declaração expressa daqueles que realizam o ato jurídico, que não é o caso do contrato de convivência, que, como já frisado, necessita para sua eficácia jurídica da manifestação de vontade de ambos os conviventes.

Aliás, deve ser destacado que o artigo 107 do Novo Código Civil, reiterando disposição contida no artigo 129 do anterior, reforça o entendimento de que a forma escrita é essencial ao contrato de convivência, já que afirma que a eficácia da declaração de vontade depende da forma especial, se a lei assim o exigir, como na matéria aqui em debate, inclusive com a própria lei – Código Civil – afirmando textualmente:

"Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

...

IV – não revestir a forma prescrita em lei;

..."

Concluindo, no concernente à forma, tem-se que o princípio contratual da autonomia da vontade pode e deve ser mitigado, especialmente pela existência de disposição legal expressa quanto à forma do contrato. Para sua validade, como já extensamente disposto, o contrato de convivência deve ser escrito.

Tratando tal princípio com a pureza de que as partes podem celebrar seus contratos da forma que escolherem como a mais adequada, parece, numa primeira análise, que ele deverá ser mitigado.

Contudo, esta não é a melhor maneira de interpretação da problemática trazida, eis que o contrato de convivência deverá ser interpretado, quanto à forma, de acordo com as disposições do Novo Código Civil relativas aos negócios jurídicos.

Assim, tem-se que a própria lei define a forma pela qual deverá tal avença ser celebrada, restando que não se poderá argumentar pela mitigação do princípio da autonomia da vontade, pois em situação diversa, o próprio negócio jurídico deverá ser considerado nulo, isto é, não está apto a produzir os efeitos dele pretendidos.

No que tange à capacidade do agente (inciso I do artigo 104 do Novo Código Civil), isto é dos conviventes que irão celebrar o contrato de convivência, deverá esta estar afeita pela aptidão genérica de prática de atos, ou melhor, negócios jurídicos da vida

civil, temos que sua discussão deve, necessariamente, passar pela análise daquelas pessoas que poderão contrair a união estável.

Isto porque o contrato de convivência serve para regular relações decorrentes da união estável e, para se estudar a capacidade civil daqueles que possam celebrar tais contratos devemos verificar a capacidade para a vida em comum em união estável.

E, nesse ponto, aparece uma questão extremamente controvertida, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, sobre a eventual aplicabilidade dos mesmos requisitos de constituição válida no que toca aos impedimentos matrimoniais, que se aplicam ao casamento, entidade familiar diversa, uma vez que o texto constitucional é claro ao dispor pela facilitação da sua conversão em casamento.

A propósito, afirma Euclides Benedito de Oliveira, que:

"A CF/88 (artigo 226, § 3º) apenas exige o requisito da heterossexualidade na formação da união estável e determina que a lei facilite sua conversão em casamento, mas, com isso, não está a exigir que se submeta, enquanto união estável, aos mesmos requisitos do casamento. Na Lei 8.971/94 (art. 1º) constam requisitos pessoais relativos ao estado civil dos companheiros, mas a Lei 9.278/96 (art. 1º) modificou a conceituação da união estável, nada mais referindo a esse propósito."

Independentemente da discussão sobre o tema, chegou-se a uma conclusão de que necessária distinção entre casamento e união estável, e em relação a esta segunda, entendeu-se pela aplicação somente dos impedimentos matrimoniais absolutos, decorrentes de parentesco ou de anterior casamento, excetuando os casos em que existe separação de fato ou judicial de um ou de ambos os conviventes.

Com o advento do Novo Código Civil, no Título III, do Livro IV, no artigo 1.723, § 1º, contemplou-se a regra de que a união estável não se constituirá nos casos dos impedimentos, absolutos, do artigo 1.521, excetuados os de pessoas casadas desde que separadas de fato ou judicialmente, regulamentando o que já se encontrava estabelecido e aceito pela maioria dos nossos Tribunais e doutrinadores.

Assim, a capacidade de celebração do contrato de convivência, que se confunde com aquela da união estável, está perfeitamente definida na lei.

Ocorre que poderá existir alguém convivendo publicamente, contínua e duradouramente, com o objetivo de constituição de família, isto é, suprimindo todos os requisitos para a caracterização da união estável, e mesmo assim existindo os impedimentos absolutos do artigo 1.521 do Novo Código Civil.

O Novo Código Civil, novamente, dá a resposta para o problema, já que em seu artigo 1.727 dispõe que as relações de homem e mulher impedidos de casar constituem o concubinato.

Contudo, as eventuais dúvidas que possam surgir das relações de união estável são as previstas no § 2º do artigo 1723 do Novo Código Civil, que contempla os casos em que a união estável fica caracterizada, apesar da existência de causas suspensivas do artigo 1.523 do mesmo texto legal, que anteriormente eram designados como impedimentos impeditivos, salientando que nesses casos deverá ser comprovada a inexistência de prejuízo para os terceiros.

Com efeito, veja que se a união estável, donde um contrato de convivência foi celebrado, tiver na sua origem pessoas que, mesmo caracterizando a união duradoura, pública, nos termos da lei, ainda assim tiverem condições pessoais que se incluem naquelas previstas no artigo 1.523 do Novo Código Civil. Qual será o regime de bens: o de condomínio legal, o de separação total de bens, nos termos do artigo 1.641, inciso I do Novo Código Civil, ou aquele eventualmente determinado pelo contrato de convivência?

Acredito que a autonomia da vontade, aqui, deva ser mitigada, uma vez que a regra contida no artigo 1.641, inciso I do Novo Código Civil é protetiva do patrimônio dos conviventes e deve ser aplicada por analogia, ainda mais porque a Constituição Federal prevê a conversão da união estável em casamento. Ademais, tais situações poderiam ser utilizadas como forma de violar direito de terceiro, já que, mesmo diante das causas suspensivas, poder-se-ia viver em regime de bens diverso da separação.

