

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE ESTUDOS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO**

STEPHANIA MACEDO DE VASCONCELOS

**UNIÃO ESTÁVEL SEPTUAGENÁRIA E A EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO
DE ESFORÇO COMUM PARA A PARTILHA DE BENS DURANTE A
CONVIVÊNCIA**

Manaus-AM

2017

STEPHANIA MACEDO DE VASCONCELOS

UNIÃO ESTÁVEL SEPTUAGENÁRIA E A EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ESFORÇO COMUM PARA A PARTILHA DE BENS DURANTE A CONVIVÊNCIA

Monografia apresentada ao Programa de graduação em Direito da Universidade do Estado do Amazonas, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Msc. Cláudia Martins de Moraes Pereira.

Coorientador: Prof. Msc. Denison Melo de Aguiar.

Convidada Esp. Msc. Ana Patrícia Freitas Ventilares.

Ficha Catalográfica

V331u

Vasconcelos, Stephania Macedo de.

União estável septuagenária e a exigência de comprovação de esforço comum para a partilha de bens durante a convivência / Stephania Macedo de Vasconcelos. – Manaus: Universidade do Estado do Amazonas, 2017.

48 f. ; . 30 cm

Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade do Estado do Amazonas, 2017.

Orientador: Prof.^a MSc Claudia de Moraes Martins Pereira

1. Direito de Família. 2.União estável 3.Idoso 4.Partilha de bens I. Pereira, Claudia de Moraes Martins II. Universidade do Estado do Amazonas. III. Título.

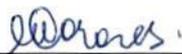
CDU 347.1

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO
TERMO DE APROVAÇÃO**

STEPHANIA MACEDO DE VASCONCELOS

**UNIÃO ESTÁVEL E A EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ESFORÇO
COMUM NA PARTILHA DE BENS DURANTE A CONVIVÊNCIA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Escola Superior de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Amazonas, pela seguinte banca examinadora:



Orientador (a): MSc. Cláudia de Moraes Martins Pereira


Membro 2: MSc. Denison Melo de Aguiar


Membro 3: Esp. Ana Patrícia Freitas Ventilares

Manaus, 15 de Dezembro de 2017.

TERMO DE APROVAÇÃO

Stephania Macedo de Vasconcelos

União Estável septuagenária e a exigência da comprovação de esforço comum para a partilha de bens durante a convivência

Dissertação aprovada pelo Programa de Graduação em Direito da Universidade do Estado do Amazonas, pela Comissão Julgadora abaixo identificada.

Manaus, 15 de dezembro de 2017.

Profª. Msc. Cláudia Martins de Moraes Pereira
Universidade do Estado do Amazonas

Profª. Msc. Denison Melo de Aguiar
Universidade do Estado do Amazonas

Convidada Esp. Msc. Ana Patrícia Freitas Ventilares
Universidade do Estado do Amazonas

DEDICATÓRIA

Para minha mãe Irene Macedo de Vasconcelos, exemplo de garra, determinação e honestidade, aos meus avôs Raimundo Macedo e Dulce Macedo, espelhos de fé e humildade, ao meu tio Paulo Macedo, grande incentivador na vida de seus sobrinhos e dedico este trabalho, principalmente, a minha amada filha Victória Macedo Azambuja, companheira fiel, meu anjo enviado por DEUS, que esteve presente em toda minha caminhada, assistindo aulas, juntamente comigo, e mesmo se sentindo tão cansada me transmitia através de suas doces palavras, conforto e incentivo a prosseguir.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus, onde encontrei forças e sustendo nessa caminhada, a minha família pelos incentivos e aos professores que me ensinaram além de tudo que a força de vontade nos levar a qual quer lugar, basta acreditar e seguir, em especial, Professora Cláudia Martins de Moraes Pereira pelo apoio e compreensão, a Professora Glúcia Maria, grande incentivadora e inspiração, ao Professor Ricardo Tavares por sua humanidade e humildade no tratamento com os alunos.

EPIGRAFE

“O que quer que você possa fazer ou sonhar que pode, comece.

A ousadia contém em si mesma, genialidade, poder e magia.” Goethe

RESUMO

O trabalho tem como objetivo maior explicitar a mudança da jurisprudência relativa à união estável, a saber, de ser indispensável a comprovação do esforço comum após a dissolução da união estável no momento da partilha de bens quando um dos conviventes é idoso. Na situação em tela, base de aprofundamento teórico do nosso trabalho, vale informar que por conta do segredo de justiça as informações mais aprofundadas não foram disponibilizadas, inclusive, o número do processo e divulgação do Acórdão, diz respeito à partilha em união estável iniciada quando o companheiro já contava mais de 60 anos e ainda vigia o Código Civil de 1916 – submetida, portanto, ao regime da separação obrigatória de bens (artigo 258, I). A regra antiga também fixava em mais de 50 anos a idade das mulheres para que o regime de separação fosse adotado obrigatoriamente. O Código Civil atual, de 2002, estabelece o regime de separação de bens para os maiores de 70 anos (artigo 1.641, II). Nesse contexto, como já referido, a indispensabilidade da comprovação do esforço comum na constituição do patrimônio, indica mudança, também, da jurisprudência, portanto, esta entendia com base na presunção legal do esforço comum, prevista na lei que regulamentou a união estável (Lei n. 9.278/96) e, neste caso específico, analisado em nosso trabalho, é afastada a presunção do esforço comum por ser o regime de bens mais adequado, neste contexto, o regime da separação obrigatória tanto no Código Civil de 1916 quanto no Código Civil de 2002.

Palavras-chave: União Estável; jurisprudência, esforço comum, idoso, partilha de bens.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to make explicit the change in the jurisprudence related to stable union, namely that it is indispensable to prove the common effort after the dissolution of the stable union in the moment of the sharing of goods when one of the cohabitants is elderly. In the current situation, which is a theoretical basis for our work, it is worth noting that due to the secrecy of justice, the more detailed information was not made available, including the case number and disclosure of the Judgment, regarding stable The companion was already more than 60 years old and still keeps a watch on the Civil Code of 1916, which is subject to the regime of compulsory separation of property (article 258, I). The old rule also fixed in more than 50 years the age of the women so that the regime of separation would be adopted obligatorily. The current Civil Code, 2002, establishes the regime of separation of assets for people over 70 (article 1.641, II). In this context, as already mentioned, the indispensability of proving the common effort in the constitution of the patrimony, indicates a change, also, in the jurisprudence, therefore, it understood on the basis of the legal presumption of the common effort, foreseen in the law that regulated the stable union 9.278 / 96), and in this specific case analyzed in our work, the presumption of the common effort is excluded because it is the most appropriate regime of property, in this context, the regime of mandatory separation in both the Civil Code of 1916 and the Civil Code of 2002.

Keywords: Stable union; Jurisprudence, common effort, elderly, sharing of assets.

SUMÁRIO

1. UNIÃO ESTÁVEL: CONCEITUAÇÃO, REQUISITOS E DIREITOS E DEVERES DOS CONVIVENTES.....	15
1.1 Histórico e regulamentação: com a Constituição/88 e as leis 8.971/94 e 9.278/96 e o CC/2002.....	19
1.2 Regime de bens e o contrato de convivência	23
2. UNIÃO SEPTUAGENÁRIA E A OBRIGATORIEDADE DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS.....	28
2.1 Regime de bens e o pacto antenupcial.....	28
2.2 Regime da Separação de bens: Convencional e Obrigatória.....	31
2.3 A separação obrigatória nos Códigos Civis de 1916 e 2002 e a ausência da obrigatoriedade para o casamento dos idosos quando o relacionamento é precedido de união estável	32
3. A PRESUNÇÃO DO ESFORÇO COMUM NA UNIÃO ESTÁVEL: ABSOLUTA OU RELATIVA?	35
3.1 A mudança da jurisprudência acerca do regime de bens na união estável.....	37
3.2 A (in)dispensabilidade da comprovação do esforço comum na partilha de bens para os conviventes.	41
CONCLUSÃO.....	46
REFERÊNCIAS.....	48

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar a temática da união estável, de maneira a enfrentar o novo entendimento firmado pela jurisprudência do Superior Tribunal Justiça sobre o regime patrimonial mais adequado, bem como a obrigatoriedade da comprovação de esforço comum na partilha de bens da união septuagenária, abordaremos: requisitos legais para caracterização da união estável e regime da separação de bens convencional e obrigatória.

O método empregado em nossa pesquisa é o dedutivo, a partir da análise de doutrina especializada, jurisprudência firmada sob a temática da união estável.

A temática da obrigatoriedade da comprovação de esforço comum na partilha de bens da união septuagenária, com a mudança da jurisprudência do Superior Tribunal Justiça estabeleceu novos posicionamentos da doutrina especializada, a serem abordados em nosso estudo.

Neste contexto, o presente trabalho tem como finalidade responder questões relevantes a cerca da união estável e os regimes patrimoniais adequados. Enfrentar questões de ordem infraconstitucional sobre os regimes patrimoniais, bem como, a mudança da jurisprudência tanto regime patrimonial, quanto a obrigatoriedade da comprovação do esforço comum na partilha de bens.

O instituto jurídico da união estável como entidade familiar tem sua fundamentação teórica consolidada a partir da Constituição Federal de 1988 no art. 226, § 3º, que ensina que: “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” Neste contexto, sendo dispensável aos conviventes a consumação do casamento como pressuposto legal exclusivo para reconhecimento de uma entidade familiar. Ademais, o parágrafo § 4º do referido artigo leciona: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

No âmbito de regulamentação infraconstitucional da matéria é necessário ressaltar a Lei n. 9.278 de 10 de maio de 1996, que em sua ementa estabelece a regulamentação do art. 226, § 3º CF/1988, a saber, o instituto da união estável, tema do presente trabalho. A referida lei além da regulamentação da matéria, dentre outras alterações, entrou em vigor, revogando parcialmente a redação da Lei n. 8.971/94,

estabelecendo novos critérios e parâmetros para a união estável, substituindo a expressão companheiro por convivente.

Nesse sentido, posteriormente, ainda, no âmbito infraconstitucional de regulamentação da matéria, cuida a Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, Código Civil, que trata em seu livro IV, título III da união estável, nos arts. 1.723 a 1.727.

Na doutrina podemos tomar como referência como conceito de união estável, sendo a união estável a relação afetivo-amorosa entre um homem e de uma mulher, não-adulterina e não-incestuosa, com estabilidade e durabilidade, vivendo sob o mesmo teto ou não, constituindo família sem o vínculo do casamento civil. Assim, com base na regulamentação infraconstitucional, figuram-se como requisitos para sua caracterização uma convivência pública contínua duradoura e com objetivo de constituição de família.

