

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ALESSANDRA SPALENZA BARCELLOS SZPUNAR

A regulação *a posteriori* do regime de bens na união estável com efeitos retroativos: a aplicação do princípio autonomia da vontade existencial

Rio de Janeiro
2018

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ALESSANDRA SPALENZA BARCELLOS SZPUNAR

A regulação *a posteriori* do regime de bens na união estável com efeitos retroativos: a aplicação do princípio autonomia da vontade existencial

Área de concentração: Direito das Famílias

Trabalho de Conclusão de Curso sob orientação do Professor Gustavo Kloh Müller Neves apresentado à FGV DIREITO RIO como requisito parcial para obtenção de grau de bacharel em Direito.

Rio de Janeiro, 03 de dezembro de 2018

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

A regulação *a posteriori* do regime de bens na união estável com efeitos retroativos: a aplicação do princípio autonomia da vontade existencial

Elaborado por ALESSANDRA SPALENZA BARCELLOS SZPUNAR.

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à FGV DIREITO RIO
como requisito parcial para
obtenção de grau de bacharel em
Direito.

Comissão Examinadora:

Nome do Orientador: Gustavo Kloh Müller Neves

Nome do Examinador 1: Daniel Pires Novais Dias

Nome do Examinador 2: José Guilherme Vasi Werner

Assinaturas:

Gustavo Kloh Müller Neves

Daniel Pires Novais Dias

José Guilherme Vasi Werner

Nota Final: _____

Rio de Janeiro, ____ de dezembro de 2018

Aos meus pais, Vitoldo e Martha – exemplos de trabalho e resiliência -,
pois estiveram, cada um ao seu jeito, incondicionalmente ao meu lado.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus, que me sustentou no percurso desta formação, e sempre me guia pelos melhores caminhos de evolução pessoal. Sou grata por viver, descobrir e crescer, e pela oportunidade de servir ao próximo.

Agradeço em segundo lugar aos meus pais, que sempre estiveram ao meu lado com apoio incondicional, cada um da sua maneira. Agradeço a inspiração que me dão ao passarem para mim, através do exemplo, valores de trabalho, honestidade, resiliência, conhecimento e solidariedade. Agradeço também por todo o sacrifício que fizeram para que eu pudesse chegar até aqui. Espero que eu possa honrá-los.

Agradeço aos amigos que me apoiaram e incentivaram diante de todas as incertezas e que permanecem acreditando no meu potencial. Agradeço especialmente a Raphael que esteve ao meu lado durante todo este percurso com companheirismo imprescindível para enfrentar essa jornada.

Agradeço aos professores e a sua dedicação e amor ao ensinar, que resultou na construção de uma base valiosíssima que se não desenvolvida agora, se transformou em patrimônio pessoal a ser utilizado ao longo da vida.

Agradeço especialmente ao coordenador Thiago Bottino, sempre humano e sensível em relação aos seus alunos. Agradeço também aos professores e primeiros chefes que tive - Paula Almeida e Gustavo Kloh - por serem ambos uma inspiração em diversos aspectos sobre como devo trabalhar e me desenvolver para ser no futuro. E agradeço ao professor Fernando Leal. Os seus ensinamentos são a base mais sólida que construí.

Agradeço aos funcionários da FGV Direito Rio pelo apoio e dedicação constantes.

Por fim, agradeço à FGV Direito Rio pela oportunidade de conhecer um novo mundo e saber que posso fazer importantes realizações que aproveitem à sociedade e ao país.

RESUMO

O Direito Civil e, por consequência, o Direito das Famílias, sofreu um processo de mudança hermenêutica tanto por uma nova teoria jurídica da interpretação, quanto por mudanças sociais e legislativas. Este processo colocou o princípio da dignidade humana no centro do ordenamento jurídico, uma vez que é valor constitucional que fundamenta o Estado Democrático de Direito. Cabe, então, avaliar o nível de interferência estatal na esfera individual. Para esta avaliação foram eleitos o conceito de autonomia privada existencial e a teoria do paternalismo libertário. Concluiu-se neste trabalho que a existência de um espaço de autodeterminação em que o indivíduo possa exercer a sua liberdade é necessário para que haja também igualdade. A retroação dos efeitos patrimoniais de contrato de convivência celebrado no âmbito da união estável poderá, em certas hipóteses, satisfazer melhor a igualdade do que a não retroação. Esta análise deve ser feita no caso concreto e limitada por certos critérios para evitar o abuso de direito, o enriquecimento ilícito ou a não aplicação de cláusulas legais que devem ser respeitadas, dentre outros critérios que se descobrirem necessários. No entanto, a possibilidade de retroação deve ser admitida por três motivos principais: a) a existência de um privilégio no casamento em relação à união estável para a fixação do regime de bens e do nível de comunhão de vidas e patrimônio do casal; b) a possibilidade de que o regime legal da comunhão parcial gere enriquecimento ilícito pela impossibilidade do Estado adentrar a esfera íntima e verificar o nível verdadeiro do cumprimento dos requisitos para o estabelecimento da união estável e; c) a existência do direito de não casar. Desta forma, será garantida a proteção à dignidade da pessoa humana e dos princípios que norteiam o Direito das Famílias: a liberdade, a igualdade e a solidariedade.

