

PARECER: DIREITO DE FAMÍLIA.  
IMPOSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE  
EFEITOS RETROATIVOS À MUDANÇA DE  
REGIME DE BENS NA UNIÃO ESTÁVEL.  
QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. EFEITO  
TRANSLATIVO. QUESTÃO DEVOLVIDA E  
EFETIVAMENTE JULGADA PELO TRIBUNAL

LEGAL OPINION: FAMILY LAW. IMPOSSIBILITY  
OF ATTRIBUTING RETROACTIVE EFFECTS TO THE  
MODIFICATION OF MARITAL REGIMES IN THE INFORMAL  
MARRIAGE (DE FACTO MARRIAGE). PUBLIC ORDER  
ISSUE. TRANSLATIVE EFFECT. ISSUE EFFECTIVELY  
DECIDED BY THE COURT

**Thiago Rodovalho**

Professor Titular da PUC-Campinas (Graduação e Mestrado). Membro do Corpo Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito (PPGD). Doutor e Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, com estágio pós-doutoral no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5402-7335>.  
*E-mail:* [rodovalho@rodovalho.pro.br](mailto:rodovalho@rodovalho.pro.br)

**Resumo:** Casal que conviveu em união estável sem celebração de pacto por escrito. Incidência do regime legal. Parte maior de 70 anos. Premissa adotada do regime da separação obrigatória de bens. Incidência da comunhão dos aquestos nos termos da Súmula nº 377 do STF. Posterior celebração de escritura pública de declaração de união estável e regime de bens. Única compreensão possível é a de que se tratou de *alteração* do regime de bens. Efeitos *ex nunc*. Impossibilidade de retroação. Proteção ao direito adquirido. Questão de ordem pública. Efeito translativo. Tribunal que efetivamente conheceu e decidiu a questão.

**Palavras-chave:** União estável. Regime de bens. Alteração. Efeito *ex nunc*. Direito adquirido.

**Abstract:** Couple who lived in a informal marriage (de facto marriage) without signing a written agreement. Incidence of the Legal Marital Regime. Part over 70 years old. Premise adopted from the mandatory separation of assets regime. Incidence of the commonality of some assets under the terms

of Precedent n. 377 of the STF. Subsequent celebration of a Public Declaration of Informal Marriage (de facto marriage) and Marital Regime. The only possible understanding is that it was a modification in the marital regime. Ex nunc effects. Impossibility of retroaction. Protection of Vested Right. Public order issue. Translational Effect. Court that actually heard and decided the issue.

**Keywords:** Informal marriage. Marital regime. Modification. *Ex nunc* effects. Vested right.

**Sumário:** **1** Consulta – **2** Breve síntese dos fatos – **3** O regime de bens avençado entre as partes. Impossibilidade de convencionalização “tácita” de regime de bens. Comunicação dos aquestos. Inteligência da Súmula nº 377 do STF – **4** Celebração de escritura pública de declaração de união estável e fixação de regime de bens no ano de 2010. Natureza de mudança de regime de bens. Efeito *ex nunc*. Impossibilidade de atribuição de efeitos retroativos. Necessidade de proteção ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido – **5** Irretroatividade da mudança de regime de bens e a necessária proteção ao direito adquirido. Questões de ordem pública. Devolução da matéria ao tribunal por força do efeito translativo. Inexistência de decisão-surpresa no caso. Questões efetivamente decididas pelo tribunal (= causa decidida) – **6** Conclusão: respostas aos quesitos

## 1 Consulta

A *Sra. XXX* (doravante denominada simplesmente “*Consulente*”), por intermédio de sua ilustre advogada, Doutora *Fabiana Domingues Cardoso*, honra-nos com a presente Consulta, na qual nos indaga sobre a impossibilidade de retroação dos efeitos do contrato de convivência prevendo o regime de bens firmado entre as Partes em XXXX, bem como dos consectários processuais decorrentes disso.

Para tanto, a *Consulente* encaminhou-nos cópia integral dos autos ação XXXX (Processo nº XXXX), atualmente em fase de recurso especial.

Nesse contexto, a Consulta nos é apresentada com os seguintes quesitos, que serão respondidos ao final deste Parecer:

1. A questão da irretroatividade do contrato de convivência prevendo o regime de bens é questão de ordem pública? Se sim, explique.
2. Aponte qual é a questão de ordem pública presente no caso concreto. Qual a repercussão da questão de ordem pública no caso em epígrafe?
3. Em sua opinião, qual o regime de bens aplicável ao caso concreto?
4. No caso concreto, o E. TJ retroagiu o regime de bens e a sua eficácia a período anterior ao da lavratura da escritura pública de união estável, abrangendo período de XXXX até a data da escrituração em XXXX? Explique.
5. A retroação do contrato de convivência prevendo o regime de bens é permitida no ordenamento jurídico brasileiro?
6. No caso concreto, no tocante à posição pretoriana que permite a elaboração de pactos antenupciais ou escrituras de união estável nos regimes obrigatórios para afastar a aplicação da Súmula nº 377, houve a irretroatividade de aplicação da jurisprudência?

De posse da documentação fornecida pela *Consulente*, passamos à análise do caso, conforme o escopo da consulta formulada.

## 2 Breve síntese dos fatos

Trata-se de ação XXXX visando ao reconhecimento da participação da *Consulente* na sucessão do falecido companheiro, em relação aos bens e direitos amealhados na constância da união, que perdurou por mais de XX anos, mormente em relação aos *aquestos*, em razão do contido na Súmula nº 377 do E. STF.

Nesse contexto, a *Consulente* e o Sr. XXXX conviveram em união estável por cerca de XX anos, passando a morar sob o mesmo teto em XXXX, e apenas em XXXX firmaram escritura pública de reconhecimento de união estável, com a eleição e convencionalização do regime de separação de bens: “XXXX”.

Há, ainda, na ação, pretensão concernente ao reconhecimento do direito real de habitação, na condição de companheira, o que não é objeto deste Parecer.

Pois bem, em *primeiro grau*, o e. Magistrado houve por bem reconhecer a união estável e o direito real de habitação, porém, negando o direito à participação nos *aquestos*: “XXXX”.

Houve a interposição de embargos de declaração por parte de XXXX, que restaram rejeitados no mérito, e embargos de declaração por parte de XXXX, acolhidos para revogar as medidas cautelares diante da improcedência do pedido quanto à participação na herança.

Sobrevieram recursos de apelação tanto da *Consulente*, quanto de XXXX.

A *Consulente*, em seu apelo, pretendia a reforma da r. sentença, em relação: (i) à equivocada interpretação do alcance relativo ao suposto termo de renúncia à comunicação dos *aquestos*, constante do instrumento de declaração de união estável; (ii) à necessidade do reconhecimento da comunicação dos *aquestos*; (iii) à impossibilidade de aplicação de regime de bens retroativo ao período anterior à lavratura da escritura de união estável do casal; e, por fim, (iv) ao excesso da sucumbência.

Por sua vez, a também apelante XXXX, visava a afastar o direito real de habitação, e, por fim, insurgir-se contra o alegado excesso da sucumbência.

No julgamento das apelações, o e. TJ houve por bem, nos termos do v. acórdão, negar provimento ao recurso da autora, ora *Consulente*, e dar provimento ao recurso de XXXX, cuja ementa transcrevemos: “XXXX”.

Assim, no que tange ao objeto da presente Consulta, o e. TJ manteve a decisão que estendeu os efeitos da escritura pública de união estável a todo período, inclusive o anterior à sua celebração.

Deste modo, indaga-nos justamente a *Consulente* sobre a (im)possibilidade dessa extensão.

Postos assim os fatos, passemos à análise dos aspectos jurídicos que conformam o caso, atentando, de acordo com o escopo da Consulta formulada, à análise da impossibilidade de retroação dos efeitos do contrato de convivência prevendo o regime de bens firmado entre as Partes em XXXX, bem como dos consectários processuais decorrentes disso.

### **3 O regime de bens avençado entre as partes. Impossibilidade de convencionalização “tácita” de regime de bens. Comunicação dos aquestos. Inteligência da Súmula nº 377 do STF**

Antes de adentrar-se a algumas primeiras conclusões sobre o caso ora *sub examine*, alguns fatos precisam, desde logo, ser destacados.