O regime patrimonial para regulamentação da dissolução da união estável está disciplinado no art. 1.725 do CC/2002 que ensina, basicamente, que a união estável, em relação ao patrimônio, se aplicará o regime da comunhão parcial de bens, salvo se houver outra forma contratada pelos conviventes. Nesse contexto, o referido artigo está em sintonia com o art. 5º da Lei 9.278/96, estabelece que: “Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.”

Aplicação do regime patrimonial da comunhão parcial de bens na dissolução da união estável tem entendimento pacífico tanto na jurisprudência como da doutrina a partir dos artigos e normas infraconstitucionais referidas, no entanto, a temática de nosso estudo está baseada na controvérsia existente, outrora, vale ressaltar, de situação específica, a saber, a prevalência do regime da comunhão parcial sobre o regime da separação obrigatória, no contexto, de conviventes que constituíram a união estável quando pelo menos um dos conviventes se encontrava na situação idosa. A controvérsia chegava aos tribunais pelo fato de em situação de idade avançada de um dos conviventes o regime patrimonial aplicável é a separação obrigatória, tanto no Código Civil de 1916, art. 258, I, quanto no Código Civil de 2002, art. 1.641, II.

No Código Civil de 1916, art. 258, I, a separação obrigatória nos casos de 60 (sessenta) anos, sendo homem e, 50 (cinquenta) anos, sendo mulher. No Código Civil

de 2002, no art. 1.641, II, estabelece o regime de separação obrigatória aos maiores de 70 (setenta) anos.

A controvérsia é pertinente porque durante tempo considerável além de ser aplicado o regime da comunhão parcial de bens no que se trata a união estável, existia à época uma tendência da jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça a tornar dispensável, inclusive, a comprovação de esforço comum dos conviventes na constituição do patrimônio, desta feita, tornando extremamente benéfico a um dos conviventes o referido regime patrimonial da comunhão parcial de bens.

Segundo julgado do STJ disponível em seu sítio eletrônico, vale informar que por conta do segredo de justiça da situação em tela, informações mais aprofundadas não foram disponibilizadas, inclusive, o número do processo e divulgação do Acórdão do processo, a decisão da Segunda Seção foi tomada no julgamento de embargos de divergência que contestavam acórdão da Terceira Turma – relativo à meação de bens em união estável de idosos iniciada sob a vigência do Código Civil de 1916 – em face de outro julgado do STJ, este da Quarta Turma. A seção reformou o acórdão da Terceira Turma, que havia considerado que o esforço comum deveria ser presumido.

Segundo o relator do caso, ministro Raul Araújo, a presunção legal do esforço comum, prevista na lei que regulamentou a união estável (Lei 9.278/96), não pode ser aplicada sem que se considere a exceção relacionada à convivência de pessoas idosas, caracterizada pela separação de bens.

O caso analisado diz respeito à partilha em união estável iniciada quando o companheiro já contava mais de 60 anos e ainda vigia o Código Civil de 1916 – submetida, portanto, ao regime da separação obrigatória de bens (artigo 258, I). A regra antiga também fixava em mais de 50 anos a idade das mulheres para que o regime de separação fosse adotado obrigatoriamente. O Código Civil atual, de 2002, estabelece o regime de separação de bens para os maiores de 70 anos (artigo 1.641, II).

Nesse contexto, o trabalho desenvolvido versa sobre a mudança da jurisprudência, a saber, de tornar indispensável à comprovação do esforço comum dos conviventes na situação específica de constituição de união estável em situação idosa e, posteriormente, a dissolução da união estável e partilha de bens sobre o regime da separação obrigatória.

1. UNIÃO ESTÁVEL: CONCEITUAÇÃO, REQUISITOS E DIREITOS E DEVERES DOS CONVIVENTES.

Inicialmente, apresentaremos alguns conceitos de diferentes autores acerca da União Estável. Para GONÇALVES (2012): “A união estável caracteriza-se pela inexistência de formalismo quando de sua constituição, enquanto o instituto do casamento se reveste de solenidades, tais como, habilitação, publicação dos proclamas, registro, entre outras.”

Já para LÔBO (2002):

A união estável um ato-fato jurídico, por não necessitar de qualquer manifestação ou declaração de vontade para que produza seus jurídicos efeitos. Basta sua existência fática para que haja incidência das normas constitucionais e legais cogentes e supletivas convertendo-se e a relação fática em relação jurídica.

Para OLIVEIRA (2002): “A união estável nasce da convivência, simples fato jurídico que evolui para a constituição de ato jurídico, em face dos direitos que brotam dessa relação.”

A união estável, caracteriza-se pela convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família, entre homem e mulher desimpedidos para o casamento (CC, art. 1.723), ressalte-se, que o Supremo Tribunal Federal, proclamou a existência dos mesmos direitos e deveres às uniões heteroafetivos e homofetivas, nas ações ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto¹.

A doutrina define algumas características que, notadamente, variam de um doutrinador a outro. Vejamos alguns requisitos:

a) Objetivo de constituir família

Esse é o requisito mais importante da união estável, o ânimo de criar uma família (*affectio maritalis*). É em vista desse objetivo que a ordem jurídica confere ao relacionamento conjugal informal a proteção merecida pelas famílias.

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 E ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 05/05/2011, DJe 198, 13/10/2011.

O *affectio maritalis* é um termo carregado de certo subjetivismo, visto que a fórmula para se chegar a este entendimento não é tão óbvia, ao ponto que o casal que constitui relações no âmbito social, tais como: recepções, jantares, viagens, etc. Não é suficiente para o atendimento a este requisito.

Nesse sentido, a certo consenso da doutrina de analisar o ânimo de criar uma família (*affectio maritalis*) com pressuposto de caráter subjetivo, inclusive, neste contexto, o contrato de convivência é constituído não apenas para regular questões patrimoniais, também há o objetivo de constituição de família pelos conviventes. Assim, se os conviventes celebraram o contrato de convivência, ou declararam por outro modo (escrito ou oral) a intenção de constituir família, a exibição do instrumento daquele ou prova da declaração criam a presunção da união estável. Mas, se não foi celebrado o contrato de convivência e inexistem outras declarações no sentido da constituição de família, a *affectio maritalis* só pode ser demonstrada por indícios.

O objetivo de constituição de vida em comum, financiamentos de casa, apartamentos, estabelecimento de conta conjunta, ou qualquer outro elemento que se possa atribuir assistência mútua.

b) Notoriedade

Interessante posição de DIAS (2015) que introduz a notoriedade as características de convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família, senão vejamos:

A lei não define nem imprime à união estável contornos precisos, limitando-se a elencar suas características (CC, Art. 1.723): convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família. Preocupa-se em identificar a relação pela presença de elementos de ordem objetiva, ainda que o essencial seja a existência de vínculo de afetividade, ou seja, o desejo de constituir família.

Apesar de a lei ter usado o vocábulo público como um dos requisitos para caracterizar a união estável, não se deve interpretá-lo nos extremos de sua significação semântica. O que a lei exige é notoriedade. Há uma diferença de grau, uma vez que tudo que é público é notório, mas nem tudo que é notório é público. A publicidade denota a notoriedade da relação no meio social frequentado pelos companheiros, objetivando afastar da definição de entidade familiar relações menos compromissadas, nas quais os envolvidos não assumem perante a sociedade a condição de "como se casados fossem".

Ainda que não exigido decurso de lapso temporal mínimo para a caracterização da união estável, a relação não deve ser efêmera, circunstancial, mas sim prolongada no tempo e sem solução de continuidade, residindo, nesse aspecto, a durabilidade e a continuidade do vínculo. A unicidade do enlace afetivo é detectada sopesando-se todos os requisitos

legais de forma conjunta e, ao mesmo tempo, maleável. Principalmente quando a união termina pelo falecimento de um dos conviventes, despreza-se o lapso temporal para o seu reconhecimento, se presentes as demais características legais.

Pelo critério da notoriedade, leciona o art. 1.723 do Código Civil, para que se configure a união estável, que a convivência, além de contínua e duradoura, seja “pública”.

Relacionamentos que abarquem sigilo, segredo, não parecem atender este requisito.

Como visto no tópico anterior, os companheiros apresentam-se à coletividade como se fossem marido e mulher (*more uxorio*). Relações clandestinas, desconhecidas da sociedade, não constituem união estável.

Realmente, como um fato social, a união estável é tão exposta ao público como o casamento, em que os companheiros são conhecidos, no local em que vivem, nos meios sociais, principalmente de sua comunidade, apresentando-se, enfim, como se casados fossem. Diz o povo, em sua linguagem autêntica, que só falta aos companheiros “o papel passado”.

c) Convivência duradoura:

Para professor COELHO (2012) a característica de convivência duradoura é fundamental para a constituição da união estável. Assim entende o autor:

A própria designação do vínculo denota que só se caracteriza a união *estável* quando perdura por tempo considerável. Se os conviventes declaram, inclusive mediante a assinatura de contrato de convivência, ter a intenção de constituir família, mas não conseguem conviver senão por alguns meses, a união estável não se constituiu.

A lei não fixa prazo certo para considerar duradoura a convivência, ficando a questão ao prudente arbítrio do juiz. Poucos meses são insuficientes ao estabelecimento da união estável, assim como muitos anos de convivência fazem pressupor sua configuração. Mas quanto tempo exatamente deve ser adotado para que um casal seja considerado convivente não há como prefixar em termos gerais. Cada relacionamento apresentará suas marcas, a partir das quais o juiz decidirá se o requisito da durabilidade foi atendido. Com esse requisito, a lei quer apenas descartar os vínculos precários do cenário das uniões estáveis.

Tal requisito foi enfatizado no art. 1.723 do Código Civil, ao exigir que a convivência seja pública, contínua e “duradoura”. Malgrado a lei não estabeleça um

prazo determinado de duração para a configuração da entidade familiar, a estabilidade da relação é indispensável.

d) Convivência pública

O professor COELHO (2012) aponta a característica da convivência pública em oposição ao vocábulo “clandestino”, assim a convivência pública dos conviventes é maneira de que estes se apresentam para sociedade, em eventos formais, familiares ou encontros ocasionais com amigos, da maneira de se apresentarem como companheiros e não como namorados, ademais, o autor adverte: “Se preferem esconder da família e das pessoas em geral a convivência informal que nutrem, então ela não é merecedora, pela lei, de proteção.”

