

A (IR) RETROATIVIDADE SUPERVENIENTE DO CONTRATO DE UNIÃO ESTÁVEL

* JOÉLIDA JULLYENE ROCHA FERREIRA

Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga Especialista em Direito. Extensão universitária em Didática do Ensino Superior pela Faculdade de Direito de Ipatinga.

** SARA DA SILVA GONÇALVES

Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo principal analisar um tema controverso e polêmico, que tem dividido doutrinadores e bastante debatido nos tribunais, que é a irretroatividade do contrato de união estável após sua assinatura. Para tanto é necessário esclarecer o instituto da união estável, de acordo com os ditames da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil. Sendo abordado também a diferença entre concubinato e união estável, além dos requisitos caracterizadores de ambos. Posteriormente há o estudo dos direitos e deveres das pessoas que escolheram por viver em uma união estável além do regime patrimonial. Assim esclarecidos os requisitos e impedimentos, passa-se a uma análise do contrato de união estável nos moldes do artigo 104 do Código Civil ea escolha do regime de bens aplicado. Trata-se de um tema de relevante importância, pois a união estável é fato bastante comum na sociedade atual, não sendo raros os casos levados aos tribunais quando os companheiros firmam um contrato e após a dissolução, querem debater o regime de bens aplicado durante o período de convivência sem contrato de união estável. Ao mesmo tempo são distintas as decisões proferidas, que ora optam pela retroatividade, passando a valer o contrato durante todo o período de convivência sob o fundamento de validade do negócio jurídico, e ora optam pela irretroatividade, dividindo os bens em dois regimes, o regime legal e o regime contratual. O trabalho baseou-se em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial para discutir tal temática. O objetivo foi mostrar que é possível dentro do contrato de união estável estipular o regime de bens, porém esse contrato não deve alcançar o período de convivência amparado pelo regime legal. Por fim, conclui-se que apesar de todo amparo legal de validade do negócio jurídico, o contrato de união estável tem validade a partir de sua assinatura, e o regime de bens será dividido em regime legal anterior ao contrato e regime estipulado após assinatura do mesmo.

Palavras chave: União Estável, contratos, (ir)retroatividade

1 INTRODUÇÃO

Com a evolução da sociedade, a família se desenvolveu moralmente e intelectualmente, e é detentora de inegável relevância para o direito. Diante da contínua evolução começaram a surgir diversas formas de convívio, fugindo do modelo tradicional do casamento.

A união estável foi reconhecida na Constituição Federal em seu art. 226, parágrafo 3º, e conferiu a mesma proteção estatal e a denominação como entidade familiar. Trata-se tal modelo de família de um estado de fato, com características

próprias e mesmo sendo o casamento a sua referência estrutural, é importante ressaltar que são institutos distintos, dotados de estatuto jurídico próprio, sem qualquer hierarquia.

Na união estável, conforme o art. 1725 do CC, em sua disposição patrimonial prevalece o regime da comunhão parcial de bens, mas o mesmo dispositivo expõe a possibilidade de haver um contrato entre as partes estipulando sobre os bens dos companheiros com a mesma versatilidade admitida no pacto antenupcial.

O contrato tem a finalidade exclusiva de afastar o regime legal de comunhão parcial de bens. Ele pode ser estipulado a qualquer momento da união, sem formalidades, bastando que os companheiros façam um contrato escrito, particular ou público, indicando o regime de bens a ser adotado.

É nesse contexto que a discussão é levantada a respeito da retroatividade do contrato. Há diversos casos em que, após um lapso temporal de convivência os companheiros fixam um contrato estipulando outro regime de bens, sendo assim, os bens adquiridos por ambos antes do contrato, deixam o regime legal de comunhão parcial e passam a integrar o regime convencionado entre as partes.

Salienta-se que há diversos julgamentos divergentes que discutem sobre a possibilidade de retroatividade desse contrato embasado na autonomia da vontade das partes, ou sobre a irretroatividade fundamentada na previsão legal.

Em suma, o presente trabalho pretende um melhor entendimento sobre a possibilidade da irretroatividade do contrato de união estável, fazendo uma análise doutrinária e jurisprudencial sobre o tema e das peculiaridades dessa entidade familiar.

2 UNIÃO ESTÁVEL

2.1 Conceito e previsão legal

Por muito tempo a formação da família ficou restrita ao casamento onde a família era formada essencialmente pela figura de pai, mãe e filhos. A sociedade vivia o estilo da família patriarcal, onde os poderes eram concentrados ao pai, que controlava a vida dos filhos e da esposa, assumindo o papel de chefe da família. O casamento era um instituto voltado predominantemente para a propriedade, com o

acúmulo de riquezas, onde eram considerados como família somente os laços de sangue.

Com o tempo, a família passou a ser o espaço de realização pessoal de cada indivíduo a ela pertencente. Os laços, antes exclusivamente sanguíneos, passam a ser incluídos pelo afeto e solidariedade entre seus membros. Essas mudanças da estrutura familiar são fruto da mutação da ordem social.

A União estável é uma entidade familiar constituída por pessoas do mesmo sexo ou de sexo diferentes, que convivem em posse do estado de casado, ou em more uxório (com aparência de casamento). É um estado de fato pois foi convertido pela Constituição Federal e pelas leis que lhe atribuíram uma entidade familiar própria, com seus elencos de direitos e deveres. Mesmo sendo o casamento sua referência estrutural, é importante ressaltar que são institutos distintos, dotados de estatuto jurídico próprio, sem qualquer hierarquia.

