

Direito transitório na união estável e a comunicação de bens

Tereza Cristina Monteiro MAFRA*

Lettícia Fabel GONTIJO**

RESUMO: O presente artigo busca investigar questões relacionadas ao direito patrimonial da união estável, a partir de um estudo de Direito Comparado. Com a constante aproximação entre casamento e união estável, é necessário indagar e apontar quais são as diferenças que ainda persistem entre os institutos e qual é a diretriz para interpretação e integração das normas da união estável. Paralelamente, partindo da premissa de que a união estável é profícua em *facta pendentia*, analisou-se o desenvolvimento do instituto à luz do direito intertemporal, desde o concubinato até o advento do Código Civil de 2002, com o objetivo de apontar soluções teóricas e práticas para os conflitos de leis no tempo.

PALAVRAS-CHAVE: União estável; casamento; regime de bens; direito intertemporal; conflito de leis.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Casamento como paradigma da proteção constitucional e a união estável: simetrias e contraposições; – 3. Comunicação de bens e eficácia perante terceiros; – 4. Interpretação e integração das normas de direito patrimonial da união estável; – 5. Comunicação de bens e o direito transitório na união estável; – 6. Conclusões; – 7. Referências.

TITLE: *Transitional Law Within Legal Partnership and the Community of Property*

ABSTRACT: *This paper aims to investigate some issues concerning the patrimonial law of common-law marriage, based on a study of Comparative Law. Along with the constant proximity of marriage and common-law marriage emerges the necessity of analyzing if some differences between both institutions still remain and, moreover, how we should interpret and integrate the legislation concerning informal marriages. In addition, and considering that common-law marriages are a fertile area for *facta pendentia*, it is important to study the evolution of said institute based on the rules of Intertemporal Law, starting from the illicit common-law marriage up until the 2002 Brazilian Civil Code, in order to find theoretical and practical solutions for the conflicts of law in time.*

KEYWORDS: *Common-law marriage; marriage; marital regime; intertemporal law; conflicts of law in time.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. Marriage as the constitutional paradigm of protection and common-law marriage: similarities and differences; – 3. Community of property and its effect on third parties; – 4. Interpretation and integration of property law in common-law marriage; – 5. Community of property and transitional law within common-law marriage; – 6. Conclusions; – 7. References.*

* Doutora e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Diretora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito Milton Campos. Advogada. E-mail: tereza.c.mafra@terra.com.br.

** Mestre em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade de Direito Milton Campos. Servidora efetiva do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. E-mail: letsfabel@gmail.com.

1. Introdução

O presente artigo, orientado pelo recurso ao Direito Comparado, que atua como diretriz metodológica da investigação, tem por escopo analisar aspectos patrimoniais da união estável, que, a partir da Constituição da República de 1988, passou a ser reconhecida como entidade familiar, apesar de o casamento ainda ser o paradigma de modelo familiar.

A escolha do tema deu-se em razão da decisão do Supremo Tribunal Federal que equiparou a sucessão do companheiro à do cônjuge¹, em mais um capítulo da jurisprudência que vem aproximando os dois institutos jurídicos e reduzindo as distinções entre ambos.

Diante desse cenário, é de se indagar quais são as diferenças que ainda permanecem entre a união estável e o casamento, especialmente porque, em relação ao casamento, há prova pré-constituída de sua celebração, enquanto os efeitos da união estável somente são verificados posteriormente ao nascimento da união, que surge espontaneamente, como um fenômeno social.

Partindo da premissa de que ainda permanecem distinções entre essas duas entidades familiares, busca-se, num primeiro momento, apontar as referidas distinções. Em seguida, investiga-se quais as diretrizes para interpretação e integração das normas da união estável, no tocante ao direito patrimonial, especialmente quanto à comunicação de bens e seus efeitos perante terceiros.

Paralelamente, tendo em vista que a união estável, assim como o casamento, é profícua em *facta pendentia* e, por essa razão, é campo fértil para as discussões relacionadas aos conflitos de leis no tempo, a investigação abarca também um estudo do direito transitório da união estável, com análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com o objetivo de apresentar soluções para os conflitos de leis no tempo.

¹ STF, Tribunal Pleno, Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 10.05.2017. Trecho da ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS.

(...) 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição (...).

5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”.

2. Casamento como paradigma da proteção constitucional e a união estável: simetrias e contraposições

As noções de família e casamento se confundiram, por muito tempo, no direito brasileiro. Legislação, doutrina e jurisprudência admitiam, além dos laços sanguíneos, apenas o casamento, como formador da família. Deve-se isso à própria história do Brasil, ao longo dos séculos de uma colonização fundada em bases monarquista e católica: a família, pilar da sociedade, deveria ser formada a partir do casamento, indissolúvel e sacramental.

A forte influência católica, no Brasil, é claramente deduzida da demora na introdução, aqui, do divórcio. As tentativas de repúdio ao princípio da indissolubilidade do casamento encontraram fortes resistências, sobretudo diante do argumento, segundo o qual, divórcio atrairia divórcio e a família se desagregaria. Esse seria o maior embrião de uma suposta crise na família. Suposta, porque crise já existia: a impossibilidade de rompimento do vínculo conjugal era uma realidade que foi se tornando insustentável. Não se podia recusar a necessidade de se promover a adequação do direito à realidade, repudiando as situações meramente formais, ou vulgarmente dito, do casamento *só no papel*, quando comunhão de vida e interesses já haviam desaparecido.

Na verdade, a dissolubilidade do casamento, ao invés de conduzir à desagregação da família, integra, antes, a liberdade de escolha de um modelo familiar: ser livre para escolher seu modelo de família implica ser livre para se unir, não se unir, ou se desunir.²

Desde a primeira metade do século XX, a Carta das Nações Unidas, votada pela ONU, em 10.12.1948, prevê o “direito de fundar uma família”, sem quaisquer restrições étnicas ou religiosas, acrescentando, em seu art. XVI, nº 3: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”.³

A família, progressivamente, perde sua concepção como espaço e função econômicos, passando a ser destacados os laços afetivos: o respeito aos sentimentos tornou-se mais importante que a vontade de proteção ao patrimônio. Identificam-se, a partir de então, as raízes de um fenômeno que pode ser denominado *personalização*: os indivíduos que

² HAUSER, Jean. *L'intégration par le législateur français des normes supranationales de droit de la famille*. Paris: L.G.D.J., 1996, p. 125.

³ Internationalisation des droits de l'Homme et evolution du droit de la famille: Colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliqués au droit prive – *Université de Lille II*. Avant-propos de Françoise Dekeuwer-Défosser. Paris: L.G.D.J., 1996.

formam a família passam a buscar nos direitos humanos proteção às pessoas, mais que ao grupo. Assim, a mulher pode ser protegida contra o marido, o filho contra os pais.⁴

Entretanto, como em nosso país, na Europa e nos países de *Common Law*, até a década de sessenta do século XX, as uniões informais não eram objeto de tratamento legal pelo Direito de Família, resolvendo-se as questões patrimoniais na seara obrigacional (*société de fait, unjust enrichment*), apesar das numerosas famílias *de facto*, especialmente nos países cuja legislação impunha requisitos restritivos do acesso ao divórcio ou inculpação.⁵

No Brasil, desde a Constituição da República de 1988, verificou-se a *democratização*⁶ das relações familiares, face ao reconhecimento de múltiplas *entidades familiares* (art. 226), procurando a lei se aproximar mais da realidade social das famílias, adotando novos conceitos e modelos. Como afirma MUNIZ:

As formas de vida familiar à margem dos quadros legais revelam não ser essencial o nexa família-matrimônio: a família não se funda necessariamente no casamento, o que significa que o casamento e família são para a Constituição realidades distintas. A Constituição apreende a família por seu aspecto social (família sociológica), e, do ponto de vista sociológico, inexistente um conceito unitário.⁷

A família passa a ser vista como uma entidade mais ampla que deve ser protegida pelo Estado e este estende sua influência a formas, até então, não tradicionalmente aceitas de organização familiar.⁸ Valoriza-se, então, não só o elemento formal de exteriorização do consentimento, mas também o elemento fático da convivência a dois⁹.