Nesse sentido, tem-se, desde logo, que as *Partes*, Sra. XXX e Sr. XXX, conviveram em união estável por cerca de XX anos, passando a morar sob o mesmo teto em XXXX.

O período de *XX anos* compreendido entre XXXX e XXXX, ano de falecimento do Sr. XXX, é absolutamente inequívoco, haja vista que corresponde ao período em que viveram sob o mesmo teto e expressamente reconhecido pelo casal na Escritura Pública de União Estável lavrada no ano de XXXX, *verbis*: “XXXX”.

É também *fato* – e absolutamente *incontrovertido* nos autos – que as *Partes*, Sra. XXX e Sr. XXX, somente vieram a celebrar a Escritura Pública de Declaração União Estável e Fixação de Regime de Bens no ano de XXXX.

Ou seja, dito d’outro modo, entre XXXX e XXXX, as *Partes* reconhecidamente e de modo incontroverso conviveram sob o mesmo teto e em união estável *sem* a celebração por escrito de qualquer pacto de convivência. Isso, repita-se, é *fato incontroverso* nos autos.

Pois bem, se assim o era, tem-se a primeira conclusão jurídica que inexoravelmente temos de extrair, a partir desses fatos: das duas apenas uma é possível, como as *Partes* não firmaram por escrito pacto de convivência ou qualquer outro instrumento nesse sentido, *ou* conviveram nesse período (de XXXX a XXXX, ano em que celebraram a Escritura Pública de União Estável) sob o regime da comunhão parcial de bens, *ou* conviveram nesse período sob o regime legal da separação de bens.

Isto é, para nós, *venia concessa*, juridicamente inquestionável, pois deflui dos claros dizeres legais, *verbis*:

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*. (Grifos nossos)<sup>1</sup>

Como é *fato incontroverso* que entre XXXX e XXXX não havia qualquer contrato *por escrito* celebrado entre as *Partes*, *ipso facto*, ou o regime era o da comunhão parcial de bens, ou o regime era o da separação (legal) de bens.

Os dizeres contidos na Escritura Pública de Declaração União Estável e Fixação de Regime de Bens celebrada no ano de XXXX (“XXX”, grifos nossos), e a que se apegou o E. TJ, são, *venia maxima concessa*, juridicamente impossíveis e, portanto, juridicamente inexistentes.

Explica-se.

Como é sabido, o *silêncio* pode, em algumas hipóteses e circunstâncias, ser compreendido como efetiva *manifestação de vontade*. Contudo, um *limite* para essas hipóteses e circunstâncias é justamente quando a *lei exige manifestação expressa*,<sup>2</sup> como é a situação do caso.

Nesse contexto, em se tratando de regime de bens, seja no casamento, seja na união estável, o Código Civil coerentemente exige em ambos pacto *por escrito*, não havendo que se falar juridicamente em “pacto tácito” de regime de bens, figura, repita-se, juridicamente inexistente em nosso sistema jurídico de direito de família.

Em igual sentir os precisos dizeres de Debora Gozzo:

O contrato entre os conviventes há de ser celebrado por escrito. *Trata-se, no fundo, de um requisito de validade desse ato jurídico, pois a lei prevê a forma sob a qual deve ser celebrado*. De qualquer modo, a lei é omissa quanto à necessidade de o documento ser público ou particular. No silêncio da lei, nada impede os conviventes de estipularem, quanto aos seus bens, em escrito particular. *Imprescindível para ser válido é que seja escrito*. (Grifos nossos)<sup>3</sup>

<sup>1</sup> AZEVEDO, Alvaro Villaça. *Comentários ao Código Civil* – Parte especial: do direito de família (arts. 1.711 a 1.783). Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 19. p. 267-268; e PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Comentários ao Novo Código Civil* – Da união estável (arts. 1.723 a 1.783). Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XX. p. 173.

<sup>2</sup> Nesse sentido, v., entre outros, LOPES, Miguel Maria de Serpa. *O silêncio como manifestação da vontade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. p. 108-109; 159 *et seq.*; COSTA, Philomeno J. da. O silêncio nos negócios jurídicos. *Separata da Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 315, jan. 1962. p. 504; 506; 509; e NOVILLO SARAVIA HIJO, Lisardo. *El silencio en la formación de los actos jurídicos*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1941. p. 48.

<sup>3</sup> GOZZO, Debora. O patrimônio dos conviventes na união estável. *In*: ALVIM, Teresa Arruda; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Direito de família* – Aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 4. p. 104-105. No mesmo sentido, DIDIER JUNIOR, Fredie *et alii*. *Comentários ao Código Civil brasileiro* – Do direito de família (arts. 1.639 a 1.783). Coordenação de Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. XV. p. 486: “a forma escrita é elemento essencial”.

Assim, é estreme de dúvidas que, na ausência de contrato escrito – como é a situação do caso ora *sub examine* – o regime de bens no período entre 2005 e 2010 era e só poderia ser o regime legal, qual seja, o da comunhão parcial de bens, ou o da separação obrigatória (legal) de bens, em razão da idade do Sr. XXX.

Não se vai analisar neste estudo se o regime legal, na situação peculiar do caso concreto, seria o da comunhão parcial de bens ou o da separação de bens em razão da idade, uma das teses debatidas nos autos.

Partiremos do pressuposto de que seria o da separação (legal) de bens em razão da idade, tese subsidiária da ora *Consultante* em seu recurso.

Nesse contexto, em se tratando da, em nosso sentir, *inconstitucional*<sup>4</sup> imposição do regime legal da separação legal de bens em razão da idade, incide,

<sup>4</sup> RODOVALHO, Thiago. Comentários aos arts. 731 a 734 do NCCP. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina Pinheiro Cardoso; GOUVEIA, Lúcio Grassi de (Org.). *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Lualri, 2017. v. II. p. 545. No mesmo sentido, cfr., entre outros, CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil* – Parte especial: do direito de família (arts. 1.591 a 1.710). Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 290-291; e LÔBO, Paulo. *Direito civil* – Famílias. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 18. p. 296-297. Na jurisprudência: “Ementa: DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. UNIÃO ESTÁVEL ENTRE SEXAGENÁRIOS. REGIME DE BENS APLICÁVEL. DISTINÇÃO ENTRE FRUTOS E PRODUTO. 1. Se o TJ/PR fixou os alimentos levando em consideração o binômio necessidades da alimentanda e possibilidades do alimentante, suas conclusões são infensas ao reexame do STJ nesta sede recursal. 2. O regime de bens aplicável na união estável é o da comunhão parcial, pelo qual há comunicabilidade ou meação dos bens adquiridos a título oneroso na constância da união, prescindindo-se, para tanto, da prova de que a aquisição decorreu do esforço comum de ambos os companheiros. 3. A comunicabilidade dos bens adquiridos na constância da união estável é regra e, como tal, deve prevalecer sobre as exceções, as quais merecem interpretação restritiva, devendo ser consideradas as peculiaridades de cada caso. 4. A restrição aos atos praticados por pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos representa ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. 5. Embora tenha prevalecido no âmbito do STJ o entendimento de que o regime aplicável na união estável entre sexagenários é o da separação obrigatória de bens, segue esse regime temperado pela Súmula 377 do STF, com a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, sendo presumido o esforço comum, o que equivale à aplicação do regime da comunhão parcial. 6. É salutar a distinção entre a incomunicabilidade do produto dos bens adquiridos anteriormente ao início da união, contida no §1º do art. 5º da Lei n.º 9.278, de 1996, e a comunicabilidade dos frutos dos bens comuns ou dos particulares de cada cônjuge percebidos na constância do casamento ou penderes ao tempo de cessar a comunhão, conforme previsão do art. 1.660, V, do CC/02, correspondente ao art. 271, V, do CC/16, aplicável na espécie. 7. Se o acórdão recorrido categoriza como frutos dos bens particulares do ex-companheiro aqueles adquiridos ao longo da união estável, e não como produto de bens eventualmente adquiridos anteriormente ao início da união, opera-se a comunicação desses frutos para fins de partilha. 8. Recurso especial de G. T. N. não provido. 9. Recurso especial de M. DE L. P. S. provido” (grifos nossos). Trechos do voto-vencedor: “Vale lembrar, ainda, o precedente derivado do julgamento do REsp 471.958/RS (DJe 18.2.2009), no qual se tratou de casamento entre sexagenários e não de união estável. Muito embora a configuração fática daquele processo fosse distinta da que se está julgando, o fundamento então utilizado é perfeitamente aplicável ao caso sob apreciação: *o de que a restrição aos atos praticados por pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos não mais se justifica nos dias de hoje, de modo que a manutenção dessas restrições representa ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. Para manter a coerência com as ideias contidas nos julgados de que participei, pinço o voto vencido no REsp 1.090.722/SP (DJe 30.8.2010), entretanto, curvando-me à jurisprudência pacificada no âmbito da 2ª Seção, no sentido de aplicar o regime da separação obrigatória de bens em hipóteses como a em apreço, considerando, sobretudo, a incidência, na espécie, do CC/16 e da Lei 9.278, de 1996, destaque que o regime da separação obrigatória segue temperado pela Súmula 377 do STF, com a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, sendo presumido o esforço comum*” (grifos nossos) (STJ, 3ª T. REsp nº 1.171.820-PR. Rel. Min. Nancy Andrighi, m.v., j. 7.12.2010. DJe, 27.4.2011).