Para Flávio Tartuce:

A união estável ou união livre sempre foi reconhecida como um fato jurídico, seja no direito comparado, seja entre nós. Por certo é que hoje, a união estável assume um papel relevante como entidade familiar na sociedade brasileira, eis que muitas pessoas, principalmente das últimas gerações, têm preferido essa forma de união em detrimento do casamento.

Essas uniões fáticas possuem vários reflexos no campo jurídico, e devem ser encaradas com muita seriedade, pois delas fazem nascer uma família, sendo refúgio de proteção, realização pessoal, segurança e integração na sociedade, merecendo reconhecimento e respeito jurídico-legal.

No Brasil, a primeira norma a tratar sobre a união estável foi o Decreto-lei 7.036/1944, que reconheceu a companheira como beneficiária de indenização em casos de acidente de trabalho que foi vítima o companheiro. Essa lei ainda é aplicada na atualidade. Em 1973, foi criada a Lei de Registros Públicos n. 6.015/1973, que admitia a possibilidade da companheira utilizar o sobrenome de seu companheiro (art. 57,2º).

A Constituição Federal de 1988, admitiu em seu artigo 226, 3º, a união estável nos seguintes termos: “Para efeito de proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. É possível observar que o legislador citou a

união estável como entidade familiar, dispensando o tratamento diferenciado, ocorrendo dessa forma uma equiparação das entidades familiares.

Para o doutrinador Paulo Lôbo, o caput do artigo 226 da Constituição Federal é cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

Com a nova redação da Constituição Federal de 1988 foi recepcionada as uniões informais, sem solenidades, que passaram a ser tratadas em sede familiar, ganhando dessa forma proteção estatal.

Seguindo esse pensamento os doutrinadores Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald, argumentam que:

[...] Com o advento da Constituição Federal de 1988, velhas concepções sobre os Direitos das Famílias tiveram de ser abandonadas, inclusive o preconceito em relação ao concubinato, passando a ser priorizado o desenvolvimento da pessoa humana em todos os aspectos, em detrimento de vetustas formalidades. Concretamente, o nome do instituto foi mudado visando retirar o estigma da dupla conotação trazida pela palavra concubinato. União estável foi a nova terminologia empregada para indicar as relações afetivas decorrentes da convivência entre homem e mulher, com o intuito de constituir família, mas despida das formalidades exigidas para o casamento.

Vale ressaltar que apesar da referência de “um homem e uma mulher” utilizada no texto constitucional, em seu artigo 226, que foi utilizada por muito tempo para se negar o status de entidade familiar para pessoas do mesmo sexo. O Supremo Tribunal Federal interviu e proclamou a existência de deveres e direitos iguais às uniões homoafetivas.

Após o reconhecimento na Constituição Federal de 1988, no tocante a legislação aplicável, foram sancionadas duas leis de relevante regulamentação ao instituto da união estável. A primeira lei, de n. 8.971/94 assegurou os direitos a alimentos e sucessão. O companheiro era reconhecido herdeiro se cumprisse alguns requisitos, além de reconhecer como união estável a relação entre pessoas solteiras, divorciadas, judicialmente separadas e viúvas, excluindo assim os que eram separados de fato.

A segunda lei sancionada foi a de n. 9.278/1996, que teve maior amplitude. Não estipulou prazo de convivência e reconheceu como estáveis as relações entre pessoas separadas de fato. Além disso, fixou como competente as varas de família para solucionar os litígios.

O código Civil de 2002, incluiu a união estável em seu último capítulo do direito de família: “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.” Dessa forma, a união estável foi reconhecida como entidade familiar, o que antes era tida como amoral e pecaminosa, além daquela formada por qualquer dos cônjuges e seus descendentes, a família monoparental.

As mudanças sociais passaram a integrar a pluralidade familiar em contraposição ao modelo tradicional idealizado pelo casamento. Percebe-se que a evolução é constante, contribuindo para a expansão do conceito de família chegando a não restringi-lo somente a um instituto.

2.2. Evolução do instituto

É preciso distinguir os conceitos de união estável e concubinato visto que em muito confunde os aplicadores do direito. Ressalte-se que para a caracterização da união estável é necessário o cumprimento dos requisitos legais previstos constitucionalmente.

Para grande parte da doutrina, o concubinato pode ser classificado em puro ou impuro. Será classificado puro quando ocorrer união duradoura, estando os companheiros livres e desimpedidos, não estando vinculados em matrimônio. É a união de pessoas solteiras, viúvas, separados judicialmente e divorciados. Ocorrerá concubinato impuro quando um dos companheiros ou ambos estiverem impedidos legalmente de se casar. É a união incestuosa, ou quando um dos companheiros for casado e não separado de fato.

O concubinato impuro, ou adúlterino está relacionado à simultaneidade ou pluralidade conjugal, uma vez que para que seja caracterizado é necessário haver uma mulher ou um homem exercendo o poder familiar em mais de um lar.