Importante o destaque que o requisito da convivência pública ganha relevância quando conjugado com o objetivo de constituir família pelos conviventes.

e) Continuidade

O doutrinador GONÇALVES (2012) menciona que essa característica importante a continuidade, para que a convivência possa ser alçada à categoria de união estável faz-se necessário que, além de pública e duradoura, seja também “contínua”, sem interrupções (CC, art. 1.723). Diferentemente do casamento, em que o vínculo conjugal é formalmente documentado, a união estável é um fato jurídico, uma conduta, um comportamento. A sua solidez é atestada pelo caráter contínuo do relacionamento. A instabilidade causada por constantes rupturas desse relacionamento poderá provocar insegurança a terceiros, nas suas relações jurídicas com os companheiros.

f) Impedimentos do casamento

É relevante considerar o impedimento relacionado às pessoas casadas. O principal elemento para caracterizar o desimpedimento ínsito à união estável é a inexistência de outro vínculo de conjugalidade a unir um dos conviventes, ou os dois, a outras pessoas. Nesse aspecto, a denominada monogamia é importante à constituição, também da união estável, pelas características que esta se constitui.

1.1 Histórico e regulamentação: com a Constituição/88 e as leis 8.971/94 e 9.278/96 e o CC/2002

Para DIAS (2015), no século passado a sociedade enxergava com preconceito as uniões informais entre casais, sendo definidas como aquelas que estavam desamparadas pela lei, fora do manto do casamento, que declaravam à época como concubinato. O concubinato era carregado por desprezo e preconceito sendo facilmente confundido como uma relação adúltera.

O COELHO (2012) descreve que no início do século passado a jurisprudência não reconhecia as uniões informais e, que a companheira dessas uniões informais, chamada de *concubina*, mesmo na relação estável, não tinha qualquer direito nos bens adquiridos pelo companheiro durante a vida em comum, visto que à época, considera-se um desprestígio a família “legítima”. Registre-se que por um longo tempo, no século passado, o matrimônio era indissolúvel no Brasil por não existir o divórcio, aos olhos da sociedade, aqueles laços afetivos e familiares que se constituíam, poderiam levar ao entendimento, por exemplo, de famílias paralelas, visto que à época não se entendia como se entende hoje as várias formas de constituição do ente familiar.

O professor GONÇALVES (2012) exemplifica o desamparo da lei em relação ao concubinato no decorrer do século passado e, cita diversos autores, demonstrando a situação fática com a legislação vigente, senão vejamos:

O autor ensina que o Código Civil de 1916 continha alguns dispositivos, os quais foram mantidos no Código Civil vigente, que faziam restrições a esse modo de convivência, proibindo, por exemplo, doações ou benefícios testamentários do homem casado à concubina, ou a inclusão desta como beneficiária de contrato de seguro de vida.

E mais, observa RODRIGUES (2004):

[...] a única referência à mancebia feita pelo Código Civil revogado, sem total hostilidade a tal situação de fato, tenha sido a do art. 363, I, que permitia ao investigador da paternidade a vitória na demanda se provasse que ao tempo de sua concepção sua mãe estava concubinada com o pretendido pai. Nesse caso, já entendia o legislador que o conceito de concubinato pressupunha a fidelidade da mulher ao seu companheiro e, por isso, presumia, *juris tantum*, que o filho havido por ela tinha sido engendrado pelo concubino.

Entretanto, timidamente, por volta dos anos 1950, segundo COELHO (2012) a jurisprudência começou a ensaiar alguns passos na direção da tutela da concubina. As primeiras formulações não reconheciam propriamente o direito de participar nos bens adquiridos na constância da união, mas um crédito pelos serviços domésticos prestados ao companheiro. O fundamento foi buscado na coibição ao enriquecimento indevido.

O professor RODRIGUES (2004) ensina que com o tempo o julgador brasileiro passou a compreender que a ruptura de longo concubinato, de forma unilateral ou por mútuo consentimento, acabava criando uma situação extremamente injusta para um dos concubinos, porque em alguns casos, os bens amealhados com o esforço comum haviam sido adquiridos somente em nome do ora concubino e outro ficava sem patrimônio.

A doutrina entende que como um marco do novo momento do reconhecimento de alguns direitos, por exemplo, da concubina é edição da súmula 380 do Supremo Tribunal Federal.

O doutrinador NADER (2009) na mesma perspectiva de raciocínio, entende que:

[...] até a vigência do Código Civil de 1916, as relações afetivas extramatrimonialmente eram consideradas concubinato, as quais ficavam praticamente sem proteção legal. Algumas medidas no curso da história do Direito de Família no Brasil foram adotadas para reduzir essa marginalização nesse tipo de relação afetiva, a exemplo da Súmula 380 do STF, editada em abril de 1964, a qual buscou resguardar direitos patrimoniais dos até então concubinos,

Já para RODRIGUES (2004), expressa que:

Essa Corte (STF) cristalizou a orientação jurisprudencial na Súmula 380, nestes termos: “Comprovada a existência da sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Ensina COELHO (2012):

Em 1964, o STF sumulou sobre a questão: “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum” (Sum. 380). Até a introdução do divórcio no direito brasileiro em 1977, a Súmula resolveu grande parte dos conflitos, relacionada à união estável de pessoas que não podiam casar-se porque uma delas (quando não as duas) era desquitada.

Para DIAS (2015), leciona sob a súmula 380 do STF e avança até a ordem constitucional de 1988, senão vejamos:

À época em que as relações extramatrimoniais eram nominadas de concubinato e tratadas como sociedade de fato, o STF editou a Súmula 380. Mesmo depois de a união estável merecer reconhecimento constitucional, a súmula continuou a ser invocada. Somente começou a perder prestígio quando a legislação infraconstitucional (L.9.278/96) considerou os bens adquiridos por um ou ambos os conviventes como fruto do trabalho e da colaboração comum. Por presunção legal, foi imposto o condomínio do patrimônio amealhado durante o período de convívio, passando a pertencer em partes iguais aos conviventes, ensejando partição igualitária. Como o Código Civil também deixou clara a aplicação do regime da comunhão parcial de bens na união estável (CC 1.725), seria imperioso reconhecer que o enunciado restou revogado.

É fundamental que se entenda a expressão “esforço comum”. Vale destacar que GONÇALVES (2012) apresenta que a referida expressão ensejava dúvidas de interpretação na jurisprudência. A divergência surgia porque entendia uma corrente que a concubina só teria direito à participação no patrimônio formado durante a vida em comum se concorrera com seu esforço, trabalhando lado a lado do companheiro na atividade lucrativa. No entanto, decisões havia, por outro lado, entendendo que concorria igualmente para o enriquecimento do concubino a mulher que se atinha aos afazeres domésticos, propiciando-lhe o necessário suporte de tranquilidade e segurança para o desempenho de suas atividades profissionais.

Em 1988, a Constituição Federal dispôs, pela primeira vez, em família constituída pela união estável do homem e da mulher, declarando-a destinatária de proteção do Estado.

Desde então, não haveria mais fundamento para decisões judiciais que discriminassem o convivente, não lhe reconhecendo os mesmos direitos do cônjuge. Mas a visão conservadora do dispositivo constitucional parecia prevalecer em alguns julgados e contribuições doutrinárias.

Em 1994, a Lei n. 8.971 reconheceu aos companheiros o direito aos alimentos e os direitos sucessórios, desde que houvesse convivência de pelo menos cinco anos ou prole comum.

Sob a referida lei, pondera DIAS (2015), a saber:

No entanto, conservava ainda certo ranço preconceituoso, ao reconhecer como união estável a relação entre pessoas solteiras, judicialmente separadas, divorciadas ou viúvas, deixando fora, injustificadamente, os separados de fato. Mas só reconheceu como estáveis as relações existentes há mais de

cinco anos ou das quais houvesse nascido prole. Assegurou ao companheiro sobrevivente o usufruto sobre parte dos bens deixados pelo de cujus. No caso de inexistirem descendentes ou ascendentes, o companheiro (tal como o cônjuge sobrevivente) foi incluído na ordem de vocação hereditária como herdeiro legítimo.

Dois anos depois, outra lei, a Lei de n. 9.278/96 teve maior campo de abrangência. destinada a regular o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, dispôs sobre o assunto. Destacou a referida lei que para o reconhecimento da união estável, não era necessário quantificar um prazo de convivência e admitiu as relações entre pessoas separadas de fato.

Comenta DIAS (2015):

Além de fixar a competência das varas de família para o julgamento dos litígios, reconheceu o direito real de habitação. Gerou a presunção *juris et de jure* de que os bens adquiridos a título oneroso na constância da convivência são fruto do esforço comum, afastando questionamentos sobre a efetiva participação de cada parceiro para a partilha igualitária dos bens.

Nesse sentido, descartou os requisitos do interregno temporal de convivência ou da descendência comum, para definir a união estável a partir do objetivo dos conviventes de constituição de família. Desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a matéria está regulada em seus arts. 1.723 a 1.727.

A referência constante na Carta constitucional a um homem e uma mulher na definição da união estável durante muito tempo serviu de justificativa para negar às uniões de pessoas do mesmo sexo *status* de entidade familiar merecedora da tutela do Estado . Foi necessário que o Supremo Tribunal Federal, proclamasse a existência dos mesmos direitos e deveres às uniões heteroafetivos e homofetivas.²

Por fim, em síntese, a união estável, caracteriza-se pela convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família, entre pessoas desimpedidos para o casamento (CC, art. 1.723). Ressalte-se, que o Supremo Tribunal Federal, proclamou a existência dos mesmos direitos e deveres às uniões heteroafetivos e homofetivas, nas ações ADI 4277 E ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto.

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 E ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 05/05/2011, DJe 198, 13/10/2011.

1.2 Regime de bens e o contrato de convivência

Ainda que a união estável não se confunda com o casamento, gera um quase casamento na identificação de seus efeitos, dispondo de regras patrimoniais praticamente idênticas.

No casamento, os noivos têm a liberdade de escolher o regime de bens (arts. 1.658 a 1.688, CC/2002) por meio de pacto antenupcial. Na união estável, os conviventes têm a faculdade de firmar contrato de convivência (art. 1.725, CC/2002), estipulando o que quiserem. No silêncio das partes, tanto os noivos (art. 1.640, CC/2002) como os conviventes (art. 1.725, CC/2002), a escolha é feita pela lei: incide o regime da comunhão parcial de bens (arts. 1.658 a 1.666, CC/2002).

No regime da comunhão parcial, todos os bens amealhados durante o relacionamento são considerados fruto do trabalho comum. Presume-se que foram adquiridos por colaboração mútua, passando a pertencer a ambos em parte iguais.

Instala-se um estado de condomínio entre o par, que é chamado de mancomunhão.

Adquirido o bem por um, transforma-se em propriedade comum, devendo ser partilhado por metade na hipótese de dissolução do vínculo. Portanto, quem vive em união estável e adquire algum bem, ainda que em nome próprio, não é o seu titular exclusivo. O fato de o patrimônio figurar como de propriedade de um não afasta a cotitularidade do outro. Trata-se de presunção *juris et de jure*, isto é, não admite prova em contrário, ressalvadas as exceções legais de incomunicabilidade (arts. 1.659 e 1.661 do CC/2002): bens recebidos por herança, por doação ou mediante sub-rogação legal. Ao convivente que quiser livrar da divisão determinado bem adquirido durante o período de convívio, cabe a prova de alguma das exceções legais. Em face da presunção de comunicabilidade, incumbe a quem alega comprovar a situação que exclui o patrimônio da partilha.