Assim, qualquer outro regime de bens diverso da separação legal, se contratado, poderá ser descaracterizado diante do raciocínio acima explanado, mitigando o princípio da autonomia da vontade.

E esse é o mesmo raciocínio empregado nos casos de conviventes com mais de sessenta anos de idade, ou aqueles que para celebrar o casamento necessitem de suprimento judicial para tanto.

Salienta-se, como já afirmado, que a aplicação das regras do casamento para a união estável, nos casos colocados, se mostra pertinente em virtude de, primeiro, a

determinação constitucional da conversão e, depois, para se resguardar o patrimônio dos conviventes.

Importante destacar que quanto à forma e capacidade do agente, referentes ao contrato de convivência, sempre nos depararemos com artigos de lei que apresentarão limites a autonomia da vontade, mitigando o princípio.

Isto porque, mesmo sendo um instituto do Direito Contratual, o contrato de união estável sempre estará pretendendo regular relações decorrentes do Direito de Família, que possui uma forma de estudo e interpretação únicos.

As normas que regulam o Direito de Família são disposições de ordem pública e se apegam a formalismo extremo, que se caracterizam como irrenunciáveis, intransferíveis e, imprescritíveis, mesmo após a edição e entrada em vigência do Novo Código Civil. Sílvio de Salvo Venosa ensina:

"É difícil conceituar o que sejam normas de ordem pública. São, em síntese, aquelas disposições que dizem respeito à própria estrutura do Estado, seus elementos essenciais; são as que fixam, no Direito Privado, as estruturas fundamentais da família, por exemplo." (2003, vol. III, pág. 394)

Isto se mostra como um paradigma, já que as relações de família acontecem entre particulares e os direitos e deveres delas decorrentes, que compreendem interesses de ordem individual, são tutelados pelo Estado e ficam sujeitos a sua fiscalização e controle. Assim, como uma das bases deste próprio Estado é a família, e tendo em vista

sua importância para a sociedade, as normas que a regulam restringem a autonomia privada.

E tal aplicabilidade das normas do Direito de Família decorrem da sua natureza de ordem pública, insuscetíveis, portanto, de serem derogadas pela convenção entre particulares.

Afirmado isto, tem-se que as teorias contratuais da mitigação do princípio da autonomia da vontade deverão sempre ser aplicadas aos contratos de convivência, exatamente porque eles regulam relações decorrentes do Direito de Família e, portanto, possuem toda uma limitação legislativa, como se viu acima.

Desta maneira, o contrato de convivência sempre será regulado pelas normas de Direito de Família, quer seja quanto aos efeitos patrimoniais da união estável, quer em relação às demais possíveis convenções que se façam necessárias para os conviventes (por exemplo, determinação de guarda dos filhos na hipótese de rompimento da relação estável).

As normas de Direito de Família constantes do Novo Código Civil, e as demais da legislação marginal, são, pois, os limitadores da autonomia da vontade dos conviventes na celebração do contrato de união estável.

A autonomia da vontade, portanto, fica restrita à possibilidade de celebração do contrato de convivência, que, como já se viu, ainda resiste a certo preconceito no âmbito da sociedade brasileira. Ainda mais porque aquelas pessoas que decidiram viver

em união estável, em princípio, prescindem de um maior regramento legal para viver como família constituída.

No concernente à licitude do objeto do contrato de convivência temos que, invariavelmente, deparar-nos com estudos de casos, de modo a podermos analisá-los e verificar a possibilidade de aplicação dos princípios contratuais como pretendido, ou de sua mitigação.

Antes, porém, deve ser ressaltado que pela própria criação deste tipo contratual - contrato de convivência -, onde se tinha uma idéia de contratação ilícita, o objeto contratual era a alegação principal para afastar a produção de seus efeitos, como pode ser verificado anteriormente.

Como atualmente é prevista a possibilidade de celebração de contrato para afastar o regime de bens legal na constância da união estável (artigo 1.725 do Novo Código Civil), a licitude do objeto do contrato de convivência deve ser apreciada sob outro ângulo, mormente pelos dizeres dos artigos 112, 113 e 114 do Novo Código Civil.

Assim, para a análise do objeto de um contrato de convivência vamos nos ater a certas situações que possam ser mais comuns, uma vez que o estudo do objeto deve partir de um aspecto prático, já que se submete aos dizeres do inciso II do artigo 104 do Novo Código Civil, já referido, vale dizer, basta ser lícito e possível.

E a amplitude das situações que os termos "lícito" e "possível" abrangem é imensa, ainda mais se considerarmos que o contrato de convivência não se presta,

exclusivamente, a regular os aspectos patrimoniais da união estável, como acima afirmamos, em posição diversa da doutrina dominante.

Porém uma ressalva de aqui constar de que o próprio texto civil restringe, enfim, as expressões acima delineadas, quando dispõe no seu artigo 122, primeira parte, que **"são lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes"**.

Francisco José Cahali (2002, pág. 216) diz que **"a licitude do objeto aqui é aferida não só com paradigma na literalidade de uma norma escrita, mas também na sua harmonia com os *preceitos fundamentais*, aí incluídos a moral, os bons costumes e princípios gerais de direito."**

Procuramos, desta forma, identificar algumas situações mais comuns e que possam surtir algum debate quanto a ser considerado como objeto do contrato de convivência, que constituem os exemplos a seguir.

Uma das situações mais comumente verificadas é aquela em que existe estipulação sobre herança de pessoa viva, denominado *pacta corvina*, situação essa repelida pelos doutrinadores e pelo Novo Código Civil, nos termos do artigo 426, *verbis*:

"Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva."