Com apoio nas ideias de CARBONNIER chegou-se a um direito fundamental à família: “que se oculte o direito de família; falemos antes de um direito do homem (e da mulher) à família: é uma forma de *direito à felicidade* implicitamente garantida pelo Estado”.¹⁰

⁴ VASSEUR-LAMBRY, Fanny. *La famille et la convention européenne des droits de l'homme*. Paris: L'Hamarttan, 2000.

⁵ GLENDON, Mary Ann. *The transformation of family law: State, Law and Family in the United States and Western Europe*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996, p. 252-255.

⁶ GIDDENS, Anthony. *The third way: the renewal of social democracy*. Cambridge, UK: Blackwell, 1998, p. 93.

⁷ MUNIZ, Francisco José Ferreira. A Família na Evolução do Direito Brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Direitos de Família e do Menor*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993: 83-96. *op. cit.*, p. 77.

⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis. Las nuevas fronteras y la crisis del concepto de familia. In: *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*. (Coord. CARLUCCI, Aída Kemelmajer). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999, t. 1, p. 17-27.

⁹ GALLARDO, Aurelio Barrio. *Autonomía privada e matrimonio*. Madrid: Reus S.A., 2016.

¹⁰ CARBONNIER, Jean. A chacun sa famille, à chacun son droit. *Essais sur les lois*. 2. ed. Paris: Répertoire du notariat Defrénois, 1995, p. 185-186.

De outro lado, seria possível vislumbrar uma tentativa de se ampliar o controle do Estado a aspectos da vida familiar, sobre os quais antes ele não possuía, como em relação às uniões estáveis. Tal ideia, contudo, pode ser tão extremada quanto, a *contrario sensu*, a antiga doutrina francesa, fundada na máxima de Bonaparte, segundo a qual, se os companheiros se esquecem ou passam à margem da lei, a lei se desinteressa deles (*les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux*).¹¹

O alargamento da noção jurídica de família exigiu proteção e regulamentação dos efeitos da união estável. Mesmo no direito francês, embora não existindo previsão legal, a jurisprudência, há muito tempo, vem conferindo efeitos e consequências às uniões livres.¹²

Aqui se encontra a ideia de que a família deve ser tutelada pelo Estado, atuando no sentido de proteger as organizações familiares, agora, porém, partindo de uma noção ampliada de família, em respeito ao livre desenvolvimento da personalidade de seus membros, ao direito à intimidade, à igualdade, à não discriminação e à solidariedade familiar.¹³

Contudo, a despeito do reconhecimento da união estável, nossa Constituição expressa claramente que tais uniões devem ser incentivadas pela lei a se converterem em casamento.¹⁴

A liberdade de planejamento familiar (CR, art. 226, §7º) também significa que cada indivíduo é livre para fundar uma família fora do casamento (liberdade que é corolário da liberdade de não se casar), mas o casamento é o paradigma da entidade familiar formada por um casal.¹⁵

A aproximação dos diferentes modos de vida a dois está ligado a um fenômeno de dessacralização e de contratualização do casamento ao qual se junta um processo de regulamentação legal da união estável.¹⁶

¹¹ CHALVON-DEMERSAY, Sabine. *Concubin, Concubine*. Paris: Seuil, 1983, p. 171-183.

¹² DUCHET-NESPOUX, Joëlle. *Guide juridique et pratique du concubinage*. Paris: Vecchi. 1995, p. 11.

¹³ LLOVERAS, Nora, SALOMÓN, Marcelo. *El derecho de familia desde la constitución nacional*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2009, p. 393.

¹⁴ Art. 226, §3º, CR/88. Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.

¹⁵ SHORTER, Edward. *Naissance de la famille moderne: XVIIIe siècle*. Paris: ed. Du Seuil, Points Histoire, 1981, passim. VASSEUR-LAMBRY, Fanny. *La famille et la convention européenne des droits de l'homme*. Paris: L'Hamarttan, 2000, passim.

¹⁶ NIBOYET, Frédérique. *L'ordre publique matrimonial*. Paris: L.G.D.J., 2008, p. 133.

O casamento, que detinha o monopólio da formação de família, perdeu, paulatinamente, após a segunda metade do século XX, sua feição institucional, caracterizada pela forte influência religiosa que impunha sua indissolubilidade.

Transcorridos mais de setenta anos desde o discurso de Martinho Garcez no Senado, defendendo o divórcio, finalmente, em 23 de junho de 1977, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional nº 9, que aboliu a indissolubilidade do casamento no Brasil.¹⁷ Subsequentemente, a Constituição de 1988 reduziu os prazos para a dissolução do vínculo conjugal, a Lei nº 11.441/2007 instituiu a separação e o divórcio por escritura pública e a Emenda Constitucional nº 66/2010 (para dizer o mínimo) eliminou os prazos para obtenção do rompimento do vínculo conjugal.

Com isso, o fim do casamento deixou de ser um drama judiciário, apesar de permanecer como drama familiar, e vem perdendo sua qualificação de matéria de ordem pública, na medida em que ganha projeção o acordo dos cônjuges, que pode se materializar por meio de convenções. A interferência estatal (art. 1.513, CC/02) se reduz e ganha terreno a liberdade dos cônjuges para colocar fim ao seu relacionamento conjugal.¹⁸

Ao contrário do desenrolar de privatização do casamento, a interferência estatal tem sido crescente no âmbito das uniões livres, sob a ótica das sucessivas regulamentações, que culminaram com sua inserção no Código Civil de 2002. Seria um movimento de convergência para unificar o “direito dos casais”?

Uma autora suíça constatou uma *osmose dos modelos familiares* e uma evolução do direito conjugal na Europa, de modo que as relações de casal, sejam derivadas do casamento, da união estável ou homoafetiva, submetem-se, por vezes, à aplicação de regras unificadas, tendo em vista que a igualdade e a liberdade individual imporiam a incidência do mesmo direito a situações fáticas semelhantes, ou seja, naquilo que não corresponder a aspectos ligados às diferenças entre os modos de vida a dois.¹⁹

Todavia, igualdade e liberdade não residem na confusão de situações. A dicotomia entre casamento e união estável não reside somente nas escolhas diferentes feitas pelas pessoas que elegem cada uma dessas entidades familiares para sua vida a dois, mas

¹⁷ CARNEIRO, Nelson. *A luta pelo divórcio*. São Paulo: Editora Lampião, 1977, p. 20.

¹⁸ LABBÉE, Xavier. *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?* Paris: Presses Universitaires du Septentrion, 1996, p. 108.

¹⁹ PAPAUX VAN DELDEN, Marie-Laure. *L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux*. Genève: Helbing et Lichtenhahn, 2002, passim.

também na submissão a regras específicas que, no casamento, derivam de uma ordem pública própria, com eficácia perante terceiros, impossível de ser estendida à união estável.²⁰ Uma identidade total de tratamento entre os modelos familiares tornaria inútil a pluralidade de tipos, promovendo um retrocesso à época em que só o casamento era reconhecido e protegido.