PALAVRAS CHAVE:

Direito das Famílias. União Estável. Contrato de Convivência. Retroação de Efeitos Patrimoniais. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Autonomia Privada Existencial. Paternalismo Libertário.

ABSTRACT

Civil Law and, consequently, Family Law, underwent a process of hermeneutic change both by a new juridical theory of interpretation and by social and legislative changes. This process placed the principle of human dignity at the center of the legal system, since it is the constitutional value that underlies the Democratic Rule of Law. It is then necessary to assess the level of state interference in the individual sphere. For this evaluation were chosen the concept of existential private autonomy and the theory of libertarian paternalism. It was concluded in this work that the existence of a space of self-determination in which the individual can exercise his freedom is necessary so that there is also equality. The retrocession of the patrimonial effects of a cohabitation contract concluded within the framework of a stable union may, in certain cases, better satisfy equality than non-retroaction. This analysis must be done in the concrete case and limited by certain criteria to avoid abuse of law, illicit enrichment or non-application of legal clauses that must be respected, among other criteria that are necessary. However, the possibility of retroaction should be allowed for three main reasons: a) the existence of a privilege in marriage in relation to the stable union for the fixation of the property regime and the level of communion of lives and assets of the couple; b) the possibility that the legal regime of partial communion may generate illicit enrichment because the State can not enter the inner sphere and verify the true level of fulfillment of the requirements for the establishment of a stable union; c) the existence of the right not to marry. In this way, the protection of the dignity of the human person and the principles that guide the Family Law will be guaranteed: freedom, equality and solidarity.

KEY WORDS:

Family Law. Stable union. Coexistence Agreement. Equity Effects. Principle of the Dignity of the Human Person. Existential Private Autonomy. Libertarian Paternalism.

LISTA DE SIGLAS

ADI – Ação Direita de Inconstitucionalidade

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

CC – Código Civil

CRFB/1988 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família

PLS – Projeto de Lei do Senado Federal

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

1. Introdução.....	10
2. O processo de constitucionalização do Direito Civil e do Direito das Famílias: a necessidade de reconfiguração do espaço privado no âmbito familiar	12
2.1. A constitucionalização do Direito Civil: a releitura dos seus fundamentos	13
2.2. A evolução social e legislativa do conceito de família: a passagem do Estado Liberal para o Estado Social	17
2.3. As bases constitucionais do Direito das Famílias: a necessidade de configuração de um novo conceito de autonomia que se harmonize com os demais princípios constitucionais .	23
3. A (im)possibilidade de retroação dos efeitos patrimoniais do contrato de convivência na união estável: a aplicação da autonomia da vontade existencial e otimização de princípios...	29
3.1. Os efeitos práticos do estabelecimento do regime legal de comunhão parcial de bens na união estável: a diferenciação para os demais regimes	29
3.2. Os argumentos doutrinários e jurisprudenciais favoráveis e contrários à retroação dos efeitos patrimoniais do contrato de convivência celebrado	33
3.3. A necessidade de ponderação de interesses para otimizar os princípios envolvidos no problema e funcionalizar as relações patrimoniais aos valores constitucionais	37
4. Conclusão	41
Referências	44

1. Introdução

A união estável foi consagrada como entidade familiar pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) que traz, em seu artigo 226, §3º, a proteção ao instituto e a facilitação da sua conversão em casamento. O dispositivo constitucional é regulado pela Lei nº 9.278/96. Além disso, o Código Civil também traz regulamentação ao instituto no Título III do seu Livro IV, especificamente nos artigos 1.723 a 1.727, além de em outras disposições esparsas. Ambos os dispositivos infraconstitucionais definem a união estável como entidade familiar pautada na convivência duradoura, pública e contínua, estabelecida com objetivo de constituição de família¹, sendo as partes formadoras chamadas de conviventes² ou companheiros³. Adotar-se-á, neste trabalho, prioritariamente, a expressão “companheiros” para designar os sujeitos da união estável.