Salienta-se que existe no próprio texto civil situações em que a impossibilidade do objeto contratual citado pode ser considerado como lícito, como se

verifica dos dizeres dos artigos 2.014 e 2.018. Ocorre que nos referidos casos excepcionais a disposição legal particulariza a situação e limita a sua abrangência.

Outra disposição contratual que se poderia ter como ilícita é a estipulação de regime de comunhão total de bens, isto porque, tal se afigura doação, que possui características próprias e forma prevista em lei, especialmente se existir estipulações quanto a bens imóveis.

Isto porque o regime patrimonial da união estável apenas se assemelha ao da comunhão parcial, mas não se confunde com ele, ainda mais porque no artigo 1.725 do Novo Código Civil consta a expressão "no que couber".

Na verdade, para se analisar os aspectos patrimoniais da união estável deve-se ter em mente que ela é instituto jurídico diverso do casamento, como já se viu e, deste modo, podemos utilizar as disposições legais relativas ao casamento apenas pela via da analogia.

O regime patrimonial legal da união estável é o da comunhão parcial de bens, isto é, os bens adquiridos a título oneroso após o início da convivência com o intuito de constituição de família se comunicam.

Assim, os bens adquiridos por cada convivente anteriormente somente poderão ser inseridos na esfera jurídica do outro através da doação, porque não existe norma regulamentando a matéria, diferentemente do casamento, onde expressamente a lei codificada civil prevê o regime da comunhão universal de bens.

A doação exige, além dos requisitos de qualquer ato jurídico, outros especiais, principalmente relacionados com a pessoa do doador, já que a lei faz diversas restrições, como por exemplo a doação de ascendente para descendente, dentre outros.

Ainda, a doação possui forma específica, vale dizer, somente deve acontecer pela via escrita, salvo nos casos de bens móveis de pequeno valor. E aqui o contrato de doação possui estreita ligação com o de convivência, que também somente pode ser celebrado pela forma escrita.

Diante dessas ressalvas, entendemos que é possível a doação entre os conviventes, sempre destacando que para tanto o contrato de convivência deve satisfazer, também os requisitos para o instituto da doação que, afinal, apenas se diferencia quanto à doação de bem imóvel, que deve ser realizada através de documento público, com o respectivo registro no Cartório de Imóveis competente.

Aliás, essa é a posição de Francisco José Cahali (2002, pág. 126), que muito bem estudou o contrato de convivência, quando afirma que "**não estendemos aos conviventes a restrição protetiva prevista no art. 226 do Código Civil** (de 1916, não reiterado no Novo Código Civil), **impedindo doação entre os cônjuges**". (anotação nossa)

Mais adiante, mesma obra, também pág. 126, Francisco José Cahali, aponta que o companheiro, mesmo que induzido a erro, não poderia invocar o preceito legal, restrito aos cônjuges, asseverando, inclusive que, por ter optado pela constituição da

família pela união estável, os companheiros ficam sujeitos às restrições da legislação, que como se sabe, procura dar maior guarida aos cônjuges.

Outra situação que poderia ser considerada ilícita seria a autorização do que se entende por deveres dos conviventes, uma vez que, para caracterizar a união estável, e trazer eficácia ao contrato, necessário que a relação seja pública, duradoura e contínua, com o objetivo de constituição de família, sendo que os valores sociais ora vigentes não permitem a caracterização da família sem os deveres inerentes dela decorrentes.

Pode-se, ainda, ter como ilícito, eventual participação diferenciada sobre o patrimônio adquirido na constância da relação, quando se verifica que a alteração do regime legal de bens – da comunhão parcial -, poderá trazer enriquecimento ilícito a um dos conviventes, logicamente após um deles pleitear em Juízo.

Aqui se encontra uma dicotomia, já que alguns autores, dentre eles Guilherme Calmon Nogueira Gama e Francisco José Cahali, entendem que tal participação diferenciada poderá até ser um benefício.

Neste ponto, vale ressaltar que a ilicitude será de eventual cláusula que assim dispor, e não do objeto contratual como um todo que, afinal, poderá consistir de vários pontos. E a ilicitude da cláusula que assim estipular, restrita apenas aos casos em que um dos conviventes entenderem que tal disposição contratual trouxe enriquecimento ilícito do outro, poder-se-ia levar à aplicação da mitigação do princípio da intangibilidade contratual por onerosidade excessiva.

Outro ponto de divergência poderia ser a existência de cláusula de partilha de bens em eventual separação dos conviventes, com a dissolução da união estável.

Quanto a licitude de tal cláusula, isto é, a possibilidade de sua estipulação, nada há de ressaltar. Contudo, o que se precisa analisar é o resultado da inserção desta cláusula, vale dizer, se colocada da forma como o foi não poderá, também, caracterizar enriquecimento ilícito de uma das partes, em detrimento de direitos de outra.

Nestes casos, entendemos que patente a possibilidade de mitigação da autonomia da vontade, especialmente porque não se pode conceber que o princípio seja contraditório em relação aos princípios do Direito de Família do na sua interpretação.

Conclui-se, pois, que existe possibilidade de se falar em alteração posterior do pacto, sempre lembrando que por via judicial, mitigando-se a autonomia da vontade, quer pela nulidade ou alteração das cláusulas avençadas.

6. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTANGIBILIDADE AO CONTRATO DE UNIÃO ESTÁVEL

Como já estudado, o contrato de convivência, apesar de ser um instrumento que pode ser inserido na Teoria dos Contratos, isto é, no Direito Contratual, devendo seguir os princípios deste ramo jurídico, por estabelecer e regular relações decorrentes do Direito de Família, também deverá se submeter às normas que regulam o Direito de Família, ainda mais porque esta se constitui de ordem pública.

E para verificarmos, agora, a aplicação da teoria da imprevisão por onerosidade excessiva aos contratos de união estável, primeiro precisamos verificar as condições necessárias para que as disposições contratuais possam ser alteradas.