Na doutrina nacional, comentando a decisão do STF que equiparou a união estável ao casamento para fins sucessórios, já surgiram reflexões no sentido de ser paradoxal a equiparação, uma vez que, inexistindo diferenças entre um e outro instituto, estar-se-ia diante de apenas uma forma de constituição de família, pois a união estável seria idêntica ao casamento, diferenciando-se apenas na nomenclatura, o que conduziria à família singular e não plural, como almejado.²¹ E ainda, antes mesmo da decisão do STF, mas em trabalho recente, veja-se os apontamentos de outro autor:

Não compete ao legislador, nem muito menos à jurisprudência, regulamentar a união estável a ponto de atribuir-lhe direta e autoritariamente os efeitos da sociedade conjugal, o que implica, na prática, transformar a união estável em casamento contra a vontade dos conviventes, aos quais estar-se-ia impondo um verdadeiro “casamento forçado”.²²

É fato que a diversidade no tratamento jurídico dos dois modelos começa no aspecto da sua própria forma de constituição. O casamento se caracteriza pela formalidade, solenidade e, mesmo, interferência do Estado no seu âmbito, uma vez que estabelece até deveres e direitos, pessoais dos cônjuges, um em relação ao outro, em relação à prole e a terceiros. Resulta da liberdade dos nubentes, considerando a lei relevante, porém, que o consentimento obedeça a determinadas formalidades, para sua própria proteção, seja para evitar vícios na manifestação da vontade, seja para evitar precipitações, e, ainda, para facilitar a prova do ato.

Ao contrário do casamento, sempre formal e solene, relativamente à sua constituição, sofrendo a incidência de todo um conjunto normativo, a instituir direitos e deveres para toda a sua duração, prevendo e enumerando as possibilidades de sua dissolução, a união estável é formada exclusivamente pela vontade dos parceiros, sem qualquer solenidade. Não há previsão legal sobre sua formação. A vontade dos conviventes dá início ao

²⁰ NIBOYET, Frédérique. *L'ordre publique matrimonial*. Paris: L.G.D.J., 2008, p. 134-135.

²¹ ANGELUCCI, Cleber Affonso. Da família plural à família singular: dilemas entre união estável e casamento. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 12, p. 59-73, abr./jun. 2017.

²² DELGADO, Mário Luiz. O paradoxo da união estável: um casamento forçado. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 2, n. 1, 2016, p. 1351.

relacionamento, que se demonstra mediante o comportamento dos mesmos. O momento de sua constituição não sofre incidência normativa, embora possa ser juridicamente relevante estabelecê-lo.

A união estável cria uma família de fato e realiza de maneira latente a liberdade entre os companheiros. Importam os laços de afeição expressos pela vontade do homem e da mulher de estarem juntos (objetivo de constituir família), que também se desfazem apenas pela só vontade de um ou de ambos, sem a ingerência legal. A propósito, na doutrina espanhola argumenta-se que, com o *divorcio-opción* e o reconhecimento do casamento homoafetivo, a união estável é a forma de constituição de família daqueles casais que absolutamente não desejam sofrer as consequências do matrimônio, pelo que seria inerente ao instituto da união estável a autodeterminação e a vontade dos casais de afastar a incidência de regulamentação estatal.²³ Portanto, a interferência judicial só se justifica por necessidade de liquidação de direitos postos em conflito pelos ex-companheiros.

Em suma, casamento e união estável distinguem-se, fundamentalmente, pelo formalismo e solenidade que caracterizam o primeiro, no momento de sua realização (art. 1.514, CC), servindo de termo inicial para a produção da maior parte dos efeitos jurídicos da relação conjugal, enquanto a outra entidade familiar não tem descrição legal de um momento específico da sua gênese, limitando-se a lei (art. 1.723, CC/02) a descrever o comportamento necessário para sua configuração (convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família).

3. Comunicação de bens e eficácia perante terceiros

Os efeitos patrimoniais são regulados pelo Código Civil, para a hipótese de casamento, mediante os regimes de bens. O regime de bens, seja escolhido pelos nubentes (art. 1.639) ou imposto legalmente (art. 1.641), encerra as regras sobre aquisição, uso, fruição, gozo, administração e disposição de bens, ou sobre créditos e débitos dos cônjuges.

Mas, a comunicação de bens não é decorrência necessária do casamento. Pelo princípio da liberdade de pactuar é dada aos nubentes ampla possibilidade de escolha do regime patrimonial, incluída a hipótese da separação total.

²³ PENCO, Ángel Acedo. *Derecho de familia*. 2. edición. Madrid: Dykinson, 2016. GALLARDO, Aurelio Barrio. *Autonomía privada e matrimonio*. Madrid: Reus S.A., 2016.

Na união estável prevalece o mesmo princípio de autonomia privada, deixando livres os companheiros para decidirem se querem que a sua união envolva a formação de um patrimônio comum, fruto da convergência de esforços e haveres, ou se preferem patrimônios separados, mantendo distintas suas atividades econômicas.

Parte-se da ideia de que o reconhecimento constitucional da união estável como família, inclusive determinando seja facilitada sua conversão em casamento, impõe um tratamento igualitário em relação ao casamento. Conforme TEPEDINO, “não pretendeu, com isso, o constituinte criar famílias de primeira e segunda classe, já que previu, pura e simplesmente, diversas modalidades de entidades familiares, em igualdade de situação”.²⁴ No entanto, não abala esta orientação o fato da preferência constitucional ser pela família *ex matrimonio*, porquanto, para fins de proteção do Estado, o que se considera é a família, não esta ou aquela classe de família.

Todavia, enquanto o casamento é ato solene, envolto pela publicidade das formalidades preliminares e do registro, tendo o termo inicial da produção de efeitos previsto em lei, a união estável, essencialmente informal, nasce a partir da vontade dos companheiros associada à verificação de um comportamento que corrobore a existência de uma relação reconhecida como entidade familiar.

No casamento, o regime de bens decorre da vontade das partes ou da lei. Em qualquer caso, o patrimônio dos cônjuges fica submetido a regras específicas, cuja eficácia é vinculada à celebração, e cuja publicidade serve de alerta aos terceiros que venham a firmar negócios com pessoa casada. Na união estável, a comunicação de bens, tal como introduzida pelo legislador, não pode ser vista, extensivamente, pelas regras do regime de aquestos, vinculadas à publicidade e à solenidade do casamento, pois, a despeito de o regime *supletivo legal*, previsto pelo Código Civil de 2002, ser também a comunhão parcial (art. 1.725), a sua incidência, ressalva a lei, deve dar-se, *no que couber*.

Formula-se um exemplo. O art. 1.660, do CC/02, fixa as regras de comunicação no regime da comunhão parcial. A primeira corresponde aos bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, *ainda que só em nome de um dos cônjuges*. A publicidade do casamento associada à exigência legal de outorga marital ou uxória para alienação de imóveis supera a presunção gerada pelo registro. Isto é, ainda

²⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil: A Disciplina Civil-constitucional das relações familiares*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 356.

que o imóvel esteja registrado em nome de apenas um dos cônjuges e ele ali figure como solteiro, se aliená-lo sem o consentimento do outro, terá praticado negócio anulável, mesmo que o terceiro esteja de boa-fé.

Em outras palavras, o casamento envolve outros efeitos patrimoniais, que independem do regime de bens eleito (art. 1.639) ou imposto (art. 1.641). Esses outros efeitos patrimoniais são gerais e de ordem pública, insuscetíveis de derrogação ou modificação pela vontade do casal, abrangendo as questões relativas a terceiros, como a exigência, em certos casos, da outorga conjugal.²⁵

Essas questões encontram semelhança na doutrina francesa, que, ao tratar do Direito Patrimonial do *casamento*, classifica-o, conforme a matéria, em *regime primário* ou *estatuto imperativo de base* e em *determinação do regime matrimonial*.²⁶

Por *regime primário* ou *estatuto imperativo de base* compreendem-se as regras que são *gerais* e de *ordem pública*, não podendo deixar de incidir, salvo expressa permissão legal, por convenção entre as partes.

O Código de 2002, por inspiração francesa, dividiu o tratamento do casamento no Livro IV – *Do Direito de Família* em: *Título I – Do Direito Pessoal* e *Título II – Do Direito Patrimonial*. A união estável foi regulada separadamente: *Título III - Da União Estável*.