Para o doutrinador Fávio Tartuce, a união estável não se confunde com concubinato:

[...] por muito tempo se utilizou a expressão concubinato como sinônima de união estável. Assim, a concubina seria a companheira. Porém não se pode fazer tal confusão, principalmente no que diz respeito à pessoa que vive em união estável. Em suma, em hipótese alguma o aplicador do direito poderá confundir as duas denominações, sob pena de conclusões totalmente equivocadas. Na verdade, aqueles que utilizam os termos concubinato e

união estável como expressões sinônimas estão desatualizados desde a Constituição Federal de 1988.

O Código Civil de 2002, permite a união estável entre pessoas solteiras, divorciadas e viúvas, sendo assim livres dos impedimentos matrimoniais. Contudo, há uma exceção relativa às pessoas casadas mas que se encontrem separadas de fato ou judicialmente, que podem constituir uma união estável. É necessário frisar que o legislador não impôs nenhum prazo para que o separado de fato possa constituir união estável.

Seguindo esse entendimento, Paulo Lôbo explica que:

Tendo sido a união livre elevada a condição de entidade familiar, sob a denominação de união estável, restou o concubinato adulterino, no qual se unificou a denominação concubinato, como tipo excludente e sem um estatuto legal próprio como a primeira. O que difere a primeira do segundo é, respectivamente a inexistência e a existência de impedimentos para casar, salvo a hipótese do não divorciado separado de fato ou judicialmente. Cogita-se de famílias paralelas ou simultâneas.

O concubinato é a convivência estabelecida entre pessoas que são impedidas de casar e que não podem estabelecer entre si uma união estável. Trata-se uma mera sociedade de fato, não podendo ser classificada como uma entidade familiar. A competência para apreciar litígios envolvendo o concubinato é da Vara Cível, e não da Vara da Família.

Vale ressaltar que, em regra o concubino não tem direito a alimentos, direitos sucessórios, nem direito a meação, visto que não se trata de uma entidade familiar. Contudo, a súmula 380 do STF, em sua nova redação diz que: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”, sendo assim não é reconhecida a relação afetiva entre os concubinos, mas sim a sociedade de fato em que o patrimônio constituído houver esforço comum.

E, é nesse sentido que a doutrinadora Maria Helena Diniz defende que:

Cabe questionar o que fazer diante de vínculo de convivência constituído independentemente da proibição legal e que persistiu por muitos anos, de forma pública, contínua, duradoura e, por muitas vezes, com filhos. Negar-lhe a existência em face do impedimento é atitude meramente punitiva. Rejeitar qualquer efeito a esses vínculos e condená-los à invisibilidade gera irresponsabilidades e o enriquecimento ilícito de um em desfavor do outro. O resultado é mais do que desastroso é perverso: nega divisão do

patrimônio, desonera de obrigação alimentar, exclui direito sucessório. Esta postura pode acabar incentivando o surgimento desse tipo de união. Estar à margem do direito não deve gerar benefícios. Quem vive com alguém por muitos anos, necessita dividir bens e pagar alimentos. Todavia, aquele que vive do modo que a lei desaprova, não é possível, simplesmente eximi-lo de qualquer responsabilidade, encargo ou ônus. Quem assim age, em vez de ser punido, sai privilegiado. Não sofre qualquer sanção e acaba privilegiado.

2.3 Requisitos para a configuração da União Estável

O código civil de 2002, em seu artigo 1.723, elencou alguns pressupostos para a caracterização da união estável que são: convivência pública, duradoura, contínua, com o objetivo de construir uma família e sem impedimentos para o matrimônio.

Apesar da previsão em lei, o termo convivência pública deve ser interpretado de forma mais ampla. Os companheiros devem conviver de forma que a relação seja notória perante o meio social, afastando assim outros relacionamentos menos compromissados.

Ressalte-se que a publicidade da relação é no sentido de que os companheiros notoriamente vivam como se casados fossem, sem qualquer clandestinidade. Contudo, esse requisito não é uma exigência de desmedida exposição social, bastando dessa forma que a relação não seja sigilosa. Para os doutrinadores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Por certo as pessoas não são obrigadas a propagar, a todo tempo e lugar, o seu relacionamento amoroso e as suas opções afetivas, pois a Constituição da República protegeu como direito fundamental, a vida privada (CF/88, art. 5º, XII). Dessa maneira, não há de se erigir a publicidade a um requisito mortal, excessivamente rigoroso. Os companheiros podem manter uma vida discreta, apesar de sua união estável não ser clandestina. Até porque não estão obrigados a declarar em instrumento, público ou privado, ou mesmo perante terceiros, a sua convivência afetiva.

Embora não exista em lei um lapso temporal mínimo de convivência é necessário que a relação seja estável, ou seja deve ser prolongada no tempo e sem rompimentos. É nesse aspecto que incide a durabilidade e continuidade do vínculo.

O objetivo de constituir família é requisito subjetivo, é a característica principal da união estável, pois a Constituição Federal confere tutela estatal para esse instituto, não podendo ser admitido que o casal seja desprovido de intenção de criar laços familiares. Trata-se de conviver como se fossem casados. Ressalte-se que

comprovar esse requisito pode ser de difícil definição, porém a demonstração do intuito de constituir família decorre da existência da vida em comum.