Relevante regulamentação trazida pelo Código Civil ao instituto se refere ao regime de bens aplicável que, segundo Maria Berenice Dias, é uma das consequências jurídicas do casamento, consistente num regramento de ordem patrimonial, que define “(...) a origem, a titularidade, e o destino do patrimônio conjugal”⁴. O estabelecimento do regime de bens é importante para a definição da existência de direito à meação ou direito sucessório aos companheiros em razão de ter havido a formação da entidade familiar. O direito à meação consiste em “(...) saber se existem bens em estado de mancomunhão, isto é, patrimônio comum, a dar direito à meação: metade de um universo patrimonial”⁵. O direito sucessório consiste, por sua vez, na aquisição de domínio, ou seja, na investidura total ou parcial de alguém nos direitos de outrem, cuja transmissão ocorre em razão da morte do transmissor⁶. Dada a importância para

¹ Omite-se, aqui, por não ser objeto de estudo neste trabalho, a disposição expressa contida na CRFB/88, no Código Civil e na Lei nº 9.278/96 que qualifica a união estável como união entre homem e mulher em razão da interpretação dada pelo STF, ao julgar a ADI 4277 e a ADPF 132, ao dispositivo constitucional, que teve como resultado a abrangência das uniões homoafetivas pelo instituto.

² Brasil. Lei nº 9.278/96. Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

Art. 2º São direitos e deveres iguais dos conviventes: (...)

³ Brasil. Código Civil. Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (...)

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. 3ª tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2007, pp.200 e 201.

⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. 3ª tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2007, p. 201.

⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2013, p. 99.

o Direito de Família e para o Direito das Sucessões, com reflexo em outras áreas jurídicas, como no Direito Empresarial, do regime de bens na união estável, este foi eleito tema deste estudo.

O artigo 1.725 do Código Civil estabeleceu que se aplicasse à união estável, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens, salvo contrato escrito entre os companheiros. Portanto, é pacífica a possibilidade dos companheiros regularem, através de contrato, o regime de bens. Este contrato foi nomeado pela doutrina como contrato de convivência⁷, que é o “(...) instrumento pelo qual os sujeitos de uma união estável promovem regulamentações quanto aos reflexos da relação”⁸.

Ocorre que a lei foi omissa ao não definir expressamente o alcance dos efeitos do contrato de convivência fixado entre os companheiros, ou seja, não definiu o momento em que poderá ser pactuado o contrato e nem mesmo se os efeitos poderiam retroagir, caso fixado após o início da união estável, abarcando eventuais bens que já estejam em estado de mancomunhão devido à aplicação compulsória do regime da comunhão parcial de bens.

Neste sentido, doutrina e jurisprudência divergem entre si em relação à possibilidade da regulação *a posteriori* do regime de bens na união estável com efeitos retroativos, objeto de estudo deste trabalho, o que será demonstrado. Juristas como Paulo Lôbo⁹ e Maria Berenice Dias¹⁰ reconhecem a possibilidade de retroação dos efeitos do contrato de convivência sobre o regime de bens na união estável. Enquanto isso observa-se que a jurisprudência não é unânime quanto à possibilidade. Isto pode ser observado pelo fato de que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) se orienta no sentido de que é inviável a admissão de efeitos retroativos a contrato de convivência que regule regime de bens na união estável¹¹, enquanto que, pelo menos em dois tribunais, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), há jurisprudência no sentido oposto. Além disso, presente o questionamento também sobre o limite da intervenção do Estado, por meios legislativos, executivos ou judiciais, na autonomia privada dos indivíduos; e se essa intervenção promove o princípio da dignidade da pessoa humana.

Demonstrada a divergência e o questionamento, patente a relevância do estudo aprofundado do objeto em questão para contribuir para o esclarecimento da controvérsia e trazer

⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. 3ª tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2007, p. 170.

⁸ Idem, ibidem, p. 170.

⁹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 179 a 182.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. 3ª tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2007, pp. 169 a 171.