Verifica-se, pois, que a união estável recebeu regulamentação própria e distinta da atribuída ao casamento, sem previsão específica de regras gerais e de ordem pública, correspondentes ao denominado regime primário ou imperativo de base francês. O único dispositivo legal concernente às relações patrimoniais entre os companheiros é a referência contida no art. 1.725, que determina a aplicação, se não houver contrato escrito e *no que couber*, da comunhão parcial de bens.

Como já se mencionou, na união estável, não há realização de qualquer ato formal ou solene de constituição. Por isso, não se exige outorga do companheiro para alienação

²⁵ CARBONNIER, Jean. *Droit Civil: La famille, l'enfant, le couple*. 21. ed. Paris: PUF, 1995, p. 493-494.

²⁶ BÉNABENT, Alain. *Droit Civil: La Famille*. 5. ed. Paris: Litec, 1993, p. 145. CABRILLAC, Rémy. *Droit Civil: Les régimes matrimoniaux*. 2 ed. Paris: Montchrestien, 1996, p. 25. CARBONNIER, Jean. *Droit civil: La famille, l'enfant, le couple*. 21 ed. Paris: PUF, 1995, p. 493. COLOMER, André. *Droit Civil: Régimes Matrimoniaux*. 5 ed. Paris: Litec, 1992, p. 35. MAZEAUD, Henri et Leon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. *Leçons de Droit Civil: La Famille*. 7. ed. Paris: Montchrestien, 1995, t. 1, v. 3, p. 504. TERRÉ, François; SIMLER, Philippe. *Droit Civil: Les régimes matrimoniaux*. 2 ed. Paris: Dalloz, 1994, p. 37.

imobiliária. O terceiro não tem como verificar, com certeza, a existência da relação familiar informal que, aliás, pode-lhe ser facilmente ocultada. Estender a regra do art. 1.660, I, do CC/02, implicaria abrir as portas para a fraude e a insegurança dos negócios jurídicos, pois todo aquele que adquirisse um imóvel de pessoa não casada poderia ver seu negócio invalidado por um eventual companheiro.

Em outros termos, o legislador determinou, para o casamento, como regra geral do regime da comunhão parcial, a comunicabilidade de aquestos - mesmo que registrados só em nome de um dos cônjuges (art. 1.660, I, CC), porque o termo inicial do regime de bens, por determinação legal (art. 1.639, §1º, CC), tem início a partir da celebração - e ainda limitou os poderes de disposição pelas normas sobre outorga uxória ou marital, mas não o fez para a união estável.

A segurança dos negócios jurídicos assim exige. A propósito, sobre a insegurança jurídica relacionada à informalidade da união estável e os negócios jurídicos realizados com terceiros, é pertinente a transcrição de trecho do voto do Ministro Roberto Barroso, proferido no Recurso Extraordinário 878.694/MG:

A união estável depende da verificação de uma situação fato. Não há um documento único que a constitua e que sirva de prova definitiva. Consequentemente, para todos os terceiros que se relacionam com os companheiros, e para a sociedade em geral, há um nível menor de segurança.²⁷

A eventual invalidade e a possibilidade de reivindicação poderiam abrir largo caminho à fraude. Bastaria “surgir” um companheiro “comprovado” para ficar autorizada a declaração de invalidade da venda... Além disso, se a união perdurasse, anulado o negócio, voltaria o bem a integrar o patrimônio comum, premiando o companheiro de má fé, que se beneficiaria de sua própria torpeza.

Há, porém, em caso de litígio entre os companheiros, a possibilidade de averbação, no Cartório de Registro de Imóveis, de protesto contra a alienação de bens, com amparo no poder geral de cautela do juiz, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.²⁸

²⁷ STF, Tribunal Pleno, Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 10.05.2017, p. 28.

²⁸ STJ, Quarta Turma, Agravo regimental no agravo regimental no agravo de instrumento nº 689095/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 15.12.2009. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 13.07.2017.

Outro aspecto importante corresponde ao fato de a união estável não ter o início de sua vigência legalmente determinado. Então, como precisar a comunicabilidade de bens?

A união alcança o *status* de relação familiar mediante a congregação de vontade e comportamento dos conviventes. A lei se limita a descrever os elementos caracterizadores de um comportamento, do qual se deduz a intenção de constituir família. A união estável se configura a partir da concentração desses elementos, de aferição variável e subjetiva, inexistindo qualquer aspecto formal ou solene que sirva de marco inicial.

Sendo possível que não houvesse intenção de constituir família, no início do relacionamento, para o estabelecimento da produção dos efeitos fica difícil precisar, comprovada a união estável, desde quando esses efeitos se produziram e a existência de um contrato escrito não resolve o problema.²⁹ Em primeiro lugar, esse contrato não é oponível a terceiros, devido à ausência de previsão legal de registro.³⁰ Em segundo lugar, havendo divergência entre a data do contrato e a demonstração do comportamento formador da união estável, prevalecerá a última, pois a eficácia do contrato depende da existência da união, servindo aquele como indício ou um dentre os vários elementos de prova e não eximindo os interessados em sua veracidade do ônus de prová-las, em decorrência do previsto no art. 219 do Código Civil.

No julgamento do Supremo Tribunal Federal que resultou na equiparação entre casamento e união estável para fins sucessórios, esse ponto foi lembrado no voto do Relator, Ministro Roberto Barroso, no qual se mencionou que o registro da união estável tem natureza declaratória, pois não tem o condão de criar um relacionamento entre as partes, sendo que, se não houver verdadeiramente uma união estável entre o casal, a hipótese será de falsa declaração³¹, podendo ser afastada pelas provas produzidas em eventual litígio, como mencionado no parágrafo anterior.

4. Interpretação e integração das normas de direito patrimonial da união estável

Em princípio, as normas que norteiam a vida patrimonial do casamento e da união estável, na relação interna do casal, ou em relação a terceiros, devem ser, em primeiro

²⁹ CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 60-72.

³⁰ *Idem*, p. 186-202.

³¹ STF, Tribunal Pleno, Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 10.05.2017, p. 28.

plano, de direito de família, obedecidos o princípio constitucional de proteção às entidades familiares; e, subsidiária e supletivamente, podem ser aplicadas outras normas de direito não conjugal, especialmente as que compõem o direito das obrigações e os direitos reais.³²

Lado outro, segundo TEPEDINO, a regulamentação e interpretação da união estável pode se inspirar nas normas disciplinadoras do casamento, enquanto relação familiar, mas as normas que regulam os efeitos do casamento, como negócio jurídico solene, “não podem ser aplicadas às uniões estáveis, já que dependem essencialmente do ato solene, pressuposto fático para sua incidência”.³³

No entanto, não é possível admitir analogia entre casamento e união estável, especialmente a *analogia legis* que, segundo BATALHA, “parte da similitude da espécie submetida à apreciação com a situação jurídica-tipo do dispositivo legal”.³⁴

A analogia legal consiste na aplicação de uma norma existente ao caso *sub judice*, em razão da semelhança ao previsto pela norma jurídica. As normas de direito de família destinadas a regular os efeitos do casamento têm como pressuposto a existência do mesmo, como negócio formal e solene, não podendo, pois, ser aplicadas à união estável.³⁵

Tampouco podem ser aplicadas à união estável as regras relativas à outorga conjugal, porque, na lição de ESPÍNOLA, apenas “comportam aplicação analógica as leis que não encerram prescrições de direito excepcional, não estabelecem privilégios, nem restringem direitos ou limitam a liberdade individual”.³⁶

Ademais, desde 1988, quando a Constituição reconheceu a união estável, para fins de proteção do Estado, caso se admitisse tal analogia, ou o casamento seria destruído como ato solene ou a união estável seria, inevitavelmente, “transformada” em casamento, mediante uma hermenêutica inaceitável. Se fosse intenção do legislador estabelecer identidade de tratamento e efeitos não teria incentivado a conversão, em casamento, da união estável, na regra constitucional do art. 226, § 3º.

³² CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito de família e das sucessões*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 133.

³³ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil: a disciplina civil-constitucional das relações familiares*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 357.