inexoravelmente, o temperamento imposto pela Súmula nº 377 do e. STF, com a comunicação dos aquestos, salvo na existência de pacto escrito prevendo seu afastamento, do que trataremos no próximo tópico.

Esse entendimento (da comunicação dos aquestos na separação obrigatória de bens) já era defendido pela doutrina inclusive sob a égide do CC/1916.<sup>5</sup>

Nesse sentido, faz-se necessária, inclusive, uma breve digressão histórica do processo legislativo do art. 1.641, inc. II, do CC/2002 para a compreensão da *manutenção* do regime da separação obrigatória de bens nessa hipótese *temperada* pela comunhão de aquestos nos termos da Súmula STF nº 377.

Assim, em sua redação original, o Anteprojeto do atual Código Civil chegou a pretender a abolição da comunhão de aquestos, *verbis*:

Art. 1.854. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens no casamento, *sem a comunhão de aquestos*: [...]

II - Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos. (Grifos nossos)<sup>6</sup>

Essa redação original, mantida inicialmente em sua conversão em projeto legislativo (PL nº 634/1975, Câmara dos Deputados), acabou, durante sua tramitação, em debates e emendas no Parlamento, por ser intencionalmente *suprimida* do texto final, com a seguinte justificativa:

Parecer Final (Deputado Ricardo Fiúza)

EMENDA nº 251

Aditiva ( ); substitutiva (..); modificativa; (x ) supressiva ( )

Referência: Corresponde à Emenda nº 288

<sup>5</sup> V. entre outros: GOMES, Orlando. *Direito de família*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 178: “Realmente, os princípios da *comunhão parcial* prevalecem no regime da separação ainda que *obrigatória*, como se vem interpretando o art. 259 do Código Civil. Nem poderia ser de outro modo num país em que os tribunais reconhecem à *companheira* participação nos bens adquiridos durante o concubinato. Justo não seria que à mulher do maior de 60 anos se recusasse a *comunicação* dos bens adquiridos, a título oneroso, na constância do casamento, presumida a sua cooperação”; e MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil – Direito de família*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 175: “Segundo parece, o primeiro ponto de vista é o mais acertado, em virtude do estabelecimento de verdadeira sociedade de fato, ou comunhão de interesses entre os cônjuges. Não há razão para que os bens fiquem pertencendo exclusivamente a um deles, desde que representam trabalho e economia de ambos. É a conseqüência que se extrai do art. 1.726 do Código Civil, referente às sociedades civis e extensiva às sociedades de fato ou comunhão de interesses. Nesse sentido existe presentemente súmula do Supremo Tribunal Federal (n.º 377)” (assim também na 42. ed. 2012. p. 291; 298-299).

<sup>6</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Anteprojeto de Código Civil*. Brasília: Imprensa Oficial, 1972. p. 313-314.

Conteúdo: Deu ao inciso II do art. 1.669 nova redação

Texto Consolidado: 1653

Autor: Senador Nelson Carneiro

Texto Original do Projeto. Art. 1.669. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento, sem a comunhão de aqüestos:

II - Do maior de sessenta e da maior de cinqüenta anos.

Texto proposto Art. 1.669 – É obrigatório o regime de separação de bens no casamento, sem a comunhão de aqüestos:

II - da pessoa maior de sessenta anos;

Resumo da Justificativa: Não se trata, em verdade, de suspeita de casamento por interesse, nem de espírito patrimonialista, mas de prudência legislativa em favor das pessoas e de suas famílias, considerando a idade dos nubentes. Veja-se que o Senador Nelson Carneiro, autor da emenda nº 288, notoriamente um pioneiro, na contemporaneidade, de medidas legislativas em benefício da mulher e da igualdade dos filhos, não propôs a supressão do inciso II. Alterou-o apenas, para fixar a idade comum, do homem e da mulher, de sessenta anos, paridade hoje indiscutível, em face da Constituição (arts. 5º, I, e 226, §5º).

#### PARECER

A correção da Emenda objetiva adequação constitucional, aos ditames do art. 5º, inciso I da Carta Magna, não mais podendo haver distinção de idade entre o homem e a mulher à obrigatoriedade do regime de separação de bens.

O texto original do projeto, anterior ao advento da Constituição Federal, repetindo o inciso II do parágrafo único do artigo 258 do atual Código, impunha obrigatório aquele regime à mulher maior de cinqüenta anos e ao homem maior de sessenta anos, o que se revela, no presente, manifestamente inconstitucional

*Em se tratando de regime de separação de bens, os aqüestos provenientes do esforço comum devem se comunicar, em exegese que se afeiçoa à evolução do pensamento jurídico e repudia o enriquecimento sem causa, estando sumulada pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula 377).(1)*

A doutrina tem se pronunciado, na mesma linha de entendimento, bastando referir, a propósito, a lição de Washington de Barros Monteiro, ao entender acertado o entendimento de inúmeros julgados, segundo os quais, comuns serão, nessa hipótese, os bens adquiridos na constância do casamento, por seu mútuo esforço. Enfatiza o festejado civilista que o acerto das decisões decorre do estabelecimento de verdadeira sociedade de fato, ou comunhão de interesses entre os cônjuges.



Neste sentido, pondera que “não há razão para que os bens fiquem pertencendo exclusivamente a um deles, desde que representam trabalho e economia de ambos. É a consequência que se extrai do art. 1.376 do Código Civil (vigente), referente às sociedades civis e extensiva às sociedades de fato ou comunhão de interesses.”(2)

*Impõe-se manter o entendimento jurisprudencial do STF substanciado na Súmula nº 377, segundo o qual no regime de separação de bens comunicam-se os bens adquiridos na constância da sociedade conjugal. aí, a supressão da fórmula final “sem a comunhão de aqüestos”, por não se justificar, em nenhuma das hipóteses dos incisos constantes do artigo,*

Em compatibilização com o sentido dessa diretriz jurisprudencial, impõe-se o acolhimento da Emenda, por subemenda, na fórmula colocada, de modo percuciente pelo eminente relator parcial, nos termos seguintes:

“Art. 1.653 – É obrigatório o regime de separação de bens no casamento:

I -.....

II – da pessoa maior de sessenta anos;

III -.....

(1) SÚMULA Nº 377 - STF: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”

(2) Washington de Barros Monteiro, in “Curso de Direito Civil”, 2º Volume – Direito de Família – Editora Saraiva, 13ª ed., 1996, pg. 181. (Grifos nossos)<sup>7</sup>

Em outra emenda, realizada em fase final de tramitação do projeto perante a Câmara dos Deputados, foi alterado o caput do dispositivo, para suprimir a sua parte final: sem comunhão de aqüestos, constando da respectiva justificativa que, “em se tratando de regime de separação de bens, os aqüestos provenientes do esforço comum devem se comunicar, em exegese que se afeiçoa à evolução do pensamento jurídico e repudia o enriquecimento sem causa, estando sumulada pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula 377)” CÓDIGO CIVIL COMENTADO. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1791.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória legislativa do Código Civil*. Brasília: Senado Federal, 2012. v. 3. p. 484-485.