Os impedimentos matrimoniais são proibições para a celebração do casamento que incidem igualmente na união estável. Segundo o Código Civil de 2002, são impedidos de se casar: os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil, os afins em linha reta, ou seja sogra e genro, sogro e nora, madrasta e seu enteado, padrasto e enteada, o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive, as pessoas casadas e o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Ressalte-se que, desatendido esses impedimentos o casamento realizado é nulo, segundo o artigo 1548 do Código Civil. Anulado o casamento, os efeitos retroagem a sua celebração, conforme previsto no artigo 1563 do Código Civil. Contudo, mesmo com a proibição legal caso se constitua uma união estável não há como fazê-la sumir. O Estado não tem meios de vetar os relacionamentos impedidos, mesmo que tais relações sejam reprovadas socialmente e legalmente não há como represar sua formação.

Em relação aos efeitos pessoais, ressalte-se que há uma diferença entre o casamento e a união estável. Conforme o artigo 1566 do código civil, ao casamento é imposto que o casal viva sobre o mesmo teto. Tal exigência não é aplicada na união estável.

Paulo Lôbo declara que:

A convivência sob o mesmo teto não é requisito da união estável. Persiste o conteúdo da Súmula 382 do STS, que atingia o que atualmente se denomina como união estável. Nem a Constituição nem o Código Civil fazem tal exigência, acertadamente, pois da realidade social brotam relações afetivas estáveis de pessoas que optaram por viver em residências separadas, especialmente quando saídas de relacionamentos conjugais, ou que foram obrigadas a viver assim em virtude de suas obrigações profissionais. A estabilidade da convivência não é afetada por essa circunstância, quando os companheiros se comportarem, nos espaços públicos e sociais, como se casados fossem.

Deste modo, a convivência sobre o mesmo teto (*more uxório*) não é requisito essencial para a validade da união estável, sendo necessário no caso que os companheiros habitarem em residências diferentes, manterem a estabilidade, continuidade e unicidade do vínculo.

Para os doutrinadores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Sem a menor dúvida, a opção por morar em casas separadas não pode ser compreendida como um *minus* à intenção de conviver. Máxime nos dias de hoje, quando é comum encontrar casais que vivem em casas distintas como uma tentativa de garantir a durabilidade de suas relações amorosas. Outro fator digno de registro diz respeito às expectativas econômicas do casal que poderá, também, implicar na fixação de residência em lugares diversos, na busca de melhores condições de vida em comum, sem que isso afete o vínculo afetivo existente entre eles.

Outro requisito importante é a unicidade do vínculo criado, visto que deve ter caráter monogâmico. Qualquer relação paralela é classificada como concubinato pois na união estável, assim como no casamento, não é possível que se estipulem vários relacionamentos com o mesmo instituto.

2.4 Dos direitos e deveres dos companheiros

Com relação aos direitos e deveres dos companheiros, o artigo 2º da Lei nº 9.278/96 já ensinava:

São direitos e deveres iguais dos conviventes:
 I - respeito e consideração mútuos;
 II - assistência moral e material recíproca;
 III - guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

Já artigo 1.724 do Código Civil de 2002, consta que: “as relações entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”, acrescentando dessa forma o dever de lealdade. Ressalte-se que o dever de lealdade e respeito é uma obrigação apenas de convivência, não sendo exigida juridicamente. Para o doutrinador Paulo Lôbo:

Os deveres de lealdade e respeito configuram obrigações naturais, pois são juridicamente inexigíveis, além de não consistirem em causas de dissolução. O conceito de lealdade não se confunde com o de fidelidade. A lealdade é respeito aos compromissos assumidos, radicando nos deveres morais de conduta. Fidelidade, no âmbito de direito de família, tem sentido restrito: é o impedimento de ter ou manter outra união familiar, em virtude do princípio da monogamia matrimonial

No âmbito dos direitos pessoais, o Código Civil especifica em seu artigo 1.724, os deveres de guarda, educação e sustento dos filhos, que expressam o

poder familiar regido nos artigos 1.630 e seguintes e no artigo nº 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Sendo assim, aplicam-se as mesmas regras sobre o poder familiar, a adoção, filiação e relações de parentesco.

Com relação ao direito de assistência, vale ressaltar que ele está ligado tanto a assistência material quanto a assistência moral. O primeiro diz respeito ao patrimônio e aos alimentos, previstos no artigo 1.694 do Código Civil, que se projeta para além da dissolução da união estável.

Quanto as regras sobre a guarda dos filhos, é aplicável a legislação prevista no Código Civil, previsto nos artigos 1.583 a 1.589, tanto na modalidade de guarda exclusiva quanto na compartilhada. Em relação à guarda exclusiva, os direitos do guardião são idênticos, até mesmo quanto a permanência do poder familiar e de convivência com o filho.

2.5 Disciplina Patrimonial

Bem como ocorre no casamento, a união estável dissemina suas consequências em diferentes áreas, projetando-se nas relações pessoais e econômicas.

O artigo 1.725 do Código Civil prevê que: “Na união estável salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se as relações patrimoniais, no que couber, o regime de comunhão parcial de bens”.

O regime legal de bens previsto para aqueles que começam a viver em uma união estável é o da comunhão parcial de bens. Configurado o início da união estável todos os bens adquiridos pelos companheiros incorporam-se na comunhão salvo se os companheiros não adotarem um regime diferente.