³⁴ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Lei de Introdução ao Código Civil*. São Paulo: Max Limonad, 1954, v. 1, p. 236.

³⁵ *Idem*, p. 357.

³⁶ ESPÍNOLA, Eduardo, FILHO, Eduardo Espínola. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. 1, p. 105.

Por fim, cabe destacar que o Superior Tribunal de Justiça inadmitiu, para fins de dissídio jurisprudencial, que se invocassem precedentes acerca do casamento em caso no qual se discutiam efeitos derivados de união estável, afirmando a dessemelhança entre as entidades familiares: “Os acórdãos apontados como paradigmas, por outro lado, versam essencialmente hipóteses de casamento (modo tradicional, solene, formal e jurídico de constituir família), conduzindo ao não conhecimento dos embargos, dado que as situações versadas são diversas”.³⁷

5. Comunicação de bens e o direito transitório na união estável

Quando leis se sucedem, as mais variadas relações jurídicas se estabelecem, prolongando-se sob o império da nova lei e fazendo surgir situações transitórias denominadas *conflitos de leis no tempo*.

Trata-se de saber em que medida a lei antiga perdurará, incidindo sobre relações jurídicas nascidas à sua luz, apesar da entrada em vigor da nova lei. Pela sobrevida da lei velha pugnam os valores de confiança, continuidade, segurança jurídica e paz social, que deveriam garantir direitos validamente adquiridos e consolidados sob essa lei antiga.

No século XX, a mais famosa tese a respeito é a teoria do *direito transitório*, de PAUL ROUBIER, segundo a qual a criação de uma situação jurídica (inclusive a aquisição de um direito), assim como os efeitos já produzidos, são e permanecem sendo regidos pela lei em vigor no momento em que se realizou o vínculo jurídico ou em que se adquiriu o direito, embora os efeitos sucessivos da relação jurídica previamente formada, assim como a respectiva causa de extinção, dando-se sob a nova lei, a ela se submetem.³⁸

Para o regime de bens do casamento, o art. 2.039 do Código Civil de 2002, nas *Disposições finais e transitórias*, contempla a regra de direito intertemporal aplicável, sendo, porém, silente no tocante à união estável.³⁹

Mas, e quanto à união estável, tendo em vista a ausência de previsão específica nas *Disposições Finais e Transitórias* do Código Civil de 2002?

³⁷ STJ, Segunda Seção, Embargos de divergência no recurso especial nº 736.627/PR, Relator Ministro Fernando Gonçalves, j. 25.06.2008, DJe 01.07.2008. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 06.07.2017.

³⁸ ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire: conflits des lois dans le temps*. Paris: Dalloz, 2008.

³⁹ Art. 2.039. O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido.

Para responder a essa pergunta é necessário, antes, esboçar uma breve evolução histórica dos efeitos patrimoniais da união estável - denominação introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Constituição da República de 1988 - que previamente se chamava *concubinato*.

Inicialmente, a comunicação de bens decorrentes do então denominado concubinato se dava por meio da aplicação da teoria da *sociedade de fato*.

A teoria da sociedade de fato tem sua origem na jurisprudência francesa do século XIX, origem desvinculada da ideia de concubinato. Havia algumas normas sobre comércio, de 1673, que exigiam contrato escrito e registro de um extrato de sociedades entre mercadores e negociantes, sob pena de nulidade. Mas a Corte de Paris, em um aresto de 8 de abril de 1825, empregando pela primeira vez a expressão *sociedade de fato*, aplicou a teoria privando a declaração de nulidade, conseqüente da ausência de registro, de seu efeito retroativo, determinando fosse realizada uma liquidação da sociedade não registrada.⁴⁰

Em seguida, um julgado de dezembro de 1833, do tribunal de Rennes, acolheu a pretensão de uma mulher que, ao invés de discutir a relação concubinária, alegou a existência de uma sociedade de fato com o falecido concubino, afirmando ter contribuído com bens para a formação do patrimônio deixado pelo *de cuius*, a impor a partilha dos bens.⁴¹

A jurisprudência brasileira adotou a tendência francesa, incorporando a designação *de fato* para as sociedades desprovidas de personalidade jurídica, aplicando a teoria inclusive como alicerce para amparar a partilha de bens decorrente do rompimento do concubinato, sob o fundamento da existência de sociedade de fato entre os concubinos, distinta e independente da relação concubinária em si. Aplicando a noção geral contida no art. 1.363 do Código Civil de 1916⁴², a jurisprudência pátria passou a admitir que, paralela e concomitantemente com o concubinato pudesse existir uma sociedade de fato, se os concubinos se unissem na realização ou exploração de uma determinada atividade, combinando seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns.

⁴⁰ LEVENEUR, Laurent. *Situations de fait en droit privé*. Paris: LGDJ, 1990, p. 232.

⁴¹ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinato*. 3. ed. São Paulo: LEUD, 1988, p. 61-62.

⁴² Art. 1.363, CC/16. Celebram contrato de sociedade as pessoas, que mutualmente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns.

Consolidou-se a orientação pela súmula nº 380, do Supremo Tribunal Federal, que estabelece: “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”. Segundo MORAES, o disposto na súmula ressalta três importantes aspectos da matéria: “o primeiro, que é admissível sociedade juridicamente eficaz no concubinato; o segundo, que tal sociedade tem de ser comprovada; terceiro, também na sociedade de fato cabe dissolução com partilha dos efeitos patrimoniais”.⁴³

A Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994, embora anunciasse regular o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, no art. 3º dispunha: “Quando os bens deixados pelo(a) autor da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro(a), terá o sobrevivente direito à metade dos bens”. Apesar de indicar o tratamento de alimentos e direitos sucessórios, a Lei 8.971/1994, no art. 3º, com sua redação ambígua e imperfeita⁴⁴, na verdade, regulou o direito à meação, em virtude de a aquisição ter sido resultado de atividade em que houvesse colaboração, positivando a teoria da sociedade de fato.⁴⁵

A Lei 9.278, de 10 de maio de 1996, que pretendeu regular o §3º do art. 226 da Constituição, ao cuidar da comunicação de bens na união estável, instituiu, no art. 5º:

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

Em seguida, o parágrafo primeiro exclui da presunção estipulada no *caput* os bens adquiridos em sub-rogação de outros anteriores ao início da união.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao enfrentar questões de direito intertemporal envolvendo uniões estáveis terminadas antes do advento da Lei 9.278/1996, entendeu aplicável a teoria da sociedade de fato:

⁴³ MORAES, Walter. *Sociedade civil estrita*. São Paulo: RT, 1987, p. 199.

⁴⁴ VILLELA, João Baptista. *Alimentos e sucessão entre companheiros: apontamentos críticos sobre a Lei nº 8.971/94*. Repertório IOB de jurisprudência. 1995, nº 7, p. 116.

⁴⁵ STJ, Quarta Turma, Recurso Especial nº 397.168/SP, Relator Ministro Jorge Scartezini, j. 26.10.2004, DJ 06.12.2004, p. 315. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 06.07.2017. Ementa: CIVIL - RECURSO ESPECIAL - UNIÃO ESTÁVEL - HERANÇA - FALECIMENTO DO COMPANHEIRO SEM ASCENDENTES OU DESCENDENTES - APLICABILIDADE DA LEI Nº 8.971/94 A FATOS PENDENTES - POSSIBILIDADE - SOCIEDADE DE FATO - COMUNHÃO DE AQUÊSTOS - INEXISTÊNCIA DE RETROATIVIDADE (ART. 6º DA LICC).