<sup>8</sup> PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória legislativa do Código Civil*. Brasília: Senado Federal, 2012. v. 1. p. 530.

Logo, para além da própria *inconstitucionalidade*, em nosso sentir, do art. 1.641, inc. II, do CC/2002, a questão concernente à comunhão dos aquestos nesse regime obrigatório foi discutida no Parlamento, que houve por bem *manter* o entendimento esposado na Súmula nº 377 do STF, nos termos defendidos pela maioria da doutrina na época, para evitar o *enriquecimento sem causa*.<sup>9</sup>

Justamente por isso, após o advento do CC/2002, a doutrina majoritária seguiu defendendo a comunhão dos aquestos no regime da separação obrigatória de bens.<sup>10</sup>

De modo especial, em igual sentir, o pensamento de Paulo Lôbo, para quem:

Permanece aplicável a Súmula 377 do STF, com o seguinte enunciado: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Em seus efeitos práticos, a Súmula converte o regime legal de separação em regime de comunhão parcial, sem excluir os bens adquiridos por doação ou testamento. A separação patrimonial fica adstrita aos bens adquiridos antes do casamento. A presunção de comunhão é absoluta, não se admitindo discussão sobre terem sido adquiridos os bens com a participação efetiva ou não de ambos os cônjuges, apenas possível se se tratasse de sociedade de fato. *Portanto, a separação absoluta apenas ocorre quando o regime for convencionalizado em pacto antenupcial, alcançando os aquestos.* (Grifos nossos)<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Sendo que a doutrina vem defendendo que, ainda que positivado, o enriquecimento sem causa se traduz em *princípio geral de direito* (TRIMARCHI, Pietro. *L'arricchimento senza causa*. Milano: Giuffrè, 1962. p. 3-8; e GALLO, Paolo. *L'arricchimento senza causa*. Padova: Cedam, 1990. p. 137-140) ou, ainda, em *cláusula geral* (NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 186-193. Embora o mesmo autor admita e defenda o caráter *dúplice* do enriquecimento sem causa, como *cláusula geral* e como *princípio*: “O instituto do enriquecimento sem causa é uma ferramenta que propicia uma ampla ocupação do direito obrigacional em geral, visto que é tipificado como uma cláusula geral. Possui caráter *dúplice*, atuando como fonte obrigacional e como princípio norteador de qualquer relação jurídica” [p. 328]). Seja como for, tanto em uma como em outra corrente, a vedação ao enriquecimento sem causa não perde a sua natureza de questão de *ordem pública*.

<sup>10</sup> Nesse sentido, cfr. entre outros: CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil – Parte especial: do direito de família* (arts. 1.591 a 1.710). Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 291-295; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Comentários ao art. 1.641*. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 2029-2030; MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil – Direito de família*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 298-300; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Comentários ao art. 1.641*. In: FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1502; CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Comentários ao art. 1.641*. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado*. 12. ed. São Paulo: Manole, 2018. p. 1769-1770; e DIDIER JUNIOR, Fredie *et alii*. *Comentários ao Código Civil brasileiro – Do direito de família* (arts. 1.639 a 1.783). Coordenação de Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. XV. p. 486.

<sup>11</sup> LÔBO, Paulo. *Direito civil – Famílias*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 18. p. 298.

Portanto, tendo em vista que, entre XXXX e XXXX, as *Partes*, reconhecidamente e de modo incontroverso, conviveram sob o mesmo teto e em união estável, *sem* a celebração por escrito de qualquer pacto de convivência, e partindo-se do pressuposto de que o regime seria o da separação (legal) de bens em razão da idade, há, em nosso sentir, inescapável comunhão dos aquestos, nos termos da Súmula nº 377 do STF.

#### **4 Celebração de escritura pública de declaração de união estável e fixação de regime de bens no ano de 2010. Natureza de *mudança* de regime de bens. Efeito *ex nunc*. Impossibilidade de atribuição de efeitos retroativos. Necessidade de proteção ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido**

Como tratado no item anterior, temos, portanto, o seguinte quadro: (i) as *Partes* inequivocamente conviveram sob o mesmo teto e em união estável no período entre XXXX e XXXX; (ii) outrossim, é *fato* que as *Partes* nesse período *não* celebraram entre si qualquer pacto ou contrato por escrito; (iii) tendo em vista a idade, independentemente dos debates a esse respeito, trabalhou-se com a premissa da imposição do regime legal, i.e., da separação obrigatória de bens. *Ipsa facto*, concluiu-se pela inexorável comunhão dos aquestos nesse período (XXXX a XXXX).

Pois bem, para além disso, tem-se também como *fato* que, em XXXX, as *Partes* firmaram uma Escritura Pública de Declaração União Estável e Fixação de Regime de Bens.

Ora, se não é possível, em nosso sentir, contrato *verbal* ou *tácito* em matéria de regime de bens, sendo juridicamente *nula* a parte da escritura que assim o declina (“XXX”), como se deve compreender e interpretar a celebração desta Escritura no ano de XXXX?

No nosso entendimento, *venia concessa*, somente uma forma é juridicamente possível: tratou-se, em verdade, de uma *alteração do regime de bens*.

Como é sabido, uma das grandes mudanças<sup>12</sup> no tema no CC/2002 foi a ruptura da *imutabilidade ou irrevogabilidade absoluta do regime de bens* para sua *mutabilidade ou alterabilidade relativa* (CC/2002, art. 1.639: “§2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de

<sup>12</sup> CHINELATO, Sílmara Juny. *Comentários ao Código Civil – Parte especial: do direito de família* (arts. 1.591 a 1.710). Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 281.

ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”).

Historicamente, a despeito das críticas doutrinárias,<sup>13</sup> nosso ordenamento jurídico sempre foi avesso à possibilidade de alteração do regime de bens. Essencialmente, dois eram os fundamentos dessa vedação: (i) a proteção do consorte mais fraco, geralmente, a mulher; e (ii) a proteção dos terceiros de boa-fé.<sup>14</sup>

Porém, essa proteção, em relação ao cônjuge ou companheiro, não se obtém, p. ex., a partir de um excessivo e invasivo escrutínio acerca dos motivos do casal para a mudança do regime, o que se traduziria numa indevida invasão de sua privacidade, mas, sim, ao revés, na aferição da *capacidade e livre manifestação de vontade*, bem como – e especialmente – através da *eficácia* dessa alteração, i.e., para o *futuro, ex nunc*, jamais retroativamente.<sup>15</sup> A bem da verdade, é também através dessa eficácia *prospectiva* e não retroativa (aliada à publicidade) que se protege, também, o terceiro de boa-fé.

Daí porque a doutrina amplamente majoritária, e, em nosso sentir, corretamente, defende que a eficácia da alteração do regime de bens é sempre *ex nunc*, jamais *ex tunc*, é dizer, sempre *prospectiva*, jamais *retroativa*.<sup>16</sup>

Nesse sentido, destacamos os pensamentos de Milton de Paulo de Carvalho Filho e Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *verbis*:

A sentença que declarar a mudança do regime terá *efeitos ex nunc* e substituirá o pacto antenupcial, se houver, por intermédio de mandado

<sup>13</sup> V. por todos: GOMES, Orlando. *Direito de família*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 174: “A imutabilidade do regime de bens é uma segurança para os cônjuges e para terceiros. Todavia, o princípio não é aceito por algumas legislações como a alemã e a sueca. Não há razão para mantê-lo [...] A própria lei põe à sua escolha diversos regimes matrimoniais e não impede que combinem disposições próprias de cada qual. Por que proibir que modifiquem cláusulas do contrato que celebraram, mesmo quando o acordo de vontades é presumido por lei? Que mal há na decisão de cônjuges casados pelo regime da separação de substituírem-no pelo da comunhão? Necessário, apenas, que o exercício desse direito seja controlado a fim de impedir a prática de abusos, subordinando-o a certas exigências”. Cfr. ainda GOMES, Orlando. *Memória justificativa do Anteprojeto de Reforma do Código Civil*. Brasília: Imprensa Oficial, 1963. p. 57.