Para o doutrinador Paulo Lôbo:

Aplicam-se a união estável, pois, todas as regras estabelecidas pelo Código Civil ao regime legal de comunhão parcial, atribuído ao casamento. Entram na comunhão todos os bens adquiridos após o início até a dissolução (separação de fato) da união estável, exceto os considerados particulares de cada companheiro. Os bens móveis presumem-se adquiridos durante a união, salvo prova em contrário. Ingressam na comunhão as dívidas inadimplidas contraídas em proveito da entidade familiar. Também ingressam na comunhão os valores correspondentes ao pagamento de parcelas de contratos de aquisição de bens mediante crédito ou financiamento, após o início da união estável.

Dessa forma, os bens particulares que foram adquiridos antes da união, ou os bens adquiridos após a união nas circunstâncias de herança ou doação, ou os bens de uso profissional não entram na comunhão. Além disso, os bens que são subrogados no lugar de bens particulares não entram na comunhão até o limite do valor da venda do bem anterior.

Em razão da expressa adoção do regime de comunhão parcial de bens, há presunção legal de comunhão dos bens adquiridos após a constituição da união estável. Dessa forma não é cabível a discussão de prova de esforço comum, pois a presunção legal é absoluta. Seguindo esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça:

União estável. Dissolução. Partilha do patrimônio. Regime da separação obrigatória. Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes da Corte. 1. Não há violação do art. 535 do Código de Processo Civil quando o Tribunal local, expressamente, em duas oportunidades, no acórdão da apelação e no dos declaratórios, afirma que o autor não comprovou a existência de bens da mulher a partilhar. 2. As Turmas que compõem a Seção de Direito Privado desta Corte assentaram que para os efeitos da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal não se exige a prova do esforço comum para partilhar o patrimônio adquirido na constância da união. Na verdade, para a evolução jurisprudencial e legal, já agora com o art. 1.725 do Código Civil de 2002, o que vale é a vida em comum, não sendo significativo avaliar a contribuição financeira, mas, sim, a participação direta e indireta representada pela solidariedade que deve unir o casal, medida pela comunhão da vida, na presença em todos os momentos da convivência, base da família, fonte do êxito pessoal e profissional de seus membros. 3. Não sendo comprovada a existência de bens em nome da mulher, examinada no acórdão, não há como deferir a partilha, coberta a matéria da prova pela Súmula nº 7 da Corte. 4. Recurso especial não conhecido.

(STJ - REsp: 736627 PR 2005/0041830-1, Relator: Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Data de Julgamento: 11/04/2006, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 01/08/2006 p. 436RSTJ vol. 205 p. 292)

Em casos de alienação de bens, é necessária a autorização expressa do companheiro, visto que a falta de autorização pode prejudicar direito de terceiros. A proteção legal da comunhão é semelhante ao casamento. Segundo o artigo 1.647 do Código Civil, o companheiro não pode prestar aval ou fiança sem expressa autorização do outro. No caso de penhora de bem imóvel adquirido após o início da união estável, colocada em nome de um dos companheiros, pode o outro opor embargos de terceiros para excluir sua parte.

Apesar do regime legal estipular a comunhão parcial de bens, há previsão para que os companheiros estipulem o regime de bens desejado mediante contrato escrito para tal fim. Esse contrato tem a finalidade apenas de estipular o regime de bens escolhido, não podendo dispor sobre direitos e deveres pessoais dos companheiros.

Para Caio Mario:

Embora a Lei nº 9.278/1996 tenha estabelecido alguns pressupostos do “regime da comunhão parcial de bens”, ao referir-se à “presunção de condomínio” no que tange aos bens adquiridos com esforço comum na constância da união estável, o legislador de 2002 determinou expressamente o regime da comunhão parcial de bens na forma do artigo 1.725 do CC, permitindo “contrato escrito” entre os companheiros, para dispor, diversamente. Conclui-se que o Código Civil reconheceu aos companheiros o direito de pactuarem com maior liberdade os efeitos patrimoniais da União Estável. Adotado o regime da comunhão parcial de bens na União Estável, reporte-se aos arts. 1.559 e 1.660 do CC, admitindo-se o direito de meação quanto aos bens adquiridos a título oneroso, na constância da União Estável, salvo contrato escrito.

O contrato de convivência para que tenha eficácia e validade entre as partes, basta que seja feito por instrumento particular. Ressalte-se que a forma do contrato deve ser escrito, seguindo os requisitos de validade do negócio jurídico previstos no artigo 104 do Código Civil.

Para o doutrinador Cristiano Chaves :

Considerando que a união estável é uma realidade fática, desprovida de formalidades legais, o contrato de convivência, por conseguinte, é um negócio jurídico informal, não reclamando solenidades previstas em lei. Apenas e tão somente exige-se a sua celebração por escrito, afastando-se a forma verbal. Assim, pode ser celebrado por escritura pública ou particular, não submetido ao registro público.

Contudo, para que tenha eficácia perante terceiros (erga omnes), pode o contrato ser elaborado por escritura pública ou registrado no cartório de títulos e Documentos. Vale ressaltar que quando os companheiros procuram regulamentar sua convivência, a união estável deixa de ser uma mera situação de fato, passando a ser um negócio jurídico.

Para Flávio Tartuce:

Em casos tais, percebe-se verdadeira evolução do instituto, que passa a ser constituído por clara opção e não por falta de opção. Diante dessa constatação, não se pode mais afirmar que a união estável sempre será uma situação de fato, ou um ato-fato jurídico, sendo possível que as partes regulamentem parte de suas pretensões por meio do exercício da autonomia privada.