Como é típico das relações jurídicas, a imutabilidade dos atos é a regra a ser seguida, ainda mais para tornar a convivência entre as pessoas mais segura. Contudo, existem situações em que não se deve colocar em termos tão absolutos essa garantia.

Assim, como reflexo de um fenômeno histórico-social, o Direito se coloca sujeito às variações e mutações no tempo e no espaço e sob essa ótica a Teoria da Imprevisão se apresenta como exceção à cláusula *pacta sunt servanda*, expressão da força obrigatória dos contratos.

A expressão *rebus sic tantibus* é utilizada para designar o princípio da imprevisão, que consiste na ocorrência de fato imprevisto e imprevisível posterior à celebração do contrato de cumprimento sucessivo, possibilitando sua revisão, rescisão ou resilição pelo Poder Judiciário.

Importante ressaltar que a teoria da imprevisão não tem como escopo o desfazimento do contrato, mas sim manter as exigências nele contidas, contudo em consonância com as alterações imprevisíveis ocorridas quando da sua execução.

Outro fator de relevância quanto à aplicabilidade da teoria da imprevisão por onerosidade excessiva aos contratos de convivência é que a alteração (ou mesmo rescisão ou resilição) através do Poder Judiciário deve ocorrer através de pedido de um dos conviventes.

No Novo Código Civil encontramos a teoria da imprevisão expressamente definida quando dispõe pelas formas da extinção do contrato, aliás como resultado de uma aspiração de toda a sociedade jurídica, onde se verifica em seu artigo 478:

"Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação."

Da leitura do texto legal, e segundo Maria Helena Diniz (2003, vol. 03, pág. 163), a aplicação da resolução do contrato em decorrência de onerosidade excessiva prescinde dos seguintes requisitos:

a) vigência de um contrato comutativo de execução continuada que não poderá ser aleatório, porque o risco é de sua própria natureza, e, em regra, uma só das partes assume deveres;

b) alteração radical das condições econômicas no momento da execução do contrato, em confronto com as do instante de sua formação;

c) onerosidade excessiva para um dos contraentes e benefício exagerado para o outro;

d) imprevisibilidade e extraordinariedade daquela modificação, pois é necessário que as partes, quando celebram o contrato, não possam ter previsto este evento anormal, isto é, que está fora do curso habitual das coisas, pois não se poderá admitir a *rebus sic stantibus* se o risco advindo for normal ao contrato.

E, como se verifica, os dispositivos deixam claro que a imprevisibilidade do acontecimento se mostra como um dos requisitos imprescindíveis.

Ressalta-se que esse entendimento não se mostra unânime na doutrina, visto que alguns doutrinadores, como por exemplo Álvaro Villaça De Azevedo (2002, pág. 12) afirmam que a imprevisibilidade seja desconsiderada para a aplicação da teoria da imprevisão nas relações civis, aplicando-se a teoria da lesão enorme (*laesio enormis*) do Direito *justinianeu*.

Mas esse não será a corrente aqui adotada, pois como já visto, entendemos que necessária a presença da imprevisibilidade da mudança das condições originárias quando da celebração do contrato para a aplicação da teoria da imprevisão e conseqüente resolução por onerosidade excessiva.

A tendência evolutiva do Direito buscou uma alternativa para a inexecução contratual, por causa superveniente, visto que a melhor não era a resolução pura e simples do pactuado. Destaca-se que como solução a este problema foi apresentada a Teoria da Imprevisão, na qual a doutrina dominante sinaliza para a revisão contratual, como forma de manter e atingir um equilíbrio suportável entre os contratantes, conseqüentemente visando resguardar a função social do contrato.

Sob esse aspecto, o julgador se presta a um papel importante em seu postulado como agente do intervencionismo estatal e, no tocante ao espírito revisionista, deve manter o pactuado dentro da intangibilidade da livre manifestação da vontade da partes, se possível; mas sempre atendendo o equilíbrio contratual, as igualdades entre as partes e função social a que o contrato se propõe, buscando o bem comum.

Quanto ao campo de aplicação da teoria da imprevisão tem-se que, em regra geral, ela é aplicável a todos os contratos que tenham execução diferida e sucessiva, vale dizer, que seus efeito se prolongam no tempo.

Ainda, podemos afirmar que a teoria da imprevisão se aplica tanto aos contratos unilaterais como bilaterais, aqui incluso o tipo contratual aqui estudado, que são aqueles que **"criam deveres jurídicos para ambos os contratantes"** (MONTEIRO, WASHINGTON DE BARROS, 1998, vol. 05, pág. 29)

Ainda, os contratos bilaterais podem ser denominados de sinalagmáticos, vez que contemplam uma reciprocidade de obrigações contratadas.

Também um dos requisitos para se aplicar a resolução por excessiva onerosidade é de que os contratos devam ser continuada, onde suas obrigações e prestações se projetam para o futuro.

Os contratos de execução continuada, ou também denominados continuativos, caracterizam-se pela duração num longo período de tempo, através de atos sucessivos de prestações periódicas e continuadas.

Registra-se, desta forma, que, a aplicação da teoria da imprevisão somente acontecerá neste tipo de contrato, vale dizer, aquele que tenha dependência do futuro, ainda mais pela necessidade da existência de um lapso temporal entre a contratação e o cumprimento da obrigação, isto é, entre a vinculação e o implemento da prestação, para que fique caracterizada a alteração da condição inicial da avença.

Salienta-se que a onerosidade excessiva não se traduz em inexecução do contrato, apenas traz obstáculos à execução, de modo que, para respeitar as estipulações antes avençadas, as obrigações de um dos contratantes se torna mais difícil e gravosa, surgida em decorrência de eventos imprevisíveis, que atingem diretamente a base negocial do contrato, importando numa potencialidade de dano ao devedor caso o contrato venha a ser cumprido.