<sup>14</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil – Direito de família*. Atualização de Francisco José Cahali. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 149; LÔBO, Paulo. *Direito civil – Famílias*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 18. p. 292; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Comentários ao art. 1.639. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 2021; e SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Comentários ao art. 1.639. In: FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1500.

<sup>15</sup> RODOVALHO, Thiago. Comentários aos arts. 731 a 734 do NCP. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina Pinheiro Cardoso; GOUVEIA, Lúcio Grassi de (Org.). *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Lualri, 2017. v. II. p. 545-546.

<sup>16</sup> NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *Código Civil comentado*. (Artigos 1.591 a 1.693). Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo São Paulo: Atlas, 2003. v. XVI. p. 235; LÔBO, Paulo. *Direito civil – Famílias*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 18. p. 293; CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil – Parte especial: do direito de família* (arts. 1.591 a 1.710). Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 285; e MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil – Direito de família*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 252.

de averbação ao cartório de Registro Civil para alteração no assento do casamento e ao cartório de Registro de Imóveis do domicílio do casal. (Grifos nossos)<sup>17</sup>

A mudança de regime de bens apenas produzirá efeitos para o futuro e, por isso, ela tem *natureza constitutiva*, não atingindo, portanto, os atos jurídicos perfeitos. (Grifos nossos)<sup>18</sup>

Em igual sentir é o entendimento do e. Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO. ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS. TERMO INICIAL DOS SEUS EFEITOS. EX NUNC. ALIMENTOS. RAZOABILIDADE. BINÔMIO NECESSIDADE E POSSIBILIDADE. CONCLUSÕES ALCANÇADAS PELA CORTE DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO NA VIA ELEITA. SÚMULA 7/STJ.

1 - Separação judicial de casal que, após período de união estável, casou-se, em 1997, pelo regime da separação de bens, procedendo a sua alteração para o regime da comunhão parcial em 2007 e separando-se definitivamente em 2008.

2 - Controvérsia em torno do termo inicial dos efeitos da alteração do regime de bens do casamento (“ex nunc” ou “ex tunc”) e do valor dos alimentos.

3 - Reconhecimento da eficácia “ex nunc” da alteração do regime de bens, tendo por termo inicial a data do trânsito em julgado da decisão judicial que o modificou. Interpretação do art. 1639, §2º, do CC/2002.

4 - Razoabilidade do valor fixado a título de alimentos, atendendo aos critérios legais (necessidade da alimentanda e possibilidade do alimentante). Impossibilidade de revisão em sede de recurso especial. Vedação da Súmula 07/STJ.

5 - Precedentes jurisprudenciais do STJ.

6 - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. (Grifos nossos) (STJ, 3ª T. REsp nº 1.300.036-MT. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, v.u., j. 13.5.2014. *DJe*, 20.5.2014)

<sup>17</sup> CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Comentários ao art. 1.639. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado*. 12. ed. São Paulo: Manole, 2018. p. 1762.

<sup>18</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Comentários ao art. 1.639. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 2024.

DIREITO DE FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. *ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS DO CASAMENTO DE COMUNHÃO PARCIAL PARA SEPARAÇÃO TOTAL*. OMISSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA. PARTILHA DOS BENS ADQUIRIDOS NO REGIME ANTERIOR. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Consoante dispõe o art. 535 do Código de Processo Civil, destinam-se os embargos de declaração a expungir do julgado eventuais omissão, obscuridade ou contradição, não se caracterizando via própria ao rejuízo da causa.

2. *É possível a alteração de regime de bens de casamento celebrado sob a égide do CC de 1916, em consonância com a interpretação conjugada dos arts. 1.639, §2º, 2.035 e 2.039 do Código atual, desde que respeitados os efeitos do ato jurídico perfeito do regime originário.*

3. No caso, diante de manifestação expressa dos cônjuges, não há óbice legal que os impeça de partilhar os bens adquiridos no regime anterior, de comunhão parcial, na hipótese de mudança para separação total, *desde que não acarrete prejuízo para eles próprios e resguardado o direito de terceiros*. Reconhecimento da eficácia ex nunc da alteração do regime de bens que não se mostra incompatível com essa solução.

4. Recurso especial provido. (Grifos nossos) (STJ, 3ª T. REsp nº 1.533.179-RS. Rel. Min. Marco Aurelio Belizze, v.u., j. 8.9.2015. *DJe*, 23.9.2015)

Pois bem. Superada a imutabilidade do regime de bens, coerentemente, a doutrina vem estendendo a possibilidade às uniões estáveis,<sup>19</sup> inclusive com menor formalismo, sem a necessidade de ser feita através da via judicial.<sup>20</sup>

Contudo, e também coerentemente, a exemplo do que ocorre no casamento, essa *alteração* do regime de bens no contrato ou pacto de convivência na união estável somente pode produzir efeitos *prospectivos*, i.e., *ex nunc*.

Assim vem decidindo de forma coerente o e. Superior Tribunal de Justiça:

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,

<sup>19</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Comentários ao Novo Código Civil – Da união estável* (arts. 1.723 a 1.783). Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XX. p. 176-177.

<sup>20</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Comentários ao art. 1.725*. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 2137.

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. (Grifos nossos) (STJ, 3ª T. REsp nº 1.383.624-MG. Rel. Min. Moura Ribeiro, v.u., j. 2.06.2015. DJe, 12.6.2015)

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. ESCRITURA PÚBLICA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS. *ATRIBUIÇÃO DE EFICÁCIA RETROATIVA. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES DA TERCEIRA TURMA.*

1. Ação de declaração e de dissolução de união estável, cumulada com partilha de bens, tendo o casal convivido por doze anos e gerado dois filhos.

*2. No momento do rompimento da relação, em setembro de 2007, as partes celebraram, mediante escritura pública, um pacto de reconhecimento de união estável, elegendo retroativamente o regime da separação total de bens.*

*3. Controvérsia em torno da validade da cláusula referente à eficácia retroativa do regime de bens.*

4. Consoante a disposição do art. 1.725 do Código Civil, “na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

*5. Invalidade da cláusula que atribui eficácia retroativa ao regime de bens pactuado em escritura pública de reconhecimento de união estável.*

*6. Prevalência do regime legal (comunhão parcial) no período anterior à lavratura da escritura.*



7. Precedentes da Terceira Turma do STJ.
8. Voto divergente quanto à fundamentação.
9. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (STJ, 3ª T. REsp nº 1.597.675-SP. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, v.u., j. 25.10.2016. *DJe*, 16.11.2016)

Nesse sentido, muito acertadamente, vem decidindo o e. STJ não ser possível a retroação de efeitos da alteração de regime de bens nem no casamento nem na união estável, preservando-se, assim, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido (o “*ato jurídico perfeito é o ato regular, quanto à forma, susceptível de gerar, substancialmente, direito adquirido*”),<sup>21</sup> protegendo-se tanto o consorte mais fraco, quanto terceiros de boa-fé.

Em verdade, de há muito já advertia Oscar Tenorio que a liberdade conferida pela lei em matéria de regime de bens não conflita com essa irretroatividade, até porque “aos direitos adquiridos do regime de bens no matrimônio estão vinculados importantes direitos de terceiros”.<sup>22</sup>

Deste modo, tanto para a proteção do consorte mais fraco, quanto para a proteção de terceiros de boa-fé, é que a doutrina sempre alertou para as especificidades da irretroatividade e do respeito ao direito adquirido no direito de família patrimonial, mesmo ante a liberdade conferida pelo legislador, tendo em vista sua natureza social.<sup>23</sup>

Nesse contexto, o ordenamento jurídico põe a salvo o direito adquirido, i.e., as situações que já se consolidaram e integram a esfera jurídica<sup>24</sup> e o patrimônio de alguém,<sup>25</sup> cuja proteção, inclusive, tem *status* constitucional em nosso país, desde a Constituição Federal de 1934,<sup>26</sup> a primeira a consagrar essa proteção, que foi mantida e repetida nas Constituições que se seguiram (na CF/88 integrando o rol de direitos e garantias fundamentais do art. 5º: “XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”).

<sup>21</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 196.