Ainda que somente um dos conviventes tenha adquirido o bem, instala-se a cotitularidade patrimonial. O direito de propriedade resta fracionado em decorrência do condomínio que exsurge *ex vi legis*. Logo, o titular nominal do domínio não pode aliená-lo, pois se trata de bem comum. É necessária a concordância do companheiro. A constituição da união estável leva à perda da disponibilidade dos bens adquiridos, revelando-se indispensável a expressa manifestação de ambos os proprietários para o

aperfeiçoamento de todo e qualquer ato de disposição do patrimônio comum. A tendência é reconhecer a ineficácia do ato praticado sem a vênua do par, preservando o patrimônio de quem não firmou o compromisso. Portanto, se um dos companheiros praticar sozinho qualquer dos atos elencados como proibidos (art. 1.647, CC/2002) , é de ser resguardada a meação do parceiro .

Independentemente em nome de quem esteja registrado o bem, a meação de cada um dos companheiros responde pelas suas dívidas particulares.

Leciona DIAS (2015), ainda que a união estável gere a copropriedade, não há qualquer determinação obrigando o registro em nome de ambos os conviventes. Assim, escriturado imóvel em nome de somente um deles, o documento público é válido, pois não encerra nenhum vício. Tampouco há quebra da continuidade registral, o que dificulta o encontro de uma justificativa para a anulação do negócio jurídico. A ausência de melhor regulamentação traz incertezas e inseguranças, principalmente a terceiros.

Assim, ensina DIAS (2015), quem adquire o bem não pode ser prejudicado, pois há que se prestigiar tanto a boa-fé do adquirente como a veracidade do registro público. A problemática envolve duas vítimas: o companheiro que não teve o nome inserido no registro e o terceiro que celebrou o negócio, cuja aparência o fez crer tratar-se o vendedor do único proprietário do imóvel. Estabelece-se um conflito entre o direito do terceiro de boa-fé e o direito do companheiro coproprietário que não figura no título de propriedade. Como o sistema jurídico tutela o interesse do terceiro para garantir a segurança do negócio jurídico, é valorizada a publicidade registral. A tendência é reconhecer a higidez do negócio, assegurado ao companheiro direito indenizatório a ser buscado contra o parceiro.

Não reconhecida a existência da união estável, mas comprovada a aquisição de algum bem durante o período em que o vínculo perdurou, dispõe o convivente de direito indenizatório correspondente à metade do seu valor. Basta que a convivência tenha levado ao embaralhamento de patrimônios. Independentemente do nome de quem tenha adquirido o bem, a divisão se impõe, a não ser que fique comprovada eventual sub-rogação ou outra causa de incomunicabilidade patrimonial.

A união e os seus efeitos patrimoniais findam pela cessação da vida em comum. Dispensável a chancela judicial para a sua extinção. Este é o momento em que termina tanto a união como o regime de bens. Adquiridos bens de forma parcelada ou através de financiamento, a fração do bem paga durante o período de vigência da união deve ser

partilhada. O cálculo é feito considerando a percentagem do imóvel quitado durante a vida em comum e não o valor nominal das prestações quitadas.

Presumem-se adquiridos, durante a vida em comum, os bens móveis existentes à época da dissolução da união, salvo prova em sentido contrário (Art. 1.662, CC/2002).

Sob o contrato de convivência, a união estável é a convivência que impõe o regime condominial, em face da presunção de esforço comum à sua constituição. Não importa o fato de os bens estarem registrados apenas no nome de um dos companheiros, para a partilha ocorrer de forma igualitária. No entanto, há a possibilidade de os conviventes, a qualquer tempo (antes, durante, ou mesmo depois de solvida a união), regularem da forma que lhes aprouver as questões patrimoniais, agregando, inclusive, e feito retroativo às deliberações.

A singeleza com que a lei se refere à possibilidade de os conviventes disciplinarem o regime de bens denota a ampla liberdade que têm os companheiros de estipularem tudo o que quiserem. Não só questões de ordem patrimonial, mas também de ordem pessoal.

DIAS (2015) pondera sob a plenitude da liberdade dos conviventes:

A liberdade dos conviventes é plena, e somente em raras hipóteses merece ser tolhida. Cabe figurar um exemplo. Depois de anos de convívio e aquisição de bens, a realização de contrato concedendo todo o patrimônio a um dos companheiros, nada restando ao outro para garantir a própria sobrevivência, não pode subsistir.

Nítidamente, tal ato de liberalidade configura doação, sendo vedado doar todos os bens sem reserva de parte deles, ou de renda suficiente a garantir a subsistência do doador (CC 548). É o que sustenta Rolf Madalena: a renúncia dissimulada por simples contrato escrito de convivência, que afasta a presunção de comunhão parcial, deve ser rejeitada por seu nefasto efeito de enriquecer sem justa causa apenas o companheiro beneficiado pela renúncia do outro e por ser claramente contrária à moral e ao direito, permitindo restrições de ordem material de efeito retroativo.

O contrato de convivência, tal qual o pacto antenupcial, está sujeito a condição suspensiva. Sua eficácia depende da caracterização da união e não da vontade manifestada no contrato. Assim, mesmo firmado o contrato, possível a união ser questionada judicialmente.

Como ocorre com o regime de bens (CC, Art. 1.639 § 2º), o contrato de convivência pode ser modificado a qualquer tempo. Também pode ser revogado na constância da conjugalidade, desde que esta seja a vontade expressa de ambos os companheiros

Mas há uma vantagem: não é necessário o pedido de alteração ser justificado nem chancelado judicialmente.

O contrato de convivência não serve tão só para deliberações de natureza patrimonial. Possível os conviventes preverem a forma de conduzirem suas vidas.

Só não pode haver convenção que contravenha disposição absoluta de lei (CC, art. 1.655). Ou seja, não cabem deliberações sobre direito sucessório (CC, art. 426), ou sobre alimentos (CC, art.1.707).

Entende a doutrina, por exemplo, ser válida cláusula que estabeleça o pagamento de indenização quando do fim do relacionamento. A previsão pode ter por fundamento tanto o simples fato de a separação ser desejada por um dos parceiros quanto a hipótese de decorrer por culpa de um deles.

Como as questões de ordem patrimonial precisam ser regidas de alguma forma, ao que eventualmente não for regulado no contrato de convivência é de ser aplicado subsidiariamente o regime da comunhão parcial, via eleita pelo legislador em caso de omissão dos conviventes. Da mesma maneira, para interpretar a avença, há que se socorrer do regime legal.

Provimento do CNJ Provimento 37/2014³ autoriza o registro das uniões estáveis - quer heterossexuais, quer homoafetivas - no Livro "E" do Registro Civil das Pessoas Naturais.

Cabe o registro das uniões formalizadas por escritura pública como das que foram reconhecidas por decisão judicial, a ser levada a efeito junto ao Cartório do último domicílio dos companheiros (art. 2º, CNJ Provimento 37/2014).

Tanto a constituição como a extinção da união podem ser assim publicizadas. E, mesmo não registrada sua constituição, pode ser anotada sua dissolução (art. 7º, CNJ Provimento 37/2014).

Opina DIAS (2015) a respeito do provimento do CNJ:

Apesar da normatização significar um avanço, a vedação de ser levado a efeito o registro quando um ou ambos os conviventes forem separados de fato (art. 8.º), afronta a própria lei que, forma expressa, reconhece a existência da união mesmo que haja tal impedimento para o casamento (CC 1.723 § 1.º). Porém, como o registro pode ser feito quando o reconhecimento da união estável decorre de sentença judicial - e esta não se sujeita a dita restrição -

3 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento Nº 37 de 07/07/2014: Dispõe sobre o registro de união estável, no Livro "E", por Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais. DJE/CNJ nº 119, de 11/7/2014, p.23-24

pode ocorrer a certificação cartorária mesmo que os companheiros sejam só separados de fato .

Como a lei nada diz, o contrato de convivência pode ser levado a efeito mediante contrato particular. No entanto, injustificadamente o Provimento só admite o registro quando levado a efeito por escritura pública (art. 2.º). Assim, o jeito é levar o contrato a registro no Cartório de Registro de Títulos e Documentos (LRP 127 VII) que torna público o conhecimento do seu conteúdo, mas não tem eficácia erga omnes , no sentido de a união estável ser oponível contra terceiros.

De outro lado, não há previsão de a união ser averbada no registro imobiliário onde se situam os bens do casal. Ao contrário, prevê que o registro produz efeitos patrimoniais entre os companheiros, não prejudicando terceiros (art. 5º, CNJ Provimento 37/2014).

Sob a temática, DIAS (2015) esclarece, senão vejamos:

Esta omissão, às claras, pode prejudicar um dos companheiros, os próprios filhos e terceiras pessoas.

Ora, se é determinado o registro do pacto antenupcial (CC 1.657), cuja averbação se dá no Registro de Imóveis (LRP 167 II 1), imperativo reconhecer que o contrato de convivência , que traz disposições sobre bens imóveis, também deve ser averbado, para gerar efeitos publicísticos.

De qualquer modo, nada impede que a união - registrada ou não no Registro Civil - seja levada à averbação na serventia imobiliária, como determinam alguns regramentos de âmbito estadual. É que a união se trata de circunstância que, de qualquer modo, tem influência no registro ou nas pessoas nele interessadas (LRP 167 II).

Afinal, é preciso preservar a fé pública de que gozam o s registros imobiliários, bem como a boa-fé dos terceiros que precisam saber da existência da união.

Está prevista a possibilidade de sua dissolução por escritura pública, sem qualquer restrição (Art. 5º, CNJ Provimento 37/2014). Já quando se trata de dissolução do casamento, o uso da via extrajudicial depende da inexistência de filhos menores ou incapazes.

Para melhor preservar o interesse da prole e por aplicação analógica ao divórcio extrajudicial (CPC/2015, Art. 733), haveria que se impedir a dissolução da união estável por escritura pública quando existirem filhos menores ou, ao menos, quando os direitos deles não estiverem definidos judicialmente.

2. UNIÃO SEPTUAGENÁRIA E A OBRIGATORIEDADE DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS

No regime da separação absoluta, nenhum dos bens dos cônjuges, anteriores ou posteriores ao casamento, se comunicam (CC, art. 1.687). A administração e a livre disponibilidade desses bens é titulada exclusivamente pelo convivente a quem pertence, que prescinde da anuência do outro para alienar ou onerar bens imóveis, assim como para fazer doações. Não há nenhuma comunicação entre os bens de cada convivente, no regime da separação absoluta. Salvo no tocante às despesas do casal — que, a exemplo do que se verifica nos demais regimes, são custeadas por contribuições proporcionais de cada cônjuge (CC, Art. 1.688), assim, a união estável celebrada nesse regime não produz efeitos patrimoniais.