Por outro lado, a dificuldade do inadimplemento da obrigação por parte de um contratante, que se pode denominar de devedor, em contrapartida, deve surgir para a outra parte do contrato, que se pode denominar de credor, uma extrema vantagem, ligada aos fundamentos do enriquecimento sem causa.

Assevera-se que o direito previsto no artigo 478 do Novo Código Civil – de alterar as condições do contrato por onerosidade excessiva - é de exclusividade da parte devedora, uma vez que não teria ligação jurídica lógica em admitir que o credor exerça um direito de alteração de disposições contratuais onde inexistia prejudicialidade ao seu patrimônio.

Conforme já afirmado, a possibilidade da aplicação da teoria da imprevisão prescinde do acontecimento imprevisível, ressaltando a posição de doutrinador de renome já trazida neste trabalho. E o imprevisível é aquele fato em "**que faltou a possibilidade normal de previsão**" (BORGES, NELSON, 2002, pág. 309), ligado diretamente àqueles acontecimentos extraordinários à normalidade que, por sua vez, não poderia ser previsto.

Tal definição traz uma carga excessiva de subjetividade, ainda mais porque podem existir contratantes com diferentes formas de análise dos fatos, ou mesmo com maiores subsídios acerca deles. A previsibilidade de situações supervenientes e sua constatação poderão sofrer variações, dependendo da pessoa, do seu grau de instrução ou mesmo das informações e do conhecimento que possui sobre matéria contratada.

De acordo com os ensinamentos do Professor Caio Mário Da Silva Pereira "**Nunca haverá lugar para a aplicação da teoria da imprevisão naqueles casos em que a onerosidade excessiva provém da aléa normal e não do acontecimento imprevisto, como**

ainda nos contratos aleatórios, em que o ganho e a perda não podem estar sujeitos a um gabarito predeterminado" (1999, vol. III, pág. 167)

Desta forma, o julgador exercerá papel de fundamental relevância, ficando a seu juízo a verificação se o acontecimento superveniente era imprevisível ao tempo da contratação. Para tanto, o Magistrado não poderá abrir mão das condições sócio-culturais e do conhecimento do assunto pelos contratantes. A imprevisibilidade é uma questão subjetiva e deve ser sempre tida sob uma ótica razoável para o ensejo da resolução ou revisão contratual.

Após esses breves comentários acerca da aplicabilidade da teoria da imprevisão aos contratos, passamos a verificar se efetivamente pode ela ter incidência em um contrato de convivência.

Já foi concluído que o contrato de convivência se presta a regular tanto aspectos patrimoniais quanto pessoais da relação familiar sob união estável.

Quanto aos aspectos patrimoniais, tem-se que o objeto do contrato de união estável se serve a alterar o regime de bens legal para ela atribuída, nos termos do artigo 1.725 do Novo Código Civil.

Como também já afirmado antes, mesmo que a união estável seja um instituto jurídico diverso do casamento, na hipótese de análise de disposições a ela relativas, é possível adotar-se as disposições legais referentes ao casamento por analogia, ainda mais porque o texto constitucional vigente prevê a conversão de um no outro instituto.

Ademais, o próprio legislador do Novo Código Civil, quando da alteração do texto da Lei nº 9.278/96 no concernente ao contrato de convivência, eliminou a expressão "fruto do trabalho e da colaboração comum" que constava para explicitar os bens alcançados pela existência da união estável e colocou a aplicação do regime da comunhão parcial de bens (aplicável ao casamento), numa demonstração de que a intenção é uma aproximação mais intensa entre os institutos.

Neste aspecto, isto é, quanto ao casamento, o Novo Código Civil previu, em seu artigo 1.639, § 2º, a alteração do regime de bens. E tal medida, inovadora em relação ao Código Civil de 1916, para poder se materializar, prescinde de alguns requisitos.

Um dos requisitos legais é que a alteração do regime de bens necessita de pedido de ambos os cônjuges, sendo que o mesmo deve estar motivado, de maneira a permitir ao Juiz perquirir as reais causas da mudança de regime de bens do casamento.

A legislação, portanto, não contempla para o casamento outra forma de alteração do regime de bens a não ser aquela do § 2º do artigo 1639 do Novo Código Civil.

Numa relação familiar decorrente de união estável não existe a necessidade da formalidade dos conviventes se dirigirem ao Poder Judiciário para alteração do regime de bens. Em existindo a vontade de alteração, um simples instrumento, como se viu, é suficiente para tanto.

Contudo, se um dos conviventes, por vontade própria, isto é, unilateralmente, pretender alterar o regime de bens, não poderá se valer de uma declaração unilateral de vontade, porque como vimos, o contrato de convivência é um instrumento bilateral, sinalagmático.

Francisco José Cahali (2002, pág. 89) ensina que:

"Mas, por ato bilateral, de comum acordo entre os companheiros, pode ser revogado o contrato de convivência. Excepcionalmente, a alteração poderá ser por ato unilateral, quando promovida a expressa renúncia de um convivente a um direito patrimonial reconhecido em anterior contrato (que não é o caso aqui estudado)."

Para tanto, deverá buscar o Poder Judiciário para modificar disposições contratuais, que certamente irão de encontro às pretensões do outro convivente, provocando verdadeiro cisma na relação de convivência estabelecida. Caso contrário, não existira a necessidade da tutela jurisdicional, bastando, como visto, um acordo de vontade das partes.

Aceita a premissa de que um dos conviventes possa unilateralmente alterar o regime de bens, através do Poder Judiciário, estaríamos diante de uma contradição: a lei concederia ao convivente em união estável direito (de alteração do regime de bens unilateralmente) não previsto ao cônjuge, trazendo, então tratamento diferenciado àqueles que escolheram constituir família de maneira diferente.