Portanto, ao afirmar que as partes viveram em estado de união estável no período de 1992 a 1995, o v. acórdão não julgou de modo ofensivo ao sistema jurídico implantado no país. O que não se pode é aplicar àquela relação dispositivo legal que lhe é superveniente, pelo que nesse ponto creio que o r. acórdão, ao determinar a divisão paritária com base no art. 5º da Lei 9278/96, deu-lhe aplicação indevida, além de vulnerar a regra do art. 6º da LICC.⁴⁶

Quanto às uniões estáveis iniciadas antes do advento da Lei nº 9.278/1996, mas por ela alcançadas, o Superior Tribunal de Justiça vinha entendendo que tais entidades familiares deveriam ser integralmente regidas por tal lei.⁴⁷ O entendimento do STJ parecia assentar-se em dois fundamentos. O primeiro relaciona-se à natureza *heterotrópica* da regra contida no art. 5º da Lei 9.278/1996, que estabeleceu uma presunção de comunicabilidade dos bens e inverteu os ônus da prova.⁴⁸

Sobre o tema, José Carlos Barbosa Moreira explica que quando o Código de Processo Civil não contenha apenas normas aplicáveis a processos relacionados com litígios civis em sentido estrito – e, estendendo-se o raciocínio, quando o Código Civil incluir normas referentes à prova dos negócios jurídicos – pode acontecer que surjam questões atinentes à distribuição da matéria entre os referidos diplomas.⁴⁹ Para o mencionado autor, as denominadas *normas heterotrópicas* – pertinentes ao direito civil, mas que se

⁴⁶ STJ, Quarta Turma, Recurso Especial nº 443.901/RS, Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 15.10.2002, DJ 17.02.2003, p. 291. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 10.07.2017. Ementa: União Estável. Duração anterior à Lei 9278/96. Partilha. Sociedade comercial. - Pode ser reconhecida a existência de união estável e ser-lhe atribuído efeito patrimonial, independentemente da incidência da Lei 9278/96. Esse diploma, com vigência posterior à cessação da vida em comum, não pode ser invocado para determinar a partilha paritária dos bens, quando a realidade mostra que a contribuição da mulher foi de menor significado. - Constituída sociedade comercial, o direito da mulher é sobre o valor das quotas sociais, não sobre o patrimônio da empresa. - Exclusão de pedido não constante da inicial, sobre rendimentos posteriores ao término da convivência. Recurso conhecido em parte e provido.

A Terceira Turma do STJ também adotou esse entendimento: STJ, Terceira Turma, Recurso Especial nº 439.421/PE, Relator Min. Ari Pargendler, j. 15.08.2002, DJ 09.06.2003, p. 267. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 10.07.2017. Ementa: CIVIL. CONCUBINATO. SEPARAÇÃO. Segundo a jurisprudência da Terceira Turma, a Lei nº 9.278, de 1976, é inaplicável às relações maritais desfeitas anteriormente; assim, a mulher só teria direito à repartição do patrimônio titulado em nome do marido se a respectiva formação fosse o resultado do esforço comum de ambos – circunstância que o Tribunal *a quo* afastou. Recurso especial conhecido, mas não provido.

⁴⁷ STJ, Quarta Turma, Recurso Especial nº 986290/RS, Relator Min. Luis Felipe Salomão, j. 22.02.2011, DJe 28.02.2011. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 06.07.2017. Trecho da ementa: Incontroversa a união estável pelo período de 18 anos, cujo término se deu sob a vigência da Lei 9.278/96, é cabível a partilha dos bens adquiridos durante o convívio.

⁴⁸ Pela teoria da sociedade de fato, vigente antes da Lei 9279/1996, impunha-se a quem pretendesse a partilha de bens os ônus de provar a existência da sociedade de fato, a aquisição de bens, e que a aquisição se dera como resultado do esforço comum. Pela inteligência do art. 5º da Lei 9.278/1996, há uma presunção relativa de serem comuns os bens adquiridos onerosamente na constância da união, admitindo-se, como prova em contrário (que incumbe a quem quiser excluir o bem da partilha), somente o contrato escrito ou a prova de subrogação (art. 5º, §1º). Esse entendimento se fez presente em outras duas decisões DO STJ: STJ, Terceira Turma, Recurso Especial nº 758.548/MG, Relatora Ministra Nancy Andriighi, DJ de 13.11.2006; STJ, Quarta Turma, Recurso Especial n. 602199/PB, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ 03.09.2009. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 06.07.2017.

⁴⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo Código Civil e o Direito Processual Civil. In *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. (coord. Fredie Didier Jr e Rodrigo Mazzei). Salvador: JusPODIUM, 2006, p. 91-108.

insinuem em códigos processuais, ou vice-versa – provocam intromissões e superposições. Assim, apesar de estar inserida na regulamentação do *regime de bens entre os companheiros*, não se trataria de norma exclusivamente de direito material, mas também de direito processual. E, à luz deste entendimento, a norma teria aplicação imediata, conforme teorias de MAXIMILIANO⁵⁰, ESPÍNOLA⁵¹, LIEBMAN⁵², entre outros.

O segundo fundamento diz respeito à finalidade do art. 5º da Lei 9.278/96, que, pretendendo fazer justiça aos relacionamentos existentes antes do advento da referida lei e congregar a solidariedade que une os companheiros, impõe a interpretação de que a união estável, como entidade familiar, pressupõe a intenção do casal de comungar esforços a fim de atingir objetivos comuns, os quais não se restringem à contribuição financeira, mediante trabalho ou capital, mas, ao revés, abarcam também a contribuição relacionada à atividade doméstica, em benefício da família⁵³.

Todavia, surgiu divergência entre as turmas do STJ, pois, no mesmo ano em que a Terceira Turma adotou o entendimento mencionado no parágrafo anterior, a Quarta Turma decidiu que a Lei 9.278/96 não seria integralmente aplicável às uniões estáveis iniciadas antes de seu advento, apesar de terem terminado durante a sua vigência. Argumentou-se que a aquisição de bens e, por via oblíqua, a partilha desses mesmos bens, deve seguir as normas vigentes à época da aquisição, quando há o aperfeiçoamento dos requisitos legais previstos para o respectivo negócio jurídico. Portanto, entender de outra forma implicaria a alteração da titularidade dos bens, com ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito⁵⁴.

Com o intuito de uniformizar o entendimento das Turmas de Direito Privado, a Segunda Seção se reuniu para julgamento do Recurso Especial nº 1.124.859, no qual se discutia se a regras da Lei 9.278/96 devem incidir na comunicação de todos os bens

⁵⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal*. 2 ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1955, p. 283-284.

⁵¹ ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. 1, p. 374-376.

⁵² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tocantins: Intellectus, 2003, v. 2, p. 85.

⁵³ Esse foi o entendimento adotado no julgamento do Recurso Especial nº 1337821/MG, conforme se depreende de trecho da ementa: “Conquanto o art. 5º da Lei 9.278/96 incida do momento de sua vigência em diante, não se pode negar que o seu espírito nasceu impregnado do senso de justiça e solidariedade que impõe, na interpretação do § 3º do art. 226 da CF, mesmo antes da correspondente regulamentação, o reconhecimento de que, como entidade familiar que é, a união estável pressupõe a intenção dos seus membros de comungar esforços para o alcance de objetivos que lhes são comuns, sejam eles patrimoniais ou extrapatrimoniais.” (STJ, Terceira Turma, Recurso Especial nº 1337821/MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. em 21.11.2013, publ. em 29.11.2013. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 06.07.2017.

⁵⁴ STJ, Quarta Turma, Recurso Especial nº 959.213/PR, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Relatora para acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, j. em 06.06.2013, DJe 10.09.2013. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 10.07.2017.

adquiridos durante união estável dissolvida após sua vigência, ainda que iniciada em data anterior, ou, ao contrário, se devem incidir apenas quanto aos bens adquiridos após a sua vigência. Resumindo, a divergência consistia em dizer se a presunção de esforço comum, instituída pela Lei 9.278/96 aplica-se aos bens adquiridos antes de sua entrada em vigor ou somente a partir dela.