¹¹ Vide: BRASIL. STJ. REsp 1383624 / MG. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Terceira Turma. DJe: 12/06/2015.; BRASIL. STJ. REsp 1597675 / SP. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Terceira Turma. DJe: 16/11/2016.

mais segurança jurídica para a aplicação do direito e regulação das relações sociais. Desta forma, ao responder a pergunta: é possível a regulação *a posteriori* do regime de bens na união estável com efeitos retroativos?, o presente Trabalho de Conclusão de Curso pretende analisar os argumentos favoráveis e contrários à regulação com efeitos retroativos.

Para nortear o estudo do tema, adota-se a seguinte hipótese: o princípio da autonomia privada existencial ao exigir a harmonização da igualdade e da liberdade, como aspectos da dignidade humana, torna possível a aplicação ao contrato de convivência da regulação *a posteriori* do regime de bens com efeitos retroativos na união estável.

A metodologia adotada para o estudo é a consulta à doutrina, podendo essa incluir todas as fontes que a compõem – artigos científicos, livros, periódicos jurídicos, etc -, e à jurisprudência dos tribunais brasileiros. O formato no qual será desenvolvido o estudo é o Artigo.

O presente Trabalho de Conclusão de Curso será dividido em 2 (duas) seções. A primeira se dedicará a estabelecer uma base teórica para a análise do questionamento posto, passando pelo processo de constitucionalização do Direito Civil e do Direito das Famílias, neste último caso abordando a evolução social e legislativa, para fundamentar a aplicação do conceito de autonomia privada existencial e da teoria do paternalismo libertário para a análise da intervenção estatal. A segunda se dedicará a análise do questionamento através da exposição do regramento legal dos regimes de bens e as suas diferenciações, abordando em seguida os argumentos favoráveis e desfavoráveis na doutrina e jurisprudência quanto à retroação para, ao fim, conjugar estes conhecimentos com uma análise crítica fundada na necessidade da promoção da autonomia privada existencial.

2. O processo de constitucionalização do Direito Civil e do Direito das Famílias: a necessidade de reconfiguração do espaço privado no âmbito familiar

Esta seção tem por objetivo cunhar um marco teórico que servirá como base para a análise do problema central deste artigo: a (im)possibilidade de retroação dos efeitos patrimoniais do contrato de convivência na união estável. Para tanto, a primeira subseção (2.1) procederá à análise do desenvolvimento do novo marco teórico e normativo que baliza o processo de interpretação do Direito Civil, qual seja, a sua constitucionalização. A seguinte subseção (2.2) analisará como este processo ocorreu no âmbito do Direito das Famílias, com

ênfase na compreensão do desenvolvimento do conceito de família através das mudanças sociais e legislativas e na passagem do Estado liberal para o Estado social. Por fim, a última subseção (2.3) se concentrará na exposição do conceito de autonomia existencial e da teoria do paternalismo libertário que constituem as bases para uma nova configuração do espaço privado no âmbito do Direito das Famílias, conforme marco teórico capitaneado por Renata Vilela Multedo¹².

2.1. A constitucionalização do Direito Civil: a releitura dos seus fundamentos

O Direito das Famílias¹³, como o “conjunto de normas que regulam as relações familiares”¹⁴, se insere no âmbito do Direito Civil que, por sua vez, é o ramo do direito eminentemente privado. A compreensão da atual hermenêutica relativa ao Direito das Famílias e as implicações para a solução das suas controvérsias não prescinde da compreensão da posição deste ramo do direito no ordenamento jurídico e dos princípios basilares que o informam. Para tanto, é necessário o entendimento do conteúdo que fundamenta o Direito Privado e sua diferenciação em relação ao Direito Público. Mas não apenas, é necessário também o entendimento da inserção do Direito Civil, como ramo do direito eminentemente privado, na lógica da constitucionalização do ordenamento jurídico. Esta subseção se propõe a clarificar estas questões.

Segundo José de Oliveira Ascensão¹⁵, a diferenciação entre Direito Público e Privado se encontra no fato de que o primeiro se caracteriza por ser o direito de decisão livre, enquanto o segundo se caracteriza por ser o direito de decisão vinculada. Contudo, essa liberdade não é ilimitada e, por vezes, como recorrentemente no Direito de Família¹⁶, apresenta algum grau de vinculação cuja intensidade varia em diferentes momentos históricos. A incidência de

¹² MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e Família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

¹³ Segundo Maria Berenice Dias está em consonância com o reconhecimento pelo ordenamento jurídico e pela doutrina da pluralidade de formatos de entidades familiares o uso da expressão “Direito das Famílias” ao invés da expressão “Direito de Família”. Nas palavras da autora: “Como a linguagem condiciona o pensamento, é necessário subtrair qualquer adjetivação ao substantivo família e simplesmente falar em famílias. Como refere Jones Figueirêdo Alves, apenas uma consoante a mais sintetiza a magnitude das famílias em suas multifacetadas formações. Deste modo a expressão direito das famílias é a que melhor atende à necessidade de enlaçar, no seu âmbito de proteção, as famílias, todas elas, sem discriminação, tenha a formação que tiver” (DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 30).