Sendo assim, a proteção legal da comunhão é semelhante ao casamento. Vale ressaltar que a regra do art. 1.647 do CC é aplicável a união estável, portanto o companheiro não pode prestar aval ou fiança sem expressa autorização do outro, visto que incide o regime de comunhão parcial de bens.

3 O CONTRATO DE UNIÃO ESTÁVEL

O nosso ordenamento jurídico, estabeleceu nas leis n° 8.971/94 e 9.278/96 que nas uniões estáveis, os bens adquiridos a título oneroso durante a relação, seriam objeto de meação entre os companheiros, pois há presunção de esforço comum na aquisição do patrimônio, excetuando os bens provenientes de sucessão hereditária e doação, e aqueles bens adquiridos antes da convivência.

Conforme já explicado, o contrato de União Estável é um pacto informal que pode ser elaborado tanto por instrumento particular quanto por escritura pública. O contrato de convivência não tem o poder de criar a união estável, mas sim de reconhecer a união já existente, pois a sua constituição depende dos requisitos legais previstos no artigo 1.723 do Código Civil.

Ressalte-se que, não é necessário a presença de testemunhas para a validade do contrato. A liberdade para que os companheiros celebrem o contrato é plena, obedecendo às regras para a constituição de um negócio jurídico.

Essa informalidade é justificada também pela impossibilidade de regulamentação excessiva perante a lei das uniões estáveis. O pacto de convivência pode ser celebrado a qualquer momento, mesmo após muito tempo de convivência em união estável.

O conteúdo do contrato é unicamente de natureza patrimonial, podendo os companheiros dispor livremente, inclusive estabelecer percentuais diferentes de participação nos bens adquiridos, ou até mesmo criar um novo modelo de regime de bens.

É necessário ressaltar que não se pode incluir cláusulas que venham suprimir ou afastar direitos e garantias estabelecidos em lei. Esta cláusula será nula e não produzirá efeitos. O contrato deve seguir as regras gerais contratuais previstas no art. 104 do CC que são a capacidade, objeto lícito, possível e determinado e forma prescrita em lei.

Com a regulamentação da união estável, nota-se uma comparação entre pessoas que conservam um relacionamento de namoro tem causado incômodo. Com o objetivo de desqualificar a união estável, o contrato de namoro é um acordo escrito, celebrado entre duas pessoas no qual elas afirmam que mantêm entre si apenas um namoro e não uma união estável. Vale ressaltar que esse contrato não tem relevância jurídica, o motivo pelo qual não tem a força de garantir para as partes envolvidas o objetivo que elas desejavam ao celebrá-lo, qual seja, o de evitar a caracterização da união estável.

Sendo assim, mesmo que as partes tenham firmado este contrato, o Poder Judiciário poderá reconhecer que, na prática, o casal vivia em uma união estável (e não simples namoro). Isso porque a união estável é uma situação fática que ocorre independentemente de acordo escrito. O contrato de namoro não pode mudar a realidade. Se, na prática, um casal vive em união estável segundo os requisitos descritos na lei, não é um contrato que vai mudar esta situação.

Assim, a celebração de um contrato de namoro não é uma providência correta porque gera uma falsa garantia para as partes. Se a intenção é esquivar-seda comunhão patrimonial, assim que o namoro se tornar mais estável, o ideal é a realização de um contrato de convivência de união estável onde seja estipulado que o regime de bens entre o casal é o da separação total.

4 A (IR)RETROATIVIDADE DO CONTRATO DE UNIÃO ESTÁVEL APÓS A SUA ASSINATURA.

Conforme já explanado, a união estável integra uma situação de fato em que não se exige formalidades documentais para sua caracterização, tendo o julgador o dever de pronunciar em cima do conjunto probatório apresentado pelas partes a existência ou não da união estável. Sendo assim, a existência de um contrato não pode impedir ou criar uma união estável, pois se trata de uma situação fática.

Contudo, está expresso no Código Civil que a união estável se caracteriza com uma comunhão parcial de bens, conforme contido no art. 1.725: “na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.”

Sendo Assim, apesar de não criar ou impedir a constituição de união estável, a formalização do contrato de regime de bens de União Estável deve os requisitos gerais de validade do negócio jurídico previstos no artigo 104 do Código Civil:

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

Dessa forma, os companheiros podem estipular antes ou durante o convívio da união estável o regime de bens que será adotado, afastando assim o regime obrigatório de comunhão parcial que está previsto no artigo 1.725 do Código Civil. Para que o contrato de convivência seja válido e eficaz perante terceiros é necessário que seja celebrado de forma escrita mediante instrumento particular ou público, com registro no cartório de títulos e documentos.

Nessa ordem de ideias, seguindo a premissa de que o contrato de união estável levado a registro produz efeitos de negócio jurídico, resta saber se o contrato em questão retroage ao início da convivência entre companheiros, ou se o regime de bens escolhido passa a valer após a assinatura do contrato.

É o caso de companheiros que vivem juntos por muitos anos, e resolvem registrar publicamente o relacionamento, celebrando o contrato de convivência com regime de separação total de bens, ou seja, todos e quaisquer bens móveis ou imóveis, direitos e rendimentos adquiridos, antes ou durante a vigência do contrato pertencerão ao companheiro que adquiriu.