Prevaleceu o entendimento de que as regras da Lei 9.278/96 somente se aplicam aos bens adquiridos após a sua vigência, uma vez que, aos bens adquiridos antes, deve ser aplicado o sistema vigente à época. Esse entendimento encontra respaldo na teoria do direito transitório de Paul Roubier, conforme já mencionado em tópico anterior deste trabalho. Aliás, ressalte-se que é do autor o conceito de *efeito imediato da lei*, o qual deve ser entendido como aquele que atinge fatos e situações no exato momento temporal em que a lei nova entra em vigor, não importando juridicamente se tais fatos ou situações remontam, na sua origem, a uma lei por esta nova substituída⁵⁵.

Sobre o tema, no acórdão, foi feita importante diferenciação entre a união estável propriamente dita, que, assim como o casamento, é profícua em *facta pendentia* e, portanto, atingida pelo *efeito imediato da lei*, e o negócio jurídico como ato único, já findo, que se caracteriza como *facta praeterita*, encerrado na vigência do direito anterior⁵⁶.

É fato que os atos jurídicos perfeitos, representando fatos consumados ao tempo em que determinada norma era vigente, asseguram aos titulares do ato ou negócio aperfeiçoado, a proteção do direito adquirido, incorporado definitivamente ao seu patrimônio e à sua

⁵⁵ ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire: conflits des lois dans le temps*. Paris: Dalloz, 2008.

⁵⁶ STJ, Segunda Seção, Recurso Especial nº 1.124.859/MG, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Relatora para acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, j. em 26.11.2014. publ. em 27.02.2015. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 10.07.2017. Trecho da ementa: “Os bens adquiridos anteriormente à Lei 9.278/96 têm a propriedade - e, conseqüentemente, a partilha ao cabo da união - disciplinada pelo ordenamento jurídico vigente quando respectiva aquisição, que ocorre no momento em que se aperfeiçoam os requisitos legais para tanto e, por conseguinte, sua titularidade não pode ser alterada por lei posterior em prejuízo ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito (CF, art. 5, XXXVI e Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º). Os princípios legais que regem a sucessão e a partilha de bens não se confundem: a sucessão é disciplinada pela lei em vigor na data do óbito; a partilha de bens, ao contrário, seja em razão do término, em vida, do relacionamento, seja em decorrência do óbito do companheiro ou cônjuge, deve observar o regime de bens e o ordenamento jurídico vigente ao tempo da aquisição de cada bem a partilhar. A aplicação da lei vigente ao término do relacionamento a todo o período de união implicaria expropriação do patrimônio adquirido segundo a disciplina da lei anterior, em manifesta ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito”. Posteriormente, a matéria ainda foi objeto de apreciação pelo STJ, mas houve apenas reiteração do entendimento já consolidado (STJ, Quarta Turma, Recurso Especial nº 1.118.937/DF, Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, j. em 24.02.2015, publ. em 04.03.2015). Finalmente, a presunção de esforço comum instituída pela Lei 9.278/96 foi novamente objeto de apreciação pelo STJ, quando foi reiterado o entendimento de que, para os bens adquiridos após sua vigência, o esforço comum é presumido e não se limita à contribuição patrimonial, mas também à colaboração indireta (STJ, Terceira Turma, Recurso Especial nº 581.537/PR, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 02.02.2017, publ. em 21.02.2017).

personalidade. Ou, como explica Rubens Limongi França, o direito adquirido “é o limite da atuação da regra do efeito imediato”.⁵⁷

Finalmente, em janeiro de 2003, entrou em vigor o Código Civil de 2002, que trata, nos arts. 1.723 a 1.727, da união estável e dispõe, sobre os bens, no art. 1.725 que: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

Trata-se, portanto, de regime de bens. Mais precisamente da aplicação do regime da comunhão parcial - que é o *supletivo legal* do casamento - para a união estável, também em caráter supletivo, porque se aplica quando não houver contrato escrito entre os companheiros.

É preciso indagar se o art. 1.725 do Código Civil de 2002 tem eficácia imediata ou se as uniões iniciadas antes do *Codex* ficam submetidas ao regime de condomínio da Lei 9.278/1996.

Sobre o casamento, MAXIMILIANO afirma que

o Direito imperante na data do matrimônio fixa, de modo invariável para o futuro, as *relações patrimoniais* entre os cônjuges, quer quanto às disposições *imperativas*, quer quanto às *supletivas* da vontade das partes: por exemplo, o regime dos bens, quer advenha de contrato antenupcial, quer da própria lei; assim como a proibição de doações ou dádivas entre esposos. Portanto, a lei vigente ao celebrarem-se as núpcias regula os direitos dos consortes sobre os bens comuns e sobre os pessoais separados; obrigações por dívidas anteriores ao casamento ou com o mesmo concomitantes (...).⁵⁸

Em outros termos, para o casamento, as relações conjugais de natureza patrimonial devem ser regidas pela lei antiga. Desse modo, ainda que a lei nova estabeleça diferentes regimes, supletivo legal e obrigatório, os casamentos celebrados sob o sistema anterior permanecem por ele regidos.⁵⁹

Assim, se no casamento deve ser preservado o regime de bens vigente no momento da celebração, a fim de se preservar o direito adquirido, não se poderia admitir correta a

⁵⁷ FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito intertemporal brasileiro*. 2.ed. São Paulo: RT, 1968, p. 435. FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 3. ed. São Paulo: RT, 1982, p. 210.

⁵⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 86.

⁵⁹ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, p. 298.

interpretação que permitisse efeito retroativo, para a união estável, do art. 1.725 do Código Civil de 2002. Dessa forma, as uniões estáveis alcançadas pelo Código de 2002 não podem ser integralmente regidas pela comunhão parcial, devendo ser observadas as diferenças entre o regime de condomínio da Lei 9.278/1996 e a comunhão parcial, como, por exemplo, a incomunicabilidade dos frutos dos bens particulares na exegese da lei e sua comunicação à luz da comunhão parcial.

No que tange à comunicação dos frutos e/ou rendimentos advindos de bens pertencentes a um só dos conviventes, adquiridos antes da união estável e ainda sob a égide do Código Civil de 1916, quando ainda não havia a positivação do legislador equiparando o regime de bens da união estável ao regime matrimonial da comunhão parcial de bens, inserida somente quando da entrada em vigor do Código Civil de 2002, o STJ aplicou os princípios *tempus regit actum* e *accessorium sequitur suum principale*, afastando a incidência do regime de comunhão parcial de bens e decidindo com base na Lei 9.278/1996.⁶⁰

Já no tocante à partilha de frutos e/ou rendimentos percebidos durante união estável sob a égide do Código Civil de 2002, o STJ entendeu que há presunção absoluta de que os bens adquiridos com tais frutos e/ou rendimentos são fruto do esforço comum dos companheiros, interpretando restritivamente o art. 1.659, VI, do Código Civil, pelo que seria despicienda a perquirição acerca da origem dos recursos financeiros utilizados na aquisição dos bens⁶¹.

6. Conclusões

⁶⁰ STJ, Quarta Turma, Recurso Especial nº 775.471/ RJ, Relator Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), j. 05.08.2010, DJe 31.08.2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 10.07.2017. Ementa: Civil. Família. União estável. Reconhecimento e dissolução incontroversos. Violação ao artigo 5º, § 1º, da lei 9.278/96 configurada. Partilha de frutos e/ou rendimentos adquiridos antes da união estável. Bens adquiridos por herança e com recursos provenientes de modo exclusivo do varão. Incomunicabilidade também incontroversa dos bens principais. Impossibilidade de divisão dos frutos. Aplicação do princípio do acessório seguir a sorte do principal. Recurso provido. Sentença restabelecida. Precedente.