¹⁴ ROLF, Madaleno. **Manual de Direito de Família**. 1. ed – 2. Reimpr. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 21.

¹⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: teoria geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 11 a 31.

¹⁶ O uso da expressão “Direito de Família” em certos momentos no texto se deve à escolha pela manutenção do termo utilizado pelo autor no qual se baseou a ideia exposta, como no caso.

vinculação no Direito Privado não o descaracteriza como tal, pois permanece considerado como domínio natural da liberdade de agir. Isto porque apesar de no Direito Público a motivação ser sempre relevante, no Direito Privado ela é livre e, portanto, apenas limitada por cláusulas gerais que constituem proteção contra o abuso de direito.

Disto decorre a ideia de autonomia privada, pois, ao contrário do Direito Público no qual os fins são vinculados, no Direito Privado os fins são de livre escolha das partes, excluindo qualquer dever de fundamentação. Nesse sentido, o Estado não pode substituir os indivíduos e estabelecer por eles os fins que devem almejar, seja para impor-lhes aquilo que considera melhor para o bem destas pessoas, seja para perseguir finalidades sociais. Relevante ressaltar que a autonomia privada não se restringe ao direito patrimonial, ao contrário, possui um cunho pessoal, que pode ser visto largamente no Direito de Família.

Além da autonomia privada, outro importante conceito para o Direito Privado é a paridade, ou seja, a igualdade entre as partes que assegura a comutatividade das relações. A ideia de paridade implica na busca da justiça comutativa nas relações privadas, pelo o que é lícito o estabelecimento de regras que coloquem em posição de igualdade partes que estejam desiguais em razão de questões econômicas, jurídicas ou sociais.

O Direito Civil, como ramo do direito eminentemente privado, regula a vida comum das pessoas, na qual misturam aspectos pessoais e patrimoniais. Ele está informado pelos princípios da autonomia privada e da paridade. Demanda este ramo do direito a delimitação de espaços de liberdade e segurança para que o indivíduo possa desenvolver a sua personalidade, de acordo com as suas próprias regras.

Entretanto, a ideia de autonomia privada foi modificada com o processo de constitucionalização do Direito Civil. Este processo é explicado por Pietro Perlingieri¹⁷ como a doutrina do Direito Civil na legalidade constitucional que se funda em três pressupostos teóricos, quais sejam: (a) a normatividade das normas constitucionais, sejam princípios ou regras, e a supremacia destas no ordenamento jurídico; (b) o pluralismo das fontes do direito e a complexidade e o caráter unitário do ordenamento jurídico; e (c) a renovação da teoria da interpretação jurídica com fins aplicativos¹⁸.

¹⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional**: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da cidade do Rio de Janeiro. Gustavo Tepedino (org.). Carolina Tomasi e João Bosco Medeiros (tradutores). São Paulo: Atlas, 2008, pp. 01 a 09.

¹⁸ No original: “Os principais pressupostos teóricos da doutrina do direito civil na legalidade constitucional – concebida como consequência inevitável da incidência do constitucionalismo contemporâneo sobre o fenômeno da produção legislativa e, particularmente, das codificações – referem-se: (a) à natureza normativa das constituições; (b) à complexidade e ao caráter unitário do ordenamento jurídico e ao pluralismo das fontes do direito; (c) a uma renovada teoria da interpretação jurídica com fins aplicativos” (PERLINGIERI, Pietro. **Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional**: Anais do Congresso Internacional

A normatividade das normas constitucionais e a sua supremacia no ordenamento jurídico implica na irradiação de seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, de forma que o respeito a essas normas se iguala ao respeito ao princípio da legalidade. Nesse sentido, as normas constitucionais indicam “(...) os fundamentos e as justificações de normatividade de valor interdisciplinar tanto das instituições jurídicas quanto dos institutos jurídicos (...)”¹⁹, bem como “(...) apontam parâmetros de avaliação dos atos, das atividades e dos comportamentos, como princípios de relevância normativa nas relações intersubjetivas”