Alguns doutrinadores defendem que por se tratar de um negócio jurídico perfeito, sua aplicabilidade é válida desde o início do relacionamento, afastando dessa forma o período de convivência anterior ao registro.

É o que defende o doutrinador FRANCISCO CAHALI:

Na seara patrimonial, nossa orientação é pela aplicação da lei vigente na data da aquisição do patrimônio, sempre respeitada eventual convenção entre os interessados. Nessa linha, dissolvida hoje uma união de trinta anos, deverá ser analisada a participação de cada convivente no patrimônio adquirido no período, de acordo com toda a evolução acima referida,

incidindo a Súmula 380, a Lei n. 9.278/96 e o novo Código Civil, para os bens adquiridos, respectivamente, até 1996, entre esta data e 2002 e a partir da vigência na atual codificação.

Já Paulo Lôbo salienta que:

Sustenta-se que os companheiros podem atribuir o contrato de regime de bens eficácia retroativa, em virtude do princípio da liberdade. Todavia, a retroação dos efeitos dos contratos, tem como limite a proteção dos interesses de terceiros de boa fé.

Percebe-se que para alguns doutrinadores, a partir do momento que o contrato é celebrado, trata-se de ato jurídico perfeito, coberto pela vontade das partes, sendo válida a retroatividade do regime de bens escolhido.

A propósito em um julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em uma ação de dissolução de União Estável, os desembargadores admitiram a retroatividade dos efeitos do contrato de convivência firmado entre os litigantes:

ACÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. CONTRATO DE CONVIVÊNCIA INTERCORRENTE FIRMADO QUASE 3(TRÊS) ANOS APÓS O INÍCIO DA UNIÃO. PREVISÃO CONTRATUAL DE RETROATIVIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO ABSOLUTA DE BENS. EFEITO EX TUNC DAS DISPOSIÇÕES PATRIMONIAIS. POSSIBILIDADE. O contrato de convivência pode ser celebrado antes e durante a união estável. Iniciada essa sem convenção do regime patrimonial, o regime de bens incidente, de forma imediata, é o da comunhão parcial (art. 1.725, CC). Realizado pacto intercorrente, esse tem a capacidade de produzir efeitos de ordem patrimonial tanto a partir da sua celebração quanto em relação a momento pretérito à sua assinatura, dependendo de exame o caso concreto. A cláusula que prevê a retroatividade dos efeitos patrimoniais do pacto só deve ser declarada nula quando houver elemento incontestável que demonstre vício de consentimento, quando viole disposição expressa e absoluta de lei ou quando esteja em desconformidade com os princípios e preceitos básicos do direito, gerando enriquecimento sem causa, ensejando fraude contra credores ou trazendo prejuízo diverso a terceiros e outras irregularidades.

Apelação Cível n. 2015.026497-8, da Capital - Norte da Ilha Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

Lado outro, há quem defenda que se aplicam as regras da comunhão parcial de bens no período de convivência anterior ao registro do contrato. Conforme Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

É importante observar, ainda, que tal negócio jurídico não produzirá efeitos retroativos (ex nunc), pois as relações jurídicas patrimoniais dos companheiros até a data da celebração do pacto estarão submetidas à regra geral do regime de comunhão parcial de bens. Isto é, todos os bens adquiridos até a data do contrato submetem-se à comunhão parcial, e os bens adquiridos do negócio em diante estarão regidos pelo regime escolhidos pelas partes. Nesse ponto, releva destacar que o regime eleito pelos conviventes não pode subtrair os direitos conferidos pelo ordenamento jurídico. Somente na hipótese de adoção do regime de comunhão universal é que o contrato produzirá efeitos retroativos, pois

referido regime produzirá a formação de um patrimônio único, inclusive quanto aos bens já possuídos anteriormente.