<sup>22</sup> TENORIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. p. 205.

<sup>23</sup> Cfr. RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 1. t. II. p. 459-460; MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946. p. 86-87; e BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 256-262.

<sup>24</sup> PORCHAT, Reynaldo. *Da retroactividade das leis civis*. São Paulo: Duprat, 1909. p. 8.

<sup>25</sup> PORCHAT, Reynaldo. *Da retroactividade das leis civis*. São Paulo: Duprat, 1909. p. 11.

<sup>26</sup> FRANÇA, R. Limongi. *Direito intertemporal em matéria civil (subsídios para uma doutrina brasileira)*. Tese (Cátedra) – FD/USP, São Paulo, 1967. p. 397.

Na clássica e consagrada definição de *direito adquirido* de Gabba, temos que:

È acquisito ogni diritto, che a) è conseguenza di un fatto idoneo a produrlo, in virtù della legge del tempo in cui il fatto venne compiuto, benchè l'occasione di farlo valere non siasi presentata prima dell'attuazione di una legge nuova intorno al medesimo, e che b) a termini della legge sotto l'impero della quale accade il fatto da cui trae origine, entro immediatamente a far parte del patrimonio di chi lo ha acquistato.<sup>27</sup>

A essa definição, Reynaldo Porchat faz um pequeno acréscimo na parte final (“ou constituiu o adquirente na posse de um estado civil definitivo”), assim delimitando suas características essenciais: (i) um fato aquisitivo idôneo a produzir um direito em conformidade com a lei vigente; (ii) uma lei vigente no momento em que o fato se realize; (iii) capacidade legal do agente; (iv) ter o direito passado a integrar o patrimônio da pessoa ou ter constituído o adquirente na posse de um estado definitivo; e (v) não ter sido exigido ainda ou consumado esse direito, i.e., não ter sido ainda realizado em todos os seus efeitos.<sup>28</sup>

Esse conceito difere sobremaneira da *mera expectativa*, ou seja, aquelas situações revogáveis *ad nutum*.<sup>29</sup>

Pois bem, essas características essenciais se fazem presentes na situação do caso concreto, a demonstrar a incorporação ao patrimônio jurídico da *Consulente*, de sorte a impedir a retroação dos efeitos da alteração do regime de bens.

E é justamente nesse sentido que vem decidindo o e. Superior Tribunal de Justiça, em especial no recente acórdão paradigma que instruiu o recurso especial interposto pela *Consulente*, *verbis*:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES. OMISSÕES E CONTRADIÇÕES. INOCORRÊNCIA. QUESTÕES EXAMINADAS E COERENTEMENTE FUNDAMENTADAS. ERRO, FRAUDE, DOLO OU SUB-ROGAÇÃO DE BENS PARTICULARES. QUESTÃO NÃO RECONHECIDA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. FORMALIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. DESNECESSIDADE. CARACTERIZAÇÃO QUE INDEPENDE DE FORMA. EFEITOS PATRIMONIAIS DA UNIÃO ESTÁVEL. REGIME DE BENS. APLICABILIDADE

<sup>27</sup> GABBA, C. F. *Teoria della retroattività delle leggi*. 3. ed. Torino: UTE, 1891. v. I. p. 191.

<sup>28</sup> PORCHAT, Reynaldo. *Da retroactividade das leis civis*. São Paulo: Duprat, 1909. p. 15. V., ainda, LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. v. I. p. 280-281.

<sup>29</sup> ROUBIER, Paul. *Les conflits de lois dans le temps (théorie dite de la non-retroactivité des lois)*. Paris: Recueil Sirey, 1929. t. I. p. 294.

DA REGRA DO ART. 1.725 DO CC/2002 E DO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL, NA AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO EXPRESSA E ESCRITA DAS PARTES. SUBMISSÃO AO REGIME DE BENS IMPOSITIVAMENTE ESTABELECIDO PELO LEGISLADOR. AUSÊNCIA DE LACUNA NORMATIVA QUE SUSTENTE A TESE DE AUSÊNCIA DE REGIME DE BENS. *CELEBRAÇÃO DE ESCRITURA PÚBLICA DE INCOMUNICABILIDADE PATRIMONIAL COM EFICÁCIA RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE, POIS CONFIGURADA A ALTERAÇÃO DE REGIME COM EFICÁCIA EX-TUNC, AINDA QUE SOB O RÓTULO DE MERA DECLARAÇÃO DE FATO PRÉ-EXISTENTE.*

1- Os propósitos recursais consistem em definir, para além da alegada negativa de prestação jurisdicional: (i) se houve erro, fraude, dolo ou aquisição de bens particulares sub-rogados e de efetiva participação da companheira; (ii) se a escritura pública de reconhecimento de união estável e declaração de incomunicabilidade de patrimônio firmada entre as partes teria se limitado a reconhecer situação fática pretérita, a existência de união estável sob o regime da separação total de bens, e não a alterar, *com eficácia retroativa, o regime de bens anteriormente existente.*

2- [...]

4- Conquanto não haja a exigência legal de formalização da união estável como pressuposto de sua existência, é certo que a ausência dessa formalidade poderá gerar consequências aos efeitos patrimoniais da relação mantida pelas partes, sobretudo quanto às matérias que o legislador, subtraindo parte dessa autonomia, entendeu por bem disciplinar.

5- A regra do art. 1.725 do CC/2002 concretiza essa premissa, uma vez que o legislador, como forma de estimular a formalização das relações convivenciais, previu que, embora *seja dado aos companheiros o poder de livremente dispor sobre o regime de bens que regerá a união estável, haverá a intervenção estatal impositiva na definição do regime de bens se porventura não houver a disposição, expressa e escrita, dos conviventes acerca da matéria.*

6- *Em razão da interpretação do art. 1.725 do CC/2002, decorre a conclusão de que não é possível a celebração de escritura pública modificativa do regime de bens da união estável com eficácia retroativa, especialmente porque a ausência de contrato escrito convivencial não pode ser equiparada à ausência de regime de bens na união estável não formalizada, inexistindo lacuna normativa suscetível de ulterior declaração com eficácia retroativa.*

7- Em suma, às uniões estáveis não contratualizadas ou contratualizadas sem dispor sobre o regime de bens, aplica-se o regime legal da

comunhão parcial de bens do art. 1.725 do CC/2002, não se admitindo que uma escritura pública de reconhecimento de união estável e declaração de incomunicabilidade de patrimônio seja considerada mera declaração de fato pré-existente, a saber, que a incomunicabilidade era algo existente desde o princípio da união estável, porque se trata, em verdade, de inadmissível alteração de regime de bens com eficácia ex tunc.

8- Na hipótese, a união estável mantida entre as partes entre os anos de 1980 e 2015 sempre esteve submetida ao regime normativamente instituído durante sua vigência, seja sob a perspectiva da partilha igualitária mediante comprovação do esforço comum (Súmula 380/STF), seja sob a perspectiva da partilha igualitária com presunção legal de esforço comum (art. 5º, caput, da Lei nº 9.278/96), seja ainda sob a perspectiva de um verdadeiro regime de comunhão parcial de bens semelhante ao adotado no casamento (art. 1.725 do CC/2002).

9- Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (Grifos nossos) (STJ, 3ª T. REsp nº 1.845.416-MS. Rel. Min. Marco Aurelio Belizze. Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, m.v., j. 17.8.2021. DJe, 24.8.2021)

Em sentido próximo, também é o entendimento de José Fernando Simão, para quem:

A chamada “retroatividade” do contrato de união estável revela um desvio categorial. Explico. A “retroatividade” pretende alterar o estado das coisas. Bens comuns, por força de lei, em razão da vontade das partes deixariam de ser comuns e mudariam de status para particulares. Isso se revela ilógico (à luz do direito adquirido) e impossível, pois o bem comum, para se tornar particular, exige a alienação da propriedade.

Como o condômino/comunheiro deixa de ser proprietário por ato de vontade? Quais são os mecanismos pelos quais a propriedade é perdida em razão da vontade do titular? Os mecanismos são a renúncia (ato jurídico unilateral) ou a alienação (negócio jurídico bilateral). Em suma, para se deixar de ser proprietário de um bem já incorporado ao patrimônio, deverá o companheiro alienar o que é seu.