Mas nunca podemos nos esquecer que a Constituição Federal dispôs que o Estado deve sempre facilitar a conversão da união estável em casamento, demonstrando, assim, que, apesar de institutos diferentes, devem ter um tratamento isonômico, porquanto ambos são base de uma entidade familiar.

Seguindo este raciocínio, também estaria impedido um dos conviventes de alterar o regime de bens da união estável unilateralmente, não permitindo, desta forma, que se aplique a teoria da imprevisão aos contratos de convivência, prevalecendo o princípio do *pacta sunt servanda*.

Contudo, a possibilidade de contratação de objetos patrimoniais da união estável é bastante ampla, levando-nos a crer que as situações de conflito também poderão ser da mesma dimensão. E a aplicação da teoria da onerosidade excessiva, que em tese sempre será possível, por se tratar de um contrato de execução continuada, fica adstrita a análise de cada caso em particular.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Num primeiro momento, deve-se entender que o contrato de convivência, por constar de legislação recente, desde 1996 com a edição da Lei nº 9.278, e agora com o Novo Código Civil, ainda possui pouco estudo e pouca aplicação prática, mormente porque antes do advento da Constituição Federal de 1988 era ele próprio considerado como ilícito, já que o entendimento dominante era de que tentava-se com sua celebração fugir das disposições legais, estabelecendo-se verdadeiro "casamento por contrato".

Nesse ponto, vale destacar que houve até pronunciamentos de algumas Corregedorias Gerais de Tribunais, especificamente São Paulo e Rio Grande do Sul, no sentido de impedir qualquer ato oficial pudesse trazer eficácia jurídica a eles.

Assim, após a união estável ser considerada como entidade familiar pela legislação constitucional, possibilitou-se a celebração deste tipo de contrato, porém sem maiores regramentos, porquanto a legislação posterior àquela – Leis nºs 8.972/94 e citada 9.278/96 – era omissa quanto a esse ponto.

Importante, porém, destacar que a Lei nº 9.278/96 previa expressamente em seu artigo 3º o contrato escrito entre os conviventes para regulamentação de seus direitos e deveres, estabelecendo no artigo 4º seu requisito de validade perante terceiros (inscrição no Registro Civil e comunicação ao Registro de Imóveis), sendo esses dispositivos vetados pelo Presidente da República sob a justificativa de que se estaria criando um "casamento em segundo grau", e não apenas regulamentando os efeitos da união estável.

Inobstante os referidos vetos, o regime patrimonial proposto para a união estável, tanto o estabelecido pelo artigo 5º da Lei nº 9.278/96, como pelo Novo Código Civil – artigo 1.725-, permite estipulação em contrário do legalmente previsto por contrato escrito, possibilitando, desta forma, a celebração do contrato de convivência.

Um aspecto de extrema relevância é o fato de que o citado instrumento de contratação não tem o condão de caracterizar a união estável como entidade familiar, já que essa se sujeita aos requisitos do artigo 1.723 do Novo Código Civil, vale dizer, o relacionamento entre homem e mulher, público, contínuo e duradouro, com o objetivo de constituição de família.

Desta maneira, a união estável é condição de eficácia jurídica do contrato de convivência, vale dizer, o contrato celebrado apenas poderá surtir efeitos no caso do preenchimento dos requisitos acima elencados pelos conviventes, mesmo que tenha sido celebrado anteriormente à via em comum.

Aqui encontramos outro aspecto importante, que é a possibilidade da celebração deste tipo contratual em qualquer momento da constância da relação de união estável, seja

antes da decisão dos conviventes em viverem sobre esta forma de entidade familiar, seja durante a convivência. O que realmente importa é que a eficácia jurídica, a produção de efeitos do contrato fica subordinada a real verificação da união estável.

Celebrado o contrato de convivência, tem-se que ele será regido por duas vertentes do Direito Civil: pelos princípios do Direito Contratual e do Direito de Família.

E nesse estudo se procurou verificar como seria a implicação dos princípios da autonomia da vontade e da intangibilidade dos contratos em relação ao contrato de união estável, visto que ele possui alguns requisitos gerais dos atos ou negócios jurídicos, contudo, suas estipulações têm que estar em conformidade com as determinações legais referentes à seara familiar.

Podemos, então, concluir que o contrato de convivência sofre forte limitação no concernente a autonomia da vontade, especialmente se verificarmos pela capacidade dos conviventes de celebrar o contrato.

Com efeito, para tanto é necessário a capacidade de celebrar o casamento, ainda mais porque a Constituição Federal de 1988 prevê a facilitação da conversão da união estável em casamento.

Por outro lado, mesmo aquelas pessoas que não possuem capacidade para casar, poderão celebrar um contrato de convivência. Contudo, neste caso, estarão limitadas quanto ao objeto contratual.

Assim, seja pela capacidade, seja pelo objeto, o princípio da autonomia da vontade fica mitigado quando se fala em contrato de convivência.

Quanto a intangibilidade contratual, e no nosso estudo procuramos nos ater a onerosidade excessiva, verificou-se que, da mesma maneira, poderia este princípio contratual ser mitigado por situações que levassem, em regra, ao enriquecimento ilícito de um dos conviventes, em detrimento do outro.

Contudo, tal alteração contratual encontra óbice na legislação vigente, restando concluído que, nos contratos de convivência, e em relação ao regime de bens, prevalece o princípio do *pacta sunt servanda*, isto é, não admite alteração posterior à sua celebração de maneira unilateral.

Perceba-se que hipóteses de violação de direitos de terceiros foram deixadas de lado, senão o trabalho se tornaria muito extenso.