No caso de interesse do presente estudo, quer seja união estável septuagenária, o regime de bens separação absoluta é obrigatória por disposição do Art. 1.641, II, CC/2002, se pelo menos um dos conviventes tem mais de 70 anos. Neste contexto, a união estável em que pelo menos um dos companheiros tem mais de 70 anos o regime aplicável é o da separação absoluta bens.

2.1 Regime de bens e o pacto antenupcial

Regime de bens é o complexo de normas que disciplinam as relações econômicas entre marido e mulher, durante o casamento.

O regime de bens entre os cônjuges compreende uma das consequências jurídicas do casamento. Ele se faz necessário para se estabelecer as formas de contribuição do marido e da mulher para o lar, a titularidade e a administração dos bens comuns e particulares e em que medida esses bens respondem por obrigações perante terceiros.

VENOSA (2003) diz que a denominação regime de bens não é a melhor, porque mais exato seria referir-se a regimes patrimoniais do casamento. Mesmo assim, essa expressão é consagrada.

O regime de bens constitui a modalidade de sistema jurídico que rege as relações patrimoniais que derivam do casamento. É ele que regula a propriedade e a

administração dos bens trazidos antes do casamento e os adquiridos posteriormente a ele pelos cônjuges.

Como se vê, a existência de um regime de bens é necessária, pois o casamento não subsiste sem ele, e é por isso mesmo que se os cônjuges não se manifestam, a lei supre a vontade dos contraentes, disciplinando o regime patrimonial de seu casamento (art. 1.640 do CC).

Início de vigência do regime de bens - O regime de bens adotado começa a vigorar a partir da data da celebração do matrimônio. Esse é o *dies a quo*. Nenhum regime matrimonial pode ter início em data anterior, não se cogitando se o casamento foi ou não consumado.

É no pacto antenupcial que os consortes escolhem qual o regime de bens que vigorará durante o matrimônio. Se os nubentes não o fizerem ou se o mesmo for nulo ou ineficaz a lei determina que vigore o regime da comunhão parcial de bens, também chamado de regime legal ou supletivo, porque é a lei que supre o silêncio das partes (art. 1.640, caput do CC).

O pacto antenupcial é um contrato solene e condicional. Solene porque será nulo se a forma não for a da escritura pública e condicional porque somente terá eficácia se o casamento se realizar, caducando automaticamente se o matrimônio não se realizar ou se um dos nubentes casar com terceira pessoa (art. 1.653 do CC).

Dessa forma, conclui-se que com exceção do regime da comunhão parcial de bens, a escolha de qualquer outro dependerá de ajuste entre os contraentes no pacto antenupcial.

Quanto a capacidade para a celebração do referido contrato antenupcial exige-se a mesma para o casamento. Assim, se os menores necessitam do consentimento dos pais para casar também necessitarão de sua assistência para a celebração do aludido pacto, pois a autorização para o matrimônio não dispensa a intervenção do representante legal para a celebração do pacto antenupcial, excetuando-se as hipóteses de imposição da lei quanto ao regime obrigatório da separação de bens (art. 1.654 do CC). A lei impõe ainda que a autorização do casamento seja transcrita integralmente no pacto antenupcial (art. 1.537 do CC).

O pacto antenupcial tem natureza contratual e é por esse motivo que a lei permite aos noivos a livre estipulação dos seus bens (art. 1.639 do CC). Essa liberdade, entretanto, está subordinada a princípios de ordem pública, não podendo, os cônjuges

violador dispositivo de lei imperativo conforme dispõe o art. 1.655 do Código Civil. Como exemplo podemos citar que nenhuma estipulação de ordem econômica poderá ter em contrapartida a dispensa dos deveres e direitos derivados do casamento, como o dever de fidelidade, coabitação, mútua assistência, sustento e educação dos filhos e exercício do poder familiar. Isso quer dizer que estipulações de ordem econômica não podem afastar tais deveres, assim como, será inadmissível qualquer pacto que altere a ordem da vocação hereditária, que exclua da sucessão os herdeiros necessários ou que estabeleça pacto sucessório aquisitivo ou renunciativo, com flagrante violação ao disposto no art. 426 do Código, que veda a herança de pessoa viva.

O pacto é acessório, assim se o casamento for declarado nulo ou anulado o pacto antenupcial seguirá o mesmo destino, da mesma forma que será dissolvido pela separação judicial ou divórcio dos consortes. Mas a recíproca não é verdadeira, pois a invalidade do pacto em nada afetará o matrimônio, que seguirá baseado na separação parcial de bens.

Para ter validade contra terceiros, o pacto antenupcial deve ser registrado pelo Oficial de Registro de Imóveis do domicílio dos nubentes em livro especial (art. 1.657 do CC e art. 167, I n. 12 da Lei 6.015/73). Esse registro serve para dar publicidade ao ato e alertar terceiros sobre a possível modificação no domínio do bem imóvel, e assim sendo ninguém poderá alegar ignorância quanto a existência do pacto. Isso porque, sem esse registro o regime escolhido pelos nubentes só valerá entre eles (regime interno) e perante terceiros é como se não existisse o pacto, vigorando o regime da comunhão parcial de bens (regime externo).

Há também em atenção ao disposto no art. 968, I do CC, a recomendação de que o pacto seja arquivado na Junta Comercial competente quando os nubentes forem comerciantes, bem como a averbação junto à matrícula dos bens imóveis, conforme determinação do art. 167, I, nº 12 da Lei nº 6.015/73.

Se os nubentes forem adotar o regime da participação final nos aquestos, poderá ficar convencionado a livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares (art. 1.656 do CC).

Por último, esclarece-se que a lei não fixou prazo para a caducidade do pacto se o casamento demorar a se realizar. A doutrina tem mencionado que se as núpcias demora tempo razoável para acontecer qualquer dos contratantes poderá renunciá-lo,

assim como no próprio instrumento poderá constar um período em que se o casamento não for celebrado dentro dele o mesmo será extinto.

2.2 Regime da Separação de bens: Convencional e Obrigatória

No regime da separação de bens convencional dispõe que cada cônjuge conserva para si a plena propriedade de seus bens, a integral administração e a fruição de seus próprios bens, podendo aliená-los e gravá-los de ônus real livremente, sejam esses bens móveis ou imóveis (art. 1.687 do CC).

Assim, nesse regime o casamento não repercute na esfera patrimonial, pois a incomunicabilidade diz respeito a todos os bens presentes e futuros, frutos e rendimentos dos consortes, dando autonomia a cada um para gerir seu patrimônio particular, formado pelos bens que trouxe para o casamento e os que forem adquiridos durante as núpcias, bem como os que forem a eles sub-rogados e dos que cada um adquirir a qualquer título na constância do matrimônio, conforme o que ficou estipulado no pacto antenupcial.

Formas de separação - Para que esse regime seja adotado pelos cônjuges é necessário que se faça o pacto antenupcial. Mas também pode se tornar obrigatório nos casos em que a lei assim o determina obedecendo ao disposto no art. 1.641 da Lei Civil. Por esse motivo é que esse regime poderá ser legal (obrigatório) ou convencional, pois será legal nos casos em que a lei assim o determinar, e convencional quando for o regime escolhido pelos contraentes.

Se os cônjuges estabelecerem uma separação limitada no pacto antenupcial, envolvendo somente os bens presentes e comunicando os futuros, os frutos e rendimentos não haverá qualquer diferença com o regime da comunhão parcial já estudado.

Contribuição proporcional nas despesas do casal – O art. 1.688 do Código Civil dispõe que os consortes são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, exceto se houver estipulação contrária no pacto antenupcial, que pode estipular, por exemplo, a quota de participação de cada um ou a sua dispensa do encargo, bem como dispor como ocorrerá a administração dos bens.

O princípio da autonomia da vontade baseia-se no fato de que o Código Civil adotou, como regra geral, a liberdade de escolha pelos cônjuges do regime patrimonial

das núpcias (art. 1.639 do CC). Os interessados podem combinar entre si o regime basilar do matrimônio que vão contrair. Para tanto têm a sua disposição os quatro regimes adotados pelo legislador, os únicos obstáculos são as normas de ordem pública.

Como dito acima os nubentes têm autonomia para escolherem livremente o regime de bens do matrimônio. Entretanto, a própria lei impõe em alguns casos um regime obrigatório, que comportam exceções à autonomia que os cônjuges possuem. Esse regime obrigatório é imposto em determinadas condições, que não se deve confundir com o regime legal da comunhão parcial.

Esse regime é o da obrigatoriedade da separação total quando os nubentes casarem com a inobservância das causas suspensivas, quando um ou ambos os cônjuges for maior de sessenta anos ou as pessoas que para casarem dependerem de suprimento judicial (art. 1.641, incisos I a III do CC).

2.3 A separação obrigatória nos Códigos Civis de 1916 e 2002 e a ausência da obrigatoriedade para o casamento dos idosos quando o relacionamento é precedido de união estável

O Código Civil de 1916 impunha o regime da separação obrigatória somente ao homem com mais de 60 anos. Para a mulher, o limite de idade era 50 anos. O Código Civil de 2002 (Art. 1.641, II) estabelece a idade de 70 anos para todas as pessoas, sem distinção de sexo, observando a isonomia constitucional. Assim, basta que apenas um dos consorte supere essa idade, ainda que o outro ainda não a tenha atingido na data da celebração do casamento (união estável) que será aplicável o regime da separação absoluta obrigatória.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu por decisão unânime da Quarta Turma sob a ausência da obrigatoriedade para o casamento de idosos quando o relacionamento é precedido de união estável, segundo notícia publicada no sítio eletrônico do STJ no dia 16 de dezembro de 2016⁴, destacamos trechos a seguir:

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Separação de bens não é obrigatória para idosos quando casamento é precedido de união estável. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Separa%C3%A7%C3%A3o-de-bens-n%C3%A3o-%C3%A9-obrigat%C3%B3ria-para-idosos-quando-casamento-%C3%A9-precedido-de-uni%C3%A3o-est%C3%A1vel> Acesso em: 2 de novembro 2017.

Separação de bens não é obrigatória para idosos quando casamento é precedido de união estável

O regime de separação de bens deixa de ser obrigatório no casamento de idosos se o casal já vivia um relacionamento em união estável, iniciado quando os cônjuges não tinham restrição legal à escolha do regime de bens, segundo decisão unânime da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Nesse caso, de acordo com o entendimento dos ministros, não há necessidade de proteger o idoso de “relacionamentos fugazes por interesse exclusivamente econômico”, interpretação que “melhor compatibiliza” com o sentido da Constituição Federal, segundo o qual a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento.