É por isso que os efeitos do contrato só se produzem ex nunc, ou seja, da declaração em diante. Efeitos retroativos implicam doação de bens, o que só seria possível com o expresse animus donandi. E isso não se verifica na simples declaração de união estável datada de 22 de agosto de 2002.

Trata-se do chamado direito adquirido. E adquirido no momento em que os bens foram onerosamente adquiridos por João ou Maria, bem como quando os frutos foram percebidos por João e Maria.

É contundente a lição de Rolf Madaleno:

A renúncia dissimulada por simples contrato escrito de convivência, utilizado para afastar a presunção de comunhão parcial dos aquestos, deve ser rejeitada por seu nefasto efeito de enriquecer sem justa causa apenas o companheiro beneficiado pela renúncia do outro, e por atentar contra a moral e o direito, ao permitir restrições de ordem material de efeito retroativo. Apagar acordos tácitos de comunhão parcial justamente quando a lei presume a comunicação dos bens pela inércia contratual dos conviventes, para depois permitir a renúncia patrimonial por mero contrato, surgido quase sempre no auge do desgaste da relação, seria admitir uma forma ilícita e imoral de empobrecer inadvertida e gratuitamente um dos parceiros em benefício do outro, tanto que o STJ tem negado o efeito retroativo ao regime de separação de bens. (Grifo nosso)

O contrato de união estável não retroage nem pode retroagir gerando “perda da meação”, pois se trata de direito adquirido e já incorporado ao patrimônio de seu titular. A proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada está presente no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal e já estava prevista no art. 150, §3º, da Constituição de 1967.<sup>30</sup>

Deste modo, avulta a *impossibilidade* de atribuição de efeitos retroativos à mudança de regime de bens, sendo imperiosa a proteção ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, formados sob a égide do regime anterior.

## **5 Irretroatividade da mudança de regime de bens e a necessária proteção ao direito adquirido. Questões de ordem pública. Devolução da matéria ao tribunal por força do efeito translativo. Inexistência de decisão-surpresa no caso. Questões efetivamente decididas pelo tribunal (= causa decidida)**

Por derradeiro, resta-nos examinar o enfrentamento da matéria pelo Tribunal local e a possibilidade de fazê-lo.

<sup>30</sup> SIMÃO, José Fernando. Parecer – Retroatividade de Contrato de União Estável. *Revista IBDFAM – Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, p. 139-140, jul./ago. 2020.

Inicialmente, tem-se que as *quaestiones iuris* postas na presente *Consulta* (i.e., irretroatividade do pacto de convivência, proteção ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido) são eminentemente *questões de ordem pública*.

Não se ignora aqui a enorme dificuldade que há em *conceituar* o que seja ordem pública, como bem lembrava Jacob Dolinger:

não há como falar em ordem pública interna e ordem pública internacional. A ordem pública é uma, indivisível e indefinível, abstrata, espiritual e anônima, que flutua sobre o sistema jurídico nacional como um anjo protetor, que aplica critérios diferentes dentro de uma tolerância graduada, e que, apesar de toda esta incerteza é entendida pelos juristas e aplicada pelos julgadores com uma constância e uniformidade que supera, às vezes, a interpretação de normas jurídicas concretas, sujeitas a intermináveis divergências da doutrina e da jurisprudência.<sup>31</sup>

Não obstante isso, a despeito de certas dificuldades, algumas questões são *inequivocamente de ordem pública*. Nesse sentido, matéria *constitucional é per se* de ordem pública, em especial o rol de direitos e garantias fundamentais do art. 5º, cláusula pétreia, entre os quais: “XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Assim, as questões de ordem pública, conquanto variáveis no tempo e lugar,<sup>32</sup> representam os interesses superiores, os princípios fundamentais do Estado (*setor-piloto do sistema*).<sup>33</sup>

Nesse sentido, Serpa Lopes consignava que os preceitos de ordem pública são marcados pela *inderrogabilidade* pelo particular, em razão de interesses públicos e sociais superiores,<sup>34</sup> o que, como não poderia deixar de ser, aparece com especial preocupação no direito de família, inclusive no direito patrimonial.<sup>35</sup>

Deste modo, a exigência de pacto de convivência por escrito e a eficácia meramente prospectiva (*ex nunc*) da alteração de regime de bens têm por objetivo o interesse social maior de proteção ao consorte mais fraco e ao terceiro de boa-fé, numa limitação de ordem pública à liberdade individual.

<sup>31</sup> DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Tese (Câtedra) – UERJ, Rio de Janeiro, 1979. p. 42.

<sup>32</sup> DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Tese (Câtedra) – UERJ, Rio de Janeiro, 1979. p. 3; REIS, Alberto dos. *Processos especiais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982. v. II. p. 176; e PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito internacional privado*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. v. I. p. 585.

<sup>33</sup> REIS, Alberto dos. *Processos especiais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982. v. II. p. 176; e MACHADO, João Baptista. *Lições de direito internacional privado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 254.

<sup>34</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. v. I. p. 28-30.

<sup>35</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. v. I. p. 31.

Dito isso, tem-se, outrossim, que o *efeito devolutivo* da apelação não se esgota de modo rigoroso e estrito no brocardo *tantum devolutum quantum appellatum*.

Isto porque certas matérias, independentemente de alegação ou decisão no juízo *a quo*, são *devolvidas* ou *transladadas* ao Tribunal com a simples e mera interposição do recurso. São as matérias de “ordem pública”, cognoscíveis oficiosamente, como amplamente admitido em doutrina e jurisprudência.

Nesse contexto, parte da doutrina trata essa possibilidade como algo inerente ao próprio *efeito devolutivo* da apelação (sem adentrar aqui no debate existente nos recursos excepcionais),<sup>36</sup> compreendido aqui em sua “profundidade”,<sup>37</sup> ou como um *efeito autônomo*, o denominado “efeito translativo”,<sup>38</sup> ou, ainda, admitindo a *cognoscibilidade oficiosa da questão de ordem pública*, porém sem ser muito incisivo na discussão sobre se efeito autônomo (translativo) ou se mera profundidade do efeito devolutivo.<sup>39</sup>

Independentemente da discussão acerca do enquadramento, se como efeito autônomo (translativo) ou como mera profundidade do efeito devolutivo, todos os autores citados admitem expressamente a *cognoscibilidade oficiosa da questão de ordem pública* em sede de recurso de apelação.

Logo, em se tratando de questão de ordem pública, a mera interposição do recurso *devolve* ou *translada* a matéria para o Tribunal, independentemente de ter havido alegação na origem ou no recurso, ou ainda de ter havido apreciação pelo juízo *a quo*.

A única *regra de procedimento* a ser observada é a necessidade de *contraditório prévio*, evitando-se a chamada “decisão-surpresa”, nos termos preconizados pelo art. 10 do CPC/2015: “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum

<sup>36</sup> Admitindo mesmo em sede de recurso excepcional (extraordinário e especial), cfr. entre outros: JORGE, Flavio Cheim. *Teoria geral dos recursos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 343; PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 145; e MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 137; 291-292.

<sup>37</sup> Nesse sentido, falando em profundidade do efeito devolutivo, v.: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. (Arts. 476 a 565). 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. V. p. 445-446; JORGE, Flavio Cheim. *Teoria geral dos recursos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 341-342; ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 286; e MARCATO, Ana Cândida Menezes. *O princípio do duplo grau de jurisdição e a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 120-121.

<sup>38</sup> Nesse sentido, tratando como efeito translativo, cfr.: Nelson NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 482-488; Daniel Willian GRANADO, Daniel Willian. *Recurso de apelação no Novo Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 169-173; e Vinicius Silva LEMOS, Vinicius Silva. *Recursos e processos nos Tribunais no Novo CPC*, . São Paulo: Lexia, 2015. p. 124-125.

<sup>39</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 179-187; e ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. *Apelação – Os limites objetivos do efeito devolutivo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 7-12; 76-78.

de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.<sup>40</sup>

Contudo, o sentido da vedação não é, por evidente, o de *proibir* o conhecimento da questão de ordem pública. Fosse assim, *venia concessa*, a questão, em verdade, *deixaria* de ser de ordem pública.