⁶¹ STJ, Terceira Turma, Recurso Especial nº 1295991/MG, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 11.04.2013, DJe 17.04.2013. Trecho da ementa: 2. Na união estável, vigente o regime da comunhão parcial, há presunção absoluta de que os bens adquiridos onerosamente na constância da união são resultado do esforço comum dos conviventes. 3. Desnecessidade de comprovação da participação financeira de ambos os conviventes na aquisição de bens, considerando que o suporte emocional e o apoio afetivo também configuram elemento imprescindível para a construção do patrimônio comum. 4. Os bens adquiridos onerosamente apenas não se comunicam quando configuram bens de uso pessoal ou instrumentos da profissão ou ainda quando há sub-rogação de bens particulares, o que deve ser provado em cada caso. 5. Os frutos civis do trabalho são comunicáveis quando percebidos, sendo que a incomunicabilidade apenas atinge o direito ao seu recebimento. 6. Interpretação restritiva do art. 1.659, VI, do Código Civil, sob pena de se malferir a própria natureza do regime da comunhão parcial.

A democratização das relações familiares promoveu o alargamento da noção jurídica de família exigiu proteção e regulamentação dos efeitos da união estável, que foi reconhecida expressamente, desde a Constituição da República de 1988, como entidade familiar.

No entanto, o casamento continua sendo o paradigma da entidade familiar formada por um casal, de tal forma que nossa Constituição prevê que tais uniões devem ser incentivadas pela lei a se converterem em casamento (art. 226, §3º).

Casamento e união estável distinguem-se, fundamentalmente, pelo formalismo e solenidade que caracterizam o primeiro, no momento de sua realização (art. 1.514, CC). Assim, a regulamentação e interpretação da união estável pode se inspirar nas normas disciplinadoras do casamento, enquanto relação familiar, mas as normas que regulam os efeitos do casamento, como negócio jurídico solene, não podem ser aplicadas às uniões estáveis, porque dependem essencialmente do aspecto formal e solene, que é o marco distintivo entre as entidades familiares.

No tocante do direito intertemporal relativo à comunicação de bens na união estável, após análise do direito comparado e da jurisprudência do STJ, pode-se constatar que as uniões terminadas antes do advento da Lei 9.278/1996 são regidas pela teoria da sociedade de fato, sob inspiração da jurisprudência francesa.

Por outro lado, as relações alcançadas pela Lei 9.278/1996 são por ela regidas, mas, quanto aos efeitos patrimoniais, deve ser observada a data da aquisição de cada um dos bens objeto de partilha. Portanto, se o bem tiver sido adquirido antes da entrada em vigor da Lei 9.278/1996, não há a presunção de esforço comum, pois o bem já havia integrado o patrimônio do convivente que o adquiriu com observância das regras anteriores. Entender de forma diversa violaria o ato jurídico perfeito, pois o negócio jurídico observou as regras vigente à época, e, ainda, o direito adquirido do convivente, que teria metade da propriedade do bem extirpada de sua esfera jurídica.

O mesmo raciocínio aplica-se às uniões estáveis constituídas sob a égide do Código Civil de 2002, pois, o art. 1.725, ao prever o regime da comunhão parcial, no que couber, como supletivo legal da união estável, não pode ter efeito retroativo, alcançando bens adquiridos em período anterior, também sob pena de ofensa ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido.

7. Referências

- ANGELUCI, Cleber Affonso. Da família plural à família singular: dilemas entre união estável e casamento. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 12, p. 59-73, abr./jun. 2017.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Lei de Introdução ao Código Civil*. São Paulo: Max Limonad, 1954, v. 1.
- BÉNABENT, Alain. *Droit Civil: La Famille*. 5. ed. Paris: Litec, 1993.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinato*. 3. ed. São Paulo: LEUD, 1988.
- CABRILLAC, Rémy. *Droit Civil: Les regimes matrimoniaux*. 2. ed. Paris: Montchrestien, 1996.
- CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito de família e das sucessões*. Coimbra: Almedina, 1990.
- CARBONNIER, Jean. A chacun sa famille, à chacun son droit. *Essais sur les lois*. 2. ed. Paris: Répertoire du notariat Defrénois, 1995.
- CARBONNIER, Jean. *Droit Civil: La famille, l'enfant, le couple*. 21. ed. Paris: PUF, 1995.
- CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: RT, 1995.
- CHALVON-DEMERSAY, Sabine. *Concubin, Concubine*. Paris: Seuil, 1983.
- COLOMER, André. *Droit Civil: Regimes Matrimoniaux*. 5. ed. Paris: Litec, 1992.
- DELGADO, Mário Luiz. O paradoxo da união estável: um casamento forçado. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 2, n. 1, 2016.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. Las nuevas fronteras y la crisis del concepto de familia. In: *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*. (Coord. CARLUCCI, Aída Kemelmajer). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999, t. 1.
- DUCHET-NESPOUX, Joëlle. *Guide juridique et pratique du concubinage*. Paris: Vecchi. 1995.
- ESPÍNOLA, Eduardo, FILHO, Eduardo Espínola. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. 1.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito intertemporal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 1968.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 3. ed. São Paulo: RT, 1982.
- GALLARDO, Aurelio Barrio. *Autonomía privada e matrimonio*. Madrid: Reus S.A., 2016.
- GIDDENS, Anthony. *The third way: the renewal of social democracy*. Cambridge, UK: Blackwell, 1998.
- GLENDON, Mary Ann. *The transformation of family law: State, Law and Family in the United States and Western Europe*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996.
- HAUSER, Jean. *L'intégration par le législateur français des normes supranationales de droit de la famille*. Paris: L.G.D.J., 1996.

Internationalisation des droits de l'Homme et evolution du droit de la famille: Colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliqués au droit privé – *Université de Lille II. Avant-propos de Françoise Dekeuwer-Défosser*. Paris: L.G.D.J., 1996.

LABBÉE, Xavier. *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?* Paris: Presses Universitaires du Septentrion, 1996.

LEVENEUR, Laurent. *Situations de fait en droit privé*. Paris: LGDJ, 1990.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tocantins: Intelectus, 2003, v. 2.

LLOVERAS, Nora, SALOMÓN, Marcelo. *El derecho de familia desde la constitución nacional*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

MAZEAUD, Henri et Leon, MAZEAUD, Jean, CHABAS, François. *Leçons de Droit Civil: La Famille*. 7. ed. Paris: Montchrestien, 1995, t. 1, v. 3.

MORAES, Walter. *Sociedade civil estrita*. São Paulo: RT, 1987.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo Código Civil e o Direito Processual Civil. In *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. (coord. Fredie Didier Jr e Rodrigo Mazzei). Salvador: JusPODIUM, 2006.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. A Família na Evolução do Direito Brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Direitos de Família e do Menor*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1993: 83-96.

NIBOYET, Frédérique. *L'ordre publique matrimonial*. Paris: L.G.D.J., 2008.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1.

PAPAUX VAN DELDEN, Marie-Laure. *L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux*. Genève: Helbing et Lichtenhahn, 2002.

PENCO, Ángel Acedo. *Derecho de Familia*. 2. edición. Madrid: Dykinson, 2016.

ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire: conflits des lois dans le temps*. Paris: Dalloz, 2008.

SHORTER, Edward. *Naissance de la famille moderne: XVIIIe siècle*. Paris: ed. Du Seuil, Points Histoire, 1981.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil: A Disciplina Civil-constitucional das Relações Familiares*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TERRÉ, François, SIMLER, Philippe. *Droit Civil: Les regimes matrimoniaux*. 2 ed. Paris: Dalloz, 1994.

VASSEUR-LAMBRY, Fanny. *La famille et la convention européenne des droits de l'homme*. Paris: L'Hamartan, 2000.

VILLELA, João Baptista. Alimentos e sucessão entre companheiros: apontamentos críticos sobre a Lei nº 8.971/94. *Repertório IOB de jurisprudência*. 1995, nº 7.

civilistica.com

Recebido em: 06.08.2017
Aprovado em:
10.09.2017 (1º parecer)
10.09.2018 (2º parecer)

Como citar: MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; GONTIJO, Letícia Fabel. Direito transitório na união estável e a comunicação de bens. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/direito-transitorio-na-uniao-estavel/>>. Data de acesso.