A decisão colegiada foi tomada no julgamento de processo que envolvia um casal que viveu em união estável por 15 anos, até 1999, quando se casaram pelo regime de comunhão total de bens. Na época do matrimônio, o marido tinha 61 anos e filhos de outro relacionamento.

No referido julgado, informado na notícia omissão do número do processo e os nomes das partes para resguardar o segredo de justiça, após o falecimento do pai, um dos filhos do primeiro relacionamento foi à Justiça para anular o regime de comunhão universal, sob a alegação de que o art. 258 do Código Civil de 1916, vigente à época, obrigava o regime de separação total de bens quando o casamento envolvesse noivo maior de 60 ou noiva maior de 50 anos.

A relatora do caso no STJ, ministra Isabel Gallotti, contextualizou no voto que a restrição do Art. 258 do Código Civil de 1916 também foi incluída no art. 1.641 do CC/2002 para nubentes de ambos os sexos maiores de 60 anos, posteriormente alterada para alcançar apenas os maiores de 70 anos.

Destacamos trecho da notícia de destaca parte do voto da ministra Isabel Gallotti, vejamos:

Como sabido, a intenção do legislador foi proteger o idoso e seus herdeiros necessários dos casamentos realizados por interesse estritamente econômico, disse a ministra, ao ressaltar que, no caso em julgamento, o casal já vivia em união estável por 15 anos, “não havendo que se falar, portanto, na necessidade de proteção do idoso em relação a relacionamentos havidos de última hora por interesse exclusivamente econômico.”⁵

Destaque-se, também, que o voto da ministra relatora do caso que se pronuncia que aceitar os argumentos do recurso acarretaria “incoerência jurídica”, senão vejamos, na íntegra o destaque:

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Separação de bens não é obrigatória para idosos quando casamento é precedido de união estável. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcia/Sepra%C3%A7%C3%A3o-de-bens-n%C3%A3o-%C3%A9-obrigat%C3%B3ria-para-idosos-quando-casamento-%C3%A9-precedido-de-uni%C3%A3o-est%C3%A1vel> Acesso em: 2 de novembro 2017.

Isabel Gallotti destacou ainda que aceitar os argumentos do recurso acarretaria “incoerência jurídica”. Isso porque, durante a união estável, o regime era o de comunhão parcial.

Ao optar pelo casamento, “não faria sentido impor regime mais gravoso”, ou seja, o da separação, “sob pena de estimular a permanência na relação informal e penalizar aqueles que buscassem maior reconhecimento e proteção por parte do Estado, impossibilitando a oficialização do matrimônio”.

A relatora ressaltou que a lei ordinária deve merecer interpretação compatível com a Constituição. “No caso, decidir de modo diverso contrariaria o sentido da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, parágrafo 3º, a qual privilegia, incentiva e, principalmente, facilita a conversão da união estável em casamento”, concluiu.⁶

Por fim, destacamos conforme trechos do julgado que ocasionou mudança da jurisprudência do STJ, verifica-se que o comando constitucional do Art. 226, § 3º, foi preservado conforme análise do caso em comento.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Separação de bens não é obrigatória para idosos quando casamento é precedido de união estável. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Separa%C3%A7%C3%A3o-de-bens-n%C3%A3o-%C3%A9-obrigat%C3%B3ria-para-idosos-quando-casamento-%C3%A9-precedido-de-uni%C3%A3o-est%C3%A1vel> Acesso em: 2 de novembro 2017.

3. A PRESUNÇÃO DO ESFORÇO COMUM NA UNIÃO ESTÁVEL: ABSOLUTA OU RELATIVA?

A discussão sob a presunção do esforço comum na união estável na modalidade absoluta ou relativa é questão posta a enfrentamento pela jurisprudência e pela doutrina desde a entrada em vigor da Lei n. 9.278/96.⁷

Vejam os a posição de GONÇALVES (2012):

art. 5º da Lei n. 9.278/96 estabeleceu a presunção de colaboração dos conviventes na formação do patrimônio durante a vida em comum, invertendo-se o ônus probatório, que competia ao que negava a participação do outro. A presunção de esforço comum não era absoluta, pois, mesmo estando estabelecida em lei, podia ser contestada.

O art. 1.725 do novo Código Civil, embora guarde semelhança com o referido dispositivo, não abre a possibilidade de se provar o contrário para afastar o pretendido direito à meação, pois a união estável, nesse particular, foi integralmente equiparada ao casamento realizado no regime da comunhão parcial de bens. Dispõe, com efeito, o mencionado dispositivo: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

É claro e ponderado o posicionamento de GONÇALVES (2012) no trecho transcrito. Acredita o doutrinador que com a introdução da Lei n. 9.278/96 a presunção do esforço comum na união estável passou a ser relativa e, então, só com a edição do Código Civil de 2002 passou a presunção do esforço comum a ser absoluta visto que a união estável foi integralmente equiparada ao casamento.

De maneira uníssona transcrevemos lição de GONÇALVES (2012):

Obtempera RODRIGO DA CUNHA PEREIRA que “são semelhantes o artigo 1.725 do novo Código Civil brasileiro e o artigo 5º da Lei n. 9.278/96, mas não são idênticos. A diferença e inovação do disposto no novo Código Civil brasileiro é que ele não usa mais a expressão ‘presunção’ e, portanto, não deixa tão aberta a possibilidade de se provar o contrário como deixava o referido artigo 5º. Ele designa expressamente para a união estável o regime da comunhão parcial de bens, como, aliás, já se deduzia antes. A diferença trazida pela redação do novo Código Civil brasileiro é que ficaram igualizadas, sem nenhuma distinção, as regras patrimoniais da união estável e as do casamento. Com isso, acabou mais essa diferença entre os dois institutos. Se antes havia alguma brecha para demonstrar que não houve esforço comum, com o novo Código Civil brasileiro isto ficou mais difícil, a não ser que as partes estabeleçam uma convenção válida em cartório, como autoriza o próprio artigo 1.725”

⁷ BRASIL, Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. In. Diário Oficial da União, 13 de maio de 1996.

Por outro lado, DIAS (2015) impõe posição divergente, senão vejamos:

Somente começou a perder prestígio (Súmula 380 do STF) quando a legislação infraconstitucional (L 9.278/96) considerou os bens adquiridos por um ou ambos os conviventes como fruto do trabalho e da colaboração comum. Por presunção legal, foi imposto o condomínio do patrimônio amealhado durante o período de convívio, passando a pertencer em partes iguais aos conviventes, ensejando partição igualitária. Como o Código Civil também deixou clara a aplicação do regime da comunhão parcial de bens na união estável (CC 1.725), seria imperioso reconhecer que o enunciado restou revogado.

Assim, a citada autora diverge de ambos os doutrinadores referidos visto que entende que já na edição da Lei n. 9.278/96 a presunção do esforço comum na união estável passou a ser absoluta e, que o Código Civil vigente manteve este entendimento. A doutrinadora, inclusive, entende que Súmula 380 do STF estaria revogada.

CARVALHO NETO (2007), inicialmente, esclarece o entendimento que regime jurídico anterior ao CC/2002, a presunção do esforço comum na união estável passou a ser absoluta, senão vejamos:

[...] Ressalte-se, por fim, que, reconhecendo direitos sucessórios aos companheiros, as Leis 8.971/1994 e 9.278/1996 em nenhum momento exigiram esforço comum para que herdassem. Ou seja, assim como ao cônjuge, o direito sucessório foi reconhecido ao companheiro independentemente de ter ele participado efetivamente na aquisição do patrimônio, ao contrário do que ocorria com a meação.

Ressalte-se que, basicamente a doutrina estabelece divergências em relação a presunção ao esforço no regime jurídico anterior ao CC/2002, a saber das edições das Leis n. 8.971/1994 e 9.278/1996. Notadamente, tal divergência cessa com a edição do CC/2002 cuja presunção do esforço comum é absoluta, fato é que a participação do convivente sobrevivo a sucessão o requisito salutar não é a presunção relativa ou absoluta do esforço comum, mas sim a caracterização da união estável, conforme transcrevemos a lição de CARVALHO NETO (2007):

Antes, contudo, deve-se observar que, para se falar em direito sucessório, é necessário estar caracterizada a união estável. Não estando configurada a relação estável, ou havendo impedimentos matrimoniais, ou seja, tratando-se de mero concubinato, nos termos do art. 1.727, não pode falar em direito sucessório a este título.

Por fim, entendemos que está substancialmente demonstrada a divergência da doutrina sob a presunção do esforço comum, mas a doutrina que atualmente se coloca em posição majoritária é que entende que a presunção absoluta do esforço comum na união estável a partir da edição das Leis n. 8.971/1994 e 9.278/1996 e visto a aplicação do regime de comunhão parcial a união estável conforme leciona o Art. 1.725 do CC/2002.

3.1 A mudança da jurisprudência acerca do regime de bens na união estável.

Temática de grande enfrentamento da doutrina foi o tratamento diferenciado dado ao companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite no Código Civil de 2002 em relação ao direito sucessório,

Vejamos o que dispõe o Art. 1790 do CC/2002:

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

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

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

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

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.⁸

Em relação ao cônjuge supérstite, vejamos o que dispõe o art. 1829 do CC/2002:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.⁹

Na lição de LEITE (2008), com advento do Código Civil de 2002, a sucessão decorrente da união estável passou a ser tratada em único artigo, 1.790, que tem sido

⁸ BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In. Diário Oficial da União, 11 de janeiro de 2002.

⁹ BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In. Diário Oficial da União, 11 de janeiro de 2002.

duramente criticado pela doutrina. Nas palavras do doutrinador: “[...] por ser fruto de técnica legislativa defeituosa e por ter rompido com a evolução legal acerca da matéria, ao estabelecer um regime sucessório completamente distinto daquele que vigora em sede de casamento.”

Ainda o referido autor:

Ainda, deixa de reconhecer a condição de herdeiro do companheiro supérstite, estabelecendo, singelamente, no *caput* do dispositivo em comento (Art. 1.790 do CC/2002), que “ a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro”. Ora, quem participada sucessão do outro é herdeiro, por isso mesmo, apesar de titubeante disposição legal, a doutrina pátria, majoritariamente, reconhece a qualidade de herdeiro em relação ao companheiro sobrevivido.¹⁰

Opinião contundente reproduz LEITE (2008), senão vejamos:

A impressão que o dispositivo transmite é de que o legislador teve reboços em classificar a companheira ou companheiro como herdeiros, procurando evitar percalços e críticas sociais, não os colocando definitivamente na disciplina da ordem de vocação hereditária. Desse modo, afirma eufemisticamente que o consorte da união estável ‘participará’ da sucessão, como se pudesse haver um meio-termo entre herdeiro e mero ‘participante’ da herança. Que figura híbrida seria essa senão a de herdeiro!