O escopo da norma é o de exigir o *contraditório prévio* sobre a questão.<sup>41</sup> E esse debate prévio, no caso ora *sub examine*, efetivamente houve, basta, para tanto, ver os d. Pareceres juntados pelo Espólio do Sr. XXX da lavra dos e. Professor Dr. XXX e do Professor Dr. XXX, bem como os debates que se seguiram entre os advogados.

Ou seja, houve *inequívoco* debate *prévio* sobre as questões de ordem pública, não havendo que se falar em “decisão-surpresa” ou violação aos arts. 9º e 10 do CPC/2015.

E, após esses intensos debates e efetivo contraditório, o e. Tribunal local efetivamente *decidiu* a questão: “XXX” (grifos nossos).

Deste modo, tem-se, inequivocamente, que o e. Tribunal *poderia e deveria* ter conhecido da questão, posto que de ordem pública, e de fato efetivamente o fez, ainda que discordemos da interpretação dada.

*Conhecida e decidida* a questão pelo e. Tribunal local, preenchido está o requisito (= *causa decidida*) do art. 105, inc. III, da CF/88 (“III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida”).

E não se faz presente sequer o óbice da Súmula nº 7 do STJ, tendo em vista que se labora exatamente com o quadro fático firmado no v. acórdão recorrido (qual seja: [i] as *Partes* inequivocamente conviveram sob o mesmo teto e em união estável no período entre XXXX e XXXX; [ii] outrossim, é *fato* que as *Partes* nesse período *não* celebraram entre si qualquer pacto ou contrato por escrito; [iii] o Sr. XXX tinha mais de 70 anos na época; e [iv] somente em XXXX, as *Partes* firmaram uma Escritura Pública de Declaração União Estável e Fixação de Regime de Bens), para apenas e tão somente debater sobre sua correta exegese.

<sup>40</sup> Sobre a vedação à decisão-surpresa, já nos manifestamos em: RODOVALHO, Thiago. Contraditório e pertinência da prova no NCPD e na arbitragem. In: DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). *Coleção Novo CPC Doutrina Selecionada – Processo de Conhecimento – Provas*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 3. p. 179-190.

<sup>41</sup> GRANADO, Daniel Willian. *Recurso de apelação no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 173.



Logo, no nosso entendimento, nenhum óbice há para que o c. Superior Tribunal de Justiça conheça do recurso.

## 6 Conclusão: respostas aos quesitos

Em vista de todo o exposto, passamos a responder aos quesitos formulados pela *Consulente*:

1. A questão da irretroatividade do contrato de convivência prevendo o regime de bens é questão de ordem pública? Se sim, explique.

Resposta:

*Sim*. Como viemos expondo, a proteção, em relação ao cônjuge ou companheiro, não se obtém, p. ex., a partir de um excessivo e invasivo escrutínio acerca dos motivos do casal para a mudança do regime, o que se traduziria numa indevida invasão de sua privacidade, mas, sim, ao revés, na aferição da *capacidade e livre manifestação de vontade*, bem como – e especialmente – através da *eficácia* dessa alteração, i.e., para o *futuro, ex nunc*, jamais retroativamente. A bem da verdade, é também através dessa eficácia *prospectiva* e não retroativa (aliada à publicidade) que se protege também o terceiro de boa-fé.

Daí porque a doutrina amplamente majoritária, bem como o entendimento do e. Superior Tribunal de Justiça, em nosso sentir, corretamente, é no sentido de que a eficácia da alteração do regime de bens é sempre *ex nunc*, jamais *ex tunc*, é dizer, sempre *prospectiva*, jamais *retroativa*, protegendo-se o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

2. Aponte qual é a questão de ordem pública presente no caso concreto. Qual a repercussão da questão de ordem pública no caso em epígrafe?

Resposta:

Há essencialmente duas questões de ordem pública no caso ora *sub examine*. A primeira, diz respeito ao regime de bens que é aplicável à união estável na hipótese de ausência de qualquer pacto ou contrato de convivência celebrado por escrito. A lei impõe que, nesse caso, o regime será o da comunhão parcial ou o da separação obrigatória de bens, no caso da idade, p. ex., não se admitindo “contrato tácito ou verbal”, figuras inexistentes para eleição de regime de bens no nosso sistema. A segunda questão de ordem pública diz respeito à eficácia da alteração de regime de bens. As Partes celebraram em XXXX um contrato de convivência em que alteraram o regime de bens, com um *plus*, mesmo em se considerando que o regime anterior era o da separação obrigatória de bens. Esse *plus* consistiu na

incomunicabilidade dos aquestos. Em havendo, portanto, inequivocamente alteração do regime, seus efeitos só podem ser para o futuro (*ex nunc*), e não retroativos, sendo essa proteção também uma questão de ordem pública.

A repercussão da questão de ordem pública no caso concreto é a obrigatoriedade de o e. TJ conhecer – *como de fato a conheceu e efetivamente a julgou* – da matéria, independentemente de ter havido alegação na origem ou no recurso, ou ainda de ter havido apreciação pelo juízo *a quo*, sendo *devolvida* ou *transladada* para o Tribunal com a mera interposição do recurso (*efeito translativo* ou *dimensão vertical [profundidade] do efeito devolutivo*).

3. Em sua opinião, qual o regime de bens aplicável ao caso concreto?

Resposta:

Como é fato que não havia contrato ou pacto por escrito, no período de XXXX a XXXX, adotamos como premissa o regime da separação obrigatória de bens, em razão da idade do Sr. XXX, com a *comunicação dos aquestos nos termos da Súmula nº 377 do STF*. A partir de XXXX, com a celebração da Escritura Pública de Declaração União Estável e Fixação de Regime de Bens, com eficácia *prospectiva* (= *ex nunc*), passa a vigorar o regime da separação obrigatória de bens sem comunicação de aquestos.

4. No caso concreto, o E. TJ retroagiu o regime de bens e a sua eficácia a período anterior ao da lavratura da escritura pública de união estável, abrangendo período de XXXX até a data da escrituração em XXXX? Explique.

Resposta:

*Sim*. Em verdade, *venia maxima concessa*, o e. TJ incorreu no caso em dois equívocos. Primeiro, ao admitir um “contrato de convivência *tácito*”, algo não existente em nosso ordenamento jurídico, que impõe forma escrita. Segundo, ao estender os efeitos do pacto com regime de bens celebrado em XXXX para o período anterior ao da união estável, i.e., de XXXX a XXXX. Ao fazê-lo, deu eficácia *retroativa* à alteração do regime de bens, o que também, em nosso entendimento, não é admitido no nosso ordenamento.

5. A retroação do contrato de convivência prevendo o regime de bens é permitida no ordenamento jurídico brasileiro?

Resposta:

*Não*. Em nosso sentir, tratou-se no caso concreto de *alteração de regime de bens*, é dizer, o contrato de convivência celebrado em XXXX teve o condão de *alterar* o regime de bens que vigorava entre o casal até então. Essa alteração tem eficácia apenas *prospectiva* e não *retroativa*, para proteção ao consorte mais fraco e terceiros de boa-fé e respeito ao direito adquirido.

6. No caso concreto, no tocante à posição pretoriana que permite a elaboração de pactos antenupciais ou escrituras de união estável nos regimes obrigatórios para afastar a aplicação da Súmula nº 377, houve a retroatividade de aplicação da jurisprudência?

Resposta:

*Sim.* O entendimento jurisprudencial mais recente é no sentido de admitir-se a celebração de pacto ou contrato de convivência para afastar a incidência da Súmula nº 377 do STF.

Contudo, os efeitos dessa celebração, como procuramos expor ao longo deste estudo, são *ex nunc*, não retroativos.

É a nossa opinião, salvo melhor juízo.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

RODOVALHO, Thiago. Parecer: direito de família. Impossibilidade de atribuição de efeitos retroativos à mudança de regime de bens na união estável. Questão de ordem pública. Efeito translativo. Questão devolvida e efetivamente julgada pelo tribunal. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 32, n. 3, p. 129-155, jul./set. 2023. DOI: 10.33242/rbdc.2023.03.008.

---

Recebido em: 20.09.2023

Aprovado em: 20.09.2023