Somente em relação aos contratantes, poder-se-ia estar diante de situações flagrantemente desiguais, e nesse sentido caberia uma revisão do contrato posteriormente, utilizando-se a nova regulamentação do Novo Código Civil quanto a onerosidade excessiva.

Na verdade, o contrato de convivência, instrumento de pacificação das relações patrimoniais entre os conviventes, é uma forma de minimizar eventuais problemas, mas que deve ser celebrado com o maior rigor possível, ainda mais numa sociedade em que alguns valores têm sofrido grande mudança.

Assim, não se pode apenas interpretar o contrato de convivência somente nos aspectos do Direito de Família, mas sim se utilizando do aparato do Direito Contratual de maneira a equalizar as intenções e ponderar o resultado prático final de suas disposições., contudo, sem se esquecer que os efeitos da união estável, seja patrimonial ou não, sempre será regulado por normas de Direito de Família, de ordem pública.

Destaca-se que por ser um contrato atípico, regulador de uma situação de fato, até se poderia levar à conclusão de que a autonomia da vontade seria plena. Mas não é o que se verifica após esse breve estudo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMADA, NEY DE MELLO. **Direito de Família**. São Paulo: Brasiliense Coleções

ALMEIDA JÚNIOR, JESUALDO EDUARDO DE. **As relações entre cônjuges e Companheiros no Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Temas e Idéias Editora, 2004.

AZEVEDO, ÁLVARO VILLAÇA. **Estatuto da Família de Fato**. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 2001.

_____. **Questões de Direito Civil e o Novo Código – As regras mudam**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004. págs. 526/563.

_____. **Anotações sobre o novo Código Civil**. São Paulo: Revista AASP, n.º 68, ano XXII, dezembro/2002

BARLETTA, FABIANA RODRIGUES. **A Revisão Contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Ed. Saraiva. 2002.

BEVILÁQUA, CLÓVIS. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. vol. II, 2ª edição, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves. 1928.

BITTAR FILHO, CARLOS ALBERTO. **Teoria da imprevisão: sentido atual**. RT 679/18 a 29.

BITTENCOURT, EDGARD DE MOURA. **Concubinato**. 3ª edição. São Paulo: Leud. 1985.

BORGES, NELSON. **A Teoria da Imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil**. São Paulo: Malheiros Editores. 2002.

BORGHI, HÉLIO. **União Estável e Casamento – Aspectos Polêmicos**. 2ª edição. São Paulo. Editora Juarez de Oliveira. 2003.

BRITO, NÁGILA MARIA SALES. **Contrato de Convivência: Uma Decisão Inteligente**. Revista do Ministério Público do Estado da Bahia, RCJ Edições Jurídicas, nº 10. jan/dez 1999. págs. 219/229.

BRUNO, VÂNIA DA CUNHA. **A teoria da imprevisão e o atual direito privado nacional**. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 1994.

CAHALI, FRANCISCO JOSÉ. **Contrato de Convivência na União Estável**". São Paulo: Ed. Saraiva. 2002.

CAHALI, YUSSEF SAID. **Divórcio e Separação**. 9ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2000.

CAVALCANTI, ANA ELIZABETH LAPA WANDERLEY. **Casamento e União Estável – Requisitos e Efeitos Pessoais**". São Paulo: Manole. 2004.

CARLUCCI, NINA VALÉRIA. **Dirigismo contratual: as intervenções do estado e sua implicação sobre o princípio da autonomia da vontade**. Dissertação de mestrado Defendida perante a Universidade Estadual Paulista – UNESP. Faculdade de História. Direito e Serviço Social. Campus de Franca. 1995.

CAVALCANTI, LOURIVAL SILVA. **União Estável**. São Paulo: Ed. Saraiva. 2003.

COELHO, RÔMULO. **Direito de Família**. 2ª edição. São Paulo: Leud. 1992.

COL, HELDER MARTINEZ DAL. **União Estável perante o Novo Código Civil**. RT 818/11.

CZAJKOWSKI, RAINER. **União livre à luz da Lei 8.971/94 e da Lei 9.278/96**. Curitiba: Ed. Juruá. 1996.

DIAS, ADAHYL LOURENÇO. **A Concubina e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva. 1988.

DINIZ, MARIA HELENA. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva. 1999.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva. 2003.

_____. **Dicionário Jurídico**., São Paulo: Ed. Saraiva. 1998.

DONNINI, ROGÉRIO FERRAZ. **A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. 2ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva. 2001.

FACHIN, LUIZ EDSON. **O “aggiornamento” do direito civil brasileiro e a confiança negocial**. in *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar. 1998. págs. 115-149.

FONSECA, ARNOLDO MEDEIROS DA. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 1958.

FRÓES, OSWALDO. **Concubinato: Evolução Histórica e Questões Atuais**. São Paulo: Jurídica Brasileira. 2000.

GAMA, GUILHERME CALMON NOGUEIRA. **O Companheirismo, uma Espécie de Família**., 2ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2001.

GOMES, ORLANDO. **Contratos**. 17ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense. 1997.

_____. **Direito de Família**. 14ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2001.

_____. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2ª edição aumentada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1967.

GONÇALVES, CARLOS ROBERTO. **Direito Civil Brasileiro**. vol. VI – Direito de Família. São Paulo: Ed. Saraiva. 2005.

GOZZO, DÉBORA. **O patrimônio dos conviventes na união estável**. Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais, vol. 04, Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier, Eduardo de Oliveira Leite, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1999.

GUIMARÃES, LUÍS PAULO COTRIM. **Negócio Jurídico sem Outorga do Cônjuge ou Convivente**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2003.

KICH, BRUNO CANÍSIO. **Contrato de Convivência. Concubinato (Unión de Hecho)**. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. Campinas/SP: Agá Juris Editora. 2001.

KLANG, MÁRCIO. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. 2ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1991.