No mesmo sentido, PALERMO (2007):

O legislador deveria ter arrolado o convivente como herdeiro necessário, equiparado ao cônjuge, figurando no dispositivo do art.1.845 do Código Civil, além, é claro, de situá-lo, também na ordem da vocação hereditária do art. 1.829, em equiparação com o cônjuge, quando então seria respeitado o mandamento constitucional.

CARVALHO NETO (2007) destaca confusão entre a meação e a sucessão feita pelo legislador no Art. 1.790/ CC 2002, senão vejamos:

Em primeiro lugar, limita o Art. 1790 a sucessão aos bens adquiridos na vigência da união estável. Esse fato mostra a confusão que o legislador fez entre sucessão e meação. Veja-se o absurdo desta regra: não tendo o *de cuius* deixado nenhum outro herdeiro sucessível, o companheiro recolherá todos os bens adquiridos na constância da união a título oneroso, e os demais bens serão considerados vacantes, passando ao domínio da Fazenda Pública municipal.

¹⁰ LEITE, Glauber Salomão. Sucessão do cônjuge sobrevivente (Concorrência com Parentes do Falecido). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 80.

PALERMO (2007) apresenta análise do Art. 1.790 do CC/2002 e verifica discrepância da situação do convivente em relação ao cônjuge, assim destacamos:

- a) O convivente concorre somente nos aquestos, isto é, os bens adquiridos de forma onerosa durante a vigência da união estável, enquanto o cônjuge, quando concorre, participa de toda herança;
- b) O convivente tem participação diminuída à metade na concorrência com os descendentes exclusivos do autor da herança, enquanto o cônjuge recebe quinhão igual “ao dos que sucederem por cabeça” (Art. 1.832 do CC/2002);
- c) Também, não foi previsto o direito real de habitação sobre o imóvel para o convivente sobrevivente no CC/2002, embora seja para o cônjuge;
- d) O convivente não tem garantia da quarta parte da herança, como ocorre para o cônjuge, na concorrência com os filhos comuns (Art. 1.832 do CC/2002). Por outro lado, mesmo o convivente sendo meeiro, concorrerá com os descendentes do falecido nos bens comuns, o que não ocorre com o cônjuge;
- e) O convivente concorre com os colaterais até quarto grau (art. 1.790. III, do CC/2002).

COELHO (2012) esclarece outras distinções trazidas pelo CC/2002, senão vejamos:

Pois bem, diz o indigitado preceito que o companheiro terá quota equivalente à metade da cabível aos filhos exclusivos do falecido, se eles participarem do concurso (CC, art. 1.790, II); e terá direito a um terço da herança, quando concorrer com outros parentes sucessíveis, incluindo os colaterais (art. 1.790, III). Nota-se a diferença em relação ao cônjuge — herdeiro necessário —, que concorre com os descendentes sem nenhuma redução de quotas quando não são seus filhos. No caso de concorrer com um só ascendente, o cônjuge terá direito à metade dos bens, e não a um terço. E, acima de tudo, o cônjuge nunca concorre com outros parentes sucessíveis, como os colaterais, porque é sucessor com melhor vocação (CC, art. 1.829, I a III).

Exemplificando. Imagine que o falecido deixou bens no valor de \$ 120 em sua herança. Não tinha descendentes, nem ascendentes vivos, mas tinha um irmão. Se esse falecido era casado, a esposa sobrevivente herda a totalidade dos bens (\$ 120); se, contudo, mantinha relação estável, a companheira terá direito a apenas um terço deles (\$ 40), ficando o restante para o irmão (\$ 80).

E conclui o referido autor:

O tratamento discriminatório liberado pelo art. 1.790, II e III, do CC fulmina a constitucionalidade e validade dos preceitos. Por afrontar a Constituição Federal, tanto na garantia do direito de herança (art. 5º, XXX), como na

proteção da união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º), esses dispositivos do Código Civil são inconstitucionais.¹¹

De modo a compatibilizar a norma constitucional com CC/2002 em relação ao convivente sobrevivido, o STF decidiu no julgamento dos Recursos Extraordinários (REs) 646721 e 878694, ambos com repercussão geral reconhecida, a inconstitucionalidade o art. 1.790 do CC/2002, que estabelece diferenças entre a participação do companheiro e do cônjuge na sucessão dos bens. Segundo notícia publicada no sítio eletrônico do STF no dia 10 de maio de 2017¹², destacamos trechos a seguir:

Julgamento afasta diferença entre cônjuge e companheiro para fim sucessório

O Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu julgamento que discute a equiparação entre cônjuge e companheiro para fins de sucessão, inclusive em uniões homoafetivas. A decisão foi proferida no julgamento dos Recursos Extraordinários (REs) 646721 e 878694, ambos com repercussão geral reconhecida. No julgamento realizado nesta quarta-feira (10), os ministros declararam inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil, que estabelece diferenças entre a participação do companheiro e do cônjuge na sucessão dos bens.

O RE 878694 trata de união de casal heteroafetivo e o RE 646721 aborda sucessão em uma relação homoafetiva. A conclusão do Tribunal foi de que não existe elemento de discriminação que justifique o tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro estabelecido pelo Código Civil, estendendo esses efeitos independentemente de orientação sexual.

No julgamento de hoje, prevaleceu o voto do ministro Luís Roberto Barroso, relator do RE 878694, que também proferiu o primeiro voto divergente no RE 646721, relatado pelo ministro Marco Aurélio.

Barroso sustentou que o STF já equiparou as uniões homoafetivas às uniões “convencionais”, o que implica utilizar os argumentos semelhantes em ambos. Após a Constituição de 1988, argumentou, foram editadas duas normas, a Lei 8.971/1994 e a Lei 9.278/1996, que equipararam os regimes jurídicos sucessórios do casamento e da união estável.

O Código Civil entrou em vigor em 2003, alterando o quadro. Isso porque, segundo o ministro, o código foi fruto de um debate realizado nos anos 1970 e 1980, anterior a várias questões que se colocaram na sociedade posteriormente. “Portanto, o Código Civil é de 2002, mas ele chegou atrasado relativamente às questões de família”, afirma.

“Quando o Código Civil desequiparou o casamento e as uniões estáveis, promoveu um retrocesso e promoveu uma hierarquização entre as famílias que a Constituição não admite”, completou. O artigo 1.790 do Código Civil pode ser considerado inconstitucional porque viola princípios como a

¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, família e sucessões, volume 5. volume 5. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 282.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

Julgamento afasta diferença entre cônjuge e companheiro para fim sucessório. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342982> > Acesso em: 2 de novembro 2017.

igualdade, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e a vedação ao retrocesso.

No caso do RE 646721, o relator, ministro Marco Aurélio, ficou vencido ao negar provimento ao recurso. Segundo seu entendimento, a Constituição Federal reconhece a união estável e o casamento como situações de união familiar, mas não abre espaço para a equiparação entre ambos, sob pena de violar a vontade dos envolvidos, e assim, o direito à liberdade de optar pelo regime de união. Seu voto foi seguido pelo ministro Ricardo Lewandowski.

Já na continuação do julgamento do RE 878694, o ministro Marco Aurélio apresentou voto-vista acompanhando a divergência aberta pelo ministro Dias Toffoli na sessão do último dia 30 março. Na ocasião, Toffoli negou provimento ao RE ao entender que o legislador não extrapolou os limites constitucionais ao incluir o companheiro na repartição da herança em situação diferenciada, e tampouco vê na medida um retrocesso em termos de proteção social. O ministro Lewandowski também votou nesse sentido na sessão de hoje.

Para fim de repercussão geral, foi aprovada a seguinte tese, válida para ambos os processos:

“No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1829 do Código Civil.”¹³

Neste contexto, toda a sistematização da participação do convivente sobrevivente imposto pelo Art. 1.790 do CC/2002 foi declarada inconstitucional, assim, em termos sucessórios aplica-se o mesmo regramento do cônjuge supérstite estabelecido no Art. 1.829 do CC/2002.

3. 2 A (in)dispensabilidade da comprovação do esforço comum na partilha de bens para os conviventes.

No caso de uma união estável que chega ao fim e que estava sob o regime de separação obrigatória de bens, a divisão daquilo que foi adquirido durante o relacionamento depende de a pessoa provar que as duas partes do casal contribuíram para obter o patrimônio. A tese foi firmada pela 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos embargos de divergência em REsp n. 1171820/PR¹⁴.

Segundo o relator do caso, ministro Raul Araújo, a presunção legal do esforço comum, prevista na Lei n. 9.278/96, que regulamentou a união estável, não pode ser

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

Julgamento afasta diferença entre cônjuge e companheiro para fim sucessório. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342982> > Acesso em: 2 de novembro 2017.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1171820/PR. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200911308&dt_publicacao=21/09/2015> Acesso em: 3 de novembro 2017.

aplicada sem que se considere a exceção relacionada à convivência de pessoas idosas, caracterizada pela separação de bens.

O caso analisado diz respeito à partilha em união estável iniciada quando o companheiro já tinha mais de 60 anos e ainda sob o Código Civil de 1916 — submetida, portanto, ao regime da separação obrigatória de bens. A regra antiga também fixava em mais de 50 anos a idade das mulheres para que o regime de separação fosse adotado obrigatoriamente. O Código Civil atual, de 2002, estabelece o regime de separação de bens para os maiores de 70 anos.

A decisão da 2ª Seção foi tomada no julgamento de embargos de divergência que contestavam acórdão da 3ª Turma — relativo à meação de bens em união estável de idosos iniciada sob o CC/16 — em face de outro julgado no STJ, este pela 4ª Turma. A seção reformou o acórdão da 3ª Turma, que havia considerado que o esforço comum deveria ser presumido.

Sobre a Súmula 377¹⁵ do STF, ao analisar a questão, o ministro Raul Araújo afirmou que o entendimento segundo o qual a comunhão dos bens adquiridos durante a união pode ocorrer, desde que comprovado o esforço comum, está em sintonia com o sistema legal de regime de bens do casamento, confirmado no Código Civil de 2002. Essa posição prestigia a eficácia do regime de separação legal de bens, declarou o relator.

O ministro observou que cabe ao interessado comprovar que teve efetiva e relevante participação (ainda que não financeira) no esforço para aquisição onerosa de determinado bem a ser partilhado no fim da união (prova positiva).

A Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal dispõe: “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento”.¹⁶ Segundo o ministro Raul Araújo, a súmula tem levado a jurisprudência a considerar que pertencem a ambos os cônjuges — metade a cada um — os bens adquiridos durante a união com o produto do trabalho e da economia de ambos.

Assim, a Súmula 377/STF, isoladamente, não confere ao companheiro o direito à meação dos bens adquiridos durante o período de união estável sem que seja demonstrado o esforço comum, explicou o relator.