Seguindo esse pensamento, em um julgado do Superior Tribunal de Justiça, foi reconhecido que o contrato de convivência não retroage, pois estaria conferindo mais benefício à União Estável que ao casamento:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. CONTRATO DE CONVIVÊNCIA. 1) ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO CONTRATO. INOCORRÊNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO. ART. 104 E INCISOS DO CC/02. SENILIDADE E DOENÇA INCURÁVEL, POR SI, NÃO É MOTIVO DE INCAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DE DIREITO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS INDICATIVOS DE QUE NÃO TINHA O NECESSÁRIO DISCERNIMENTO PARA A PRÁTICA DO NEGÓCIO JURÍDICO. AFIRMADA AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DO STJ. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 284 DO STF. REGIME OBRIGATÓRIO DE SEPARAÇÃO DE BENS NO CASAMENTO. INCISO II DO ART. 1.641 DO CC/02. APLICAÇÃO NA UNIÃO ESTÁVEL. AFERIÇÃO DA IDADE. ÉPOCA DO INÍCIO DO RELACIONAMENTO. PRECEDENTES. APONTADA VIOLAÇÃO DE SÚMULA. DESCABIMENTO. NÃO SE ENQUADRA NO CONCEITO DE LEGISLAÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. RECURSO ESPECIAL DO EX-COMPANHEIRO NÃO PROVIDO. 2) PRETENSÃO DE SE ATRIBUIR EFEITOS RETROATIVOS A CONTRATO DE CONVIVÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL DA EX-COMPANHEIRA NÃO PROVIDO. 1. A condição de idoso e o acometimento de doença incurável à época da celebração do contrato de convivência, por si, não é motivo de incapacidade para o exercício de direito ou empecilho para contrair obrigações, quando não há elementos indicativos da ausência de discernimento para compreensão do negócio jurídico realizado. 2. Com o aumento da expectativa de vida do povo brasileiro, conforme pesquisa do IBGE, com a notória recente melhoria na qualidade de vida dos idosos e, com os avanços da medicina, não é razoável afirmar que a pessoa maior de 60 anos não tenha capacidade para praticar os atos da vida civil. Afirmar o contrário afrontaria diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana e o da igualdade. 3. A alteração da conclusão do Tribunal a quo, com base nos elementos probatórios de que não existia um mínimo de prova indicando que não houve livre manifestação da vontade e de que não se comprovou alteração no estado emocional ou ausência de capacidade para a formalização do ajuste, não é possível de ser feita em recurso especial, em razão do óbice contido na Súmula nº 7 do STJ. 4. A deficiência na fundamentação do recurso especial no que tange à alegada ofensa aos arts. 1.641, II, 104, 145 e 171 do CC/02 atrai a incidência da Súmula nº 284 do STF. 5. Apesar do inciso II do art. 1.641 do CC/02 impor o regime da separação obrigatória de bens somente no casamento da pessoa maior de 60 anos (70 anos após a vigência da Lei nº 12.344/2010), a jurisprudência desta egrégia Corte Superior estendeu essa limitação à união estável quando ao menos um dos companheiros contar tal idade à época do início do relacionamento, o que não é o caso. Precedentes. 6. O fato do convivente ter celebrado acordo com mais de sessenta anos de idade não torna nulo contrato de convivência, pois os ex-companheiros, livre e espontaneamente, convencionaram que as relações patrimoniais seriam regidas pelo regime da separação total de bens, que se assemelha ao regime de separação de bens. Observância do disposto no inciso II do art. 1.641 do CC/02. 7. A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que o apelo nobre não constitui via adequada para análise de eventual ofensa a enunciado sumular por não estar ele compreendido na expressão

"lei federal" constante da alínea a do inciso III do art. 105 da CF. Precedentes. Some-se o fato da ausência de demonstração e comprovação do dissídio jurisprudencial na forma legal exigida. 8. No curso do período de convivência, não é lícito aos conviventes atribuírem por contrato efeitos retroativos à união estável elegendo o regime de bens para a sociedade de fato, pois, assim, se estar-se-ia conferindo mais benefícios à união estável que ao casamento. 9. Recursos especiais não providos.

(STJ - REsp: 1383624 MG 2013/0146258-6, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 02/06/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/06/2015)

Sendo assim, o contrato de convivência tem a finalidade exclusiva patrimonial, não podendo dispor sobre direitos pessoais dos companheiros ou destes em obrigações familiares. A união estável é ato-fato jurídico razão que na qual não pode se estipular um contrato que fixe seu início, mas sim um contrato de regime de bens de União estável. Todavia conforme exposto, a retroatividade do contrato é pauta polêmica com divisão doutrinária e julgados contraditórios.

5 CONCLUSÃO

Diante do trabalho exposto, necessário se fez ressaltar de forma breve a evolução do instituto e seus requisitos para uma melhor compreensão da união estável. Para tanto, foi necessário estudar as diferenças entre a união estável e o concubinato, além de diferenciar o contrato de união estável e o contrato de namoro.

A união estável é uma situação fática, que não exige formalidades para sua composição. Contudo, ficou esclarecido que é possível a celebração de contrato escrito para especificar o regime de bens a ser adotado pelos companheiros.

Além disso, o Estado deve evoluir juntamente com as modificações sociais, regulamentando e protegendo os direitos de seus integrantes, sendo necessária a pacificação de entendimentos sobre o tema, visando sanar causas judiciais que estão cada vez mais crescentes nos Tribunais sobre a temática abordada.

A possibilidade de estipular contrato escrito em qualquer momento da relação suscita o questionamento a cerca de qual regime de bens será aplicado em relação ao prazo convivido sem contrato.

Ficou demonstrado que existem divergências doutrinárias e nos julgamentos nos tribunais. Podemos perceber a consagração da corrente doutrinária e jurisprudencial que admite a possibilidade da retroatividade do contrato, com o

fundamento do princípio da autonomia da vontade, por se tratar de negócio jurídico válido e pelo princípio da autonomia da vontade.

Contudo, conforme demonstrado, alguns doutrinadores e o julgamento do STJ, é compatível com a irretroatividade do contrato, fundado no argumento que ignorando o tempo convivido sobre o regime patrimonial legal, um dos companheiros suportaria prejuízos.

De fato, no período abrangido pelo artigo 1.790 do Código Civil, os companheiros irão partilhar apenas os bens adquiridos onerosamente durante a união, sendo que não estão incluídos os bens que originarem-se de doação ou herança, ou os que forem adquiridos com o dinheiro da sua venda. Também não participam dessa comunhão, os bens adquiridos com valores exclusivos de apenas um dos companheiros e preexistentes à união.

Dessa forma conclui-se que, o contrato de união estável tem finalidade exclusivamente patrimonial e apesar de ser um negócio jurídico válido e eficaz, e deve produzir efeitos após a sua subscrição, mantendo-se até a data do contrato o regime da comunhão parcial de bens.