LÔBO, PAULO LUIZ NETTO. **Direito Contratual e Constituição**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. n.º 36, out/dez 2000, págs. 241/245.

MAIA, PAULO CARNEIRO. **Da cláusula rebus sic stantibus**. São Paulo: Ed. Saraiva. 1959.

MARQUES, CLÁUDIA LIMA. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1999

MENEZES, RAFAEL JOSÉ DE. **A importância do direito privado apesar da publicização do direito**. Recife/PE: Revista "Jus et fides" – Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Católica de Pernambuco. v. 1. n. 1. p. 411-431. Dez/2001.

MIRANDA, PONTES DE. **Tratado de Direito de Família**. 1ª edição. Campinas/SP: BookSeller Editora. 2001.

MONTEIRO, WASHINGTON DE BARROS. **Curso de Direito Civil – Direito de Família**., 32ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva. 1995.

_____. **Direito das obrigações**. 28ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva. 1995.

_____. **Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações"**. 2ª Parte. Volume 05. 30ª edição. São Paulo: Saraiva. 1998.

MORAES, RENATO JOSÉ DE. **Cláusula rebus sic stantibus no direito brasileiro**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 1999.

OLIVEIRA, ANÍSIO JOSÉ DE. **A cláusula rebus sic stantibus através dos tempos**. Belo Horizonte: [s.n]. 1968.

OLIVEIRA, EUCLIDES BENEDITO DE. **União Estável. Do Concubinato ao Casamento. Antes e depois do novo Código Civil**. 6ª edição atualizada e ampliada. São Paulo: Método Editora. 2003.

_____. **União Estável, Comentários às Leis n. 8.971/94 e 9.278/96, Direitos e Ações dos Companheiros.** 5ª edição. São Paulo: Ed. Paloma. 2000

OLIVEIRA, JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE e MUNIZ, FRANCISCO JOSÉ FERREIRA. **Curso de Direito de Família.** Curitiba/PR:Juruá Editora. 1998.

OLIVEIRA, JOSÉ SEBASTIÃO. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2002.

PEDROTTI, IRINEU ANTONIO. **Concubinato e União Estável.** 3ª edição atualizada e ampliada. São Paulo: Leud. 1997.

PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA. **Instituições de Direito Civil.** vol.V – Direito e Família. 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

_____. **Instituições de Direito Civil.** vol. III – Fontes das Obrigações. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 1999.

_____. **Instituições de Direito Civil.** volume III. 11. edição. Rio de Janeiro: Forense. 2001

_____. **Instituições de Direito Civil,** vol. I – Introdução ao Direito Civil. Parte Geral de Direito Civil. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 1987.

_____. **Lesão nos Contratos.** 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 1999.

PEREIRA, RODRIGO DA CUNHA. **Comentários ao Novo Código Civil – Da União estável, da Tutela e da Curatela.** vol. XX. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

_____. **Da União Estável. Direito de Família e o Novo Código Civil.** 2ª edição. Belo Horizonte/MG: Del Rey. 2002.

_____. **Concubinato e União Estável.** Belo Horizonte/MG: Del Rey. 1999.

_____, **Concubinato e União Estável.** 7ª edição. Belo Horizonte/MG: Del Rey. 2004.

PESSOA, CLÁUDIA GRIECO TABOSA. **Efeitos Patrimoniais do Concubinato,** São Paulo: Ed. Saraiva. 1997.

RODRIGUES, SÍLVIO. **Direito Civil - dos contratos e das declarações unilaterais de vontade.** vol. 03. 27ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva. 2000.

SAN TIAGO DANTAS. **Evolução Contemporânea do Direito Contratual.** RT 195/544

SANTOS, J. M. CARVALHO DOS. **Código Civil Brasileiro Interpretado.** vol. IV. 4ª edição. São Paulo: Freitas Bastos. 1950.

SANTOS, REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA PAPA DOS. **Cláusula rebus sic stantibus ou teoria da imprevisão: revisão contratual.** Belém/PA: CEJUP. 1989.

SCARPIN, MARCO ANTONIO BANDEIRA. **Concubinato: Uma Visão Alternativa.** Porto Alegre/RS: AJURIS. nov. 1991. vol. 18. n. 53.

SEREJO, LOURIVAL. **Direito Constitucional da Família.** 2ª edição revista e atualizada e acordo com o Novo Código Civil Belo Horizonte/MG: Del Rey. 2004.

SIDOU, J.M. OTHON. **A revisão judicial dos contratos**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 1984.

VELOSO, ZENO. **Código Civil Comentado**. vol. XVII – Direito de Família. Alimentos. Bem de Família. União Estável. Tutela e Curatela – Artigos 1.694 a 1.783. São Paulo: Ed. Atlas. 2003.

VENOSA, SÍLVIO DE SALVO. **Direito Civil**. vol. I. 2ª edição São Paulo: Ed. Atlas. 2002.

_____. **Direito Civil**. vol. II. 3ª edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2003.

_____, **Direito Civil – Direito de Família**. vol. V. São Paulo: Ed. Atlas. 2001.

_____, **Contribuições ao Estudo do Novo Direito Civil**. Organizadores: Frederico A. Paschoal e José Fernando Simão. Campinas/SP: Millennium Editora. 2004, "Capítulo X - Introdução ao Direito Conjugal Patrimonial: Eficácia do Casamento. Direitos e Deveres dos Cônjuges", págs. 267-271

_____. Organizador. **Novo Código Civil – Texto Comparado**. São Paulo: Ed. Atlas. 2002.

WALD, ARNOLDO. **O Novo Direito de Família**. 14ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. Saraiva. 2002

_____. **O contrato no projeto do Código Civil (da evolução dos interesses conflitantes do passado até a parceria do futuro)**. São Paulo: Revista do IASP nº 01, pág. 12.