15 Súmula 377 do STF: no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

16 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 377. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=377.NUME.%20NAO%20S.FLS V.&base=baseSumulas>> Acesso em: 3 de novembro 2017.

Sobre a ineficácia do regime da separação obrigatória de bens para o ministro, a ideia de que o esforço comum deva ser sempre presumido (por ser a regra da lei da união estável) conduziria à ineficácia do regime da separação obrigatória (ou legal) de bens, pois, para afastar a presunção, o interessado precisaria fazer prova negativa, comprovar que o ex-companheiro em nada contribuiu para a aquisição onerosa de determinado bem, embora ele tenha sido adquirido na constância da união. Tornaria, portanto, praticamente impossível a separação do patrimônio.

Em suma, concluiu ministro Raul Araújo:

[...] sob o regime do Código Civil de 1916, na união estável de pessoas com mais de 50 anos (se mulher) ou 60 anos (se homem), à semelhança do que ocorre com o casamento, também é obrigatória a adoção do regime de separação de bens”. Ele citou o precedente da 4ª Turma, para o qual não seria razoável que, a pretexto de regular a união de pessoas não casadas, o ordenamento jurídico estabelecesse mais direitos aos conviventes em união estável do que aos cônjuges.¹⁷

Acompanharam o relator os ministros Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro. Votou de forma divergente o ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

A respeito, a Corte Cidadão vem reconhecendo que a união estável de pessoa maior de setenta anos (Art. 1.641, II, do CC/02), mesmo sendo imposto o regime da separação obrigatória e possível a partilha de bens adquiridos na constância da relação, desde que comprovado o esforço comum, senão vejamos:

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 675.912 - SC (2015/0058672-2) RELATOR : MINISTRO MOURA RIBEIRO AGRAVANTE : MARIA IVETE BLANCKENBURG ADVOGADO : PAULO ROBERTO VIERO Agravado : LUIZ SCHWALB FILHO - ESPÓLIO REPR. POR : MARIZA SCHWALB ROSA - INVENTARIANTE Agravado : MAURO SCHWALB Agravado : LEDA TERESINHA SCHWALB Agravado : MARIZA SCHWALB ROSA Agravado : LUIZ VERGILIO SCHWALB ADVOGADO : MOACIR ANTÔNIO LOPES ERN E OUTRO(S) EMENTA CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA. BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA CONVIVÊNCIA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO ESFORÇO COMUM. PRECEDENTE. ALTERAR A CONCLUSÃO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA DE QUE NÃO HOUVE A DEMONSTRAÇÃO DO ESFORÇO COMUM NA AQUISIÇÃO DO

17 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, EREsp 1171820/PR. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteireteor/?num_registro=201200911308&dt_publicacao=21/09/2015> Acesso em: 3 de novembro 2016.

PATRIMÔNIO. REEXAME DE PROVAS. NECESSIDADE. INCIDE A SÚMULA Nº 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A Terceira Turma do STJ, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.403.419/MG, julgado aos 11/11/014, da relatoria do Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, firmou o entendimento de que a Súmula nº 377 do STF, isoladamente, não confere ao companheiro o direito de meação aos frutos produzidos durante o período de união estável independentemente da demonstração do esforço comum. 2. Alterar a conclusão do Tribunal a quo de que não houve a comprovação do esforço comum na aquisição ou manutenção do patrimônio do ex-companheiro falecido demanda o reexame do conjunto fático-probatório do autos, o que não é possível de ser feito em recurso especial, a teor da Súmula nº 7 do STJ. 3. Agravo regimental não provido.¹⁸

No mesmo sentido, o Recurso Especial Nº 1.403.419 – MG¹⁹, firmou entendimento em Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável sendo possível partilha de bens de companheiro sexagenário. Com seguinte destaque que, seria obrigatório o regime de separação legal de bens na união estável quando um dos companheiros, no início da relação, conta com mais de sessenta anos, à luz da redação originária do art. 1.641, II, do Código Civil, a fim de realizar a isonomia no sistema, evitando-se prestigiar a união estável no lugar do casamento.

Ademais, no regime de separação obrigatória, apenas se comunicam os bens adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum, sob pena de se desvirtuar a opção legislativa, imposta por motivo de ordem pública. Por fim, devidamente comprovado o esforço da autora na construção e realização de benfeitorias no terreno de propriedade exclusiva do recorrente, impondo-se a partilha de bens.

Segundo o Recurso Especial Nº 1.369.860 - PR ²⁰, em Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável com partilha de bens, declarou a impossibilidade de se prestigiar a união estável em detrimento do casamento, havendo necessidade de prova do esforço comum.

Aponta que de acordo com o art. 1.641, inciso II, do Código Civil, com a redação anterior à dada pela Lei 12.344/2010 (que elevou essa idade para setenta anos, se homem), ao nubente ou companheiro sexagenário, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. Neste contexto, ausente a prova do esforço comum para a aquisição do bem, deve ele ser excluído da partilha.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AResp 675912/SC, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 02/06/2015, DJe 11/06/2015.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1403419/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 11/11/2014, DJe 14/11/2014.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1369860/PR Rel. Ministro Sidnei Beneti, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 19/08/2014, DJe 04/09/2014.

Por fim, o Recurso Especial Nº 646.259 - RS ²¹, destaca que por força do art. 258, § único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou mulher maior de cinquenta. Concluindo que apenas os bens adquiridos na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum, devem ser amealhados pela companheira, nos termos da Súmula n.º 377 do STF.

Assim, a jurisprudência estabelecida do STJ entende que mesmo na união estável constituída no regime de separação obrigatória é possível a partilha de bens adquiridos na constância da relação, desde que comprovado o esforço comum.

No entanto, da leitura do contido na citada súmula, não existe essa obrigatoriedade, o que vem causando, como demonstrado, conflito entre a doutrina e a jurisprudência.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 646259/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22/06/2010, DJe 24/08/2010.

CONCLUSÃO

A união estável tem proteção constitucional equiparada ao casamento, no entanto, o presente estudo ao tratar da evolução histórica daquele instituto, constatou que durante muito tempo esta união foi tratada de forma clandestina tanto pela legislação como pela jurisprudência.

Só a partir da edição das Súmulas 377 e 380 do STF que houve um parâmetro para resolução litígios, notadamente que envolviam direito sucessórios da concubina que, no primeiro momento foi indenizada como pelos trabalhos domésticos prestados e depois com maior relevância sucessória a partir da possibilidade de comprovação do esforço comum, inicialmente, sob a égide do Código Civil de 1916, que até mesmo em relação ao cônjuge supérstite pouco garantia a título de herança.

Ainda sob a vigência do CC/16 foram editadas legislações infraconstitucionais, a saber, Leis n. 8.971/1994 e 9.278/1996, que estabeleceram parâmetros aos companheiros sob alimentos, direito real de moradia e direitos sucessórios, naquele momento, com grande avanço a norma esculpida pelo Art. 226, § 3º da CF/1988, cuja nova ordem constitucional equiparou ao casamento.

Neste contexto, em específico, a doutrina da época apresentava divergências sob a presunção relativa ou absoluta do esforço comum estabelecido pela legislação infraconstitucional no âmbito da vigência da união estável.

Com edição do Código Civil de 2002 a questão presunção do esforço comum foi finalmente estabelecida como absoluta em relação à união estável, no entanto, o referido Código tratou de forma discriminatória o convivente sobrevivente em termo de sucessão com regramento de apenas participação da herança do *de cuius* conforme Art. 1790 do referido código.

Tal normatização do CC/2002 em relação ao convivente sobrevivente teve profundas críticas pela doutrina entendendo o possível retrocesso do legislador a temática. Até que a STF declarou a inconstitucionalidade do Art. 1790 do CC/2002, devendo ser aplicadas as mesmas regras do cônjuge supérstite.

Em relação ao regime de separação obrigatória com no mínimo um dos conviventes era idoso à época da constituição da união estável, teve entendimentos conflitantes, mas a jurisprudência estabelecida recentemente pelo STJ é de que é possível a partilha desde que comprovado o esforço comum. Desta feita,

principalmente, em harmonia a dignidade da pessoa humana em relação ao idoso tanto defendido pela doutrina.

Por fim, a pesquisa desenvolvida apresenta o regime patrimonial adequado à união estável septuagenária a partir da jurisprudência hoje firmada pelo STJ que declarou a impossibilidade de se prestigiar a união estável em detrimento do casamento, no caso como regra o regime de bens da separação obrigatória definido no Código Civil, havendo necessidade de prova do esforço comum na partilha de bens.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. In. Diário Oficial da União, 05 de janeiro de 1916.

BRASIL, Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. In. Diário Oficial da União, 30 de dezembro de 1994.

BRASIL, Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. In. Diário Oficial da União, 13 de maio de 1996.

BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In. Diário Oficial da União, 11 de janeiro de 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 646259/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22/06/2010, DJe 24/08/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 E ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 05/05/2011, DJe 198, 13/10/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1369860/PR Rel. Ministro Sidnei Beneti, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 19/08/2014, DJe 04/09/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1403419/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 11/11/2014, DJe 14/11/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AResp 675912/SC, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 02/06/2015, DJe 11/06/2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento N° 37 de 07/07/2014: Dispõe sobre o registro de união estável, no Livro "E", por Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais. DJE/CNJ n° 119, de 11/7/2014, p.23-24

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Separação de bens não é obrigatória para idosos quando casamento é precedido de união estável. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Separa%C3%A7%C3%A3o-de-bens-n%C3%A3o-%C3%A9-obrigat%C3%B3ria-para-idosos-quando-casamento-%C3%A9-precedido-de-uni%C3%A3o-est%C3%A1vel> Acesso em: 2 de novembro 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal.
Julgamento afasta diferença entre cônjuge e companheiro para fim sucessório. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342982>> Acesso em: 2 de novembro 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1171820/PR. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200911308&dt_publicacao=21/09/2015> Acesso em: 3 de novembro 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n° 377. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=377.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>> Acesso em: 3 de novembro 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, EREsp 1171820/PR. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200911308&dt_publicacao=21/09/2015> Acesso em: 3 de novembro 2016.

CARVALHO NETO, Inacio de. Direito Sucessório do cônjuge e do companheiro. São Paulo: Método, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, família e sucessões, volume 5. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEITE, Glauber Salomão. Sucessão do cônjuge sobrevivente (Concorrência com Parentes do Falecido). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Dei Rey, 2002.

NADER, Paulo. Curso de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5.

OLIVEIRA, Euclides de. Impedimentos matrimoniais na união estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) .Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. O cônjuge e o convivente no direito de sucessões: modificações introduzidas pelo Código Civil de 2002/ Carlos Eduardo de Castro Palermo. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

RODRIGUES, Sílvio. Direito civil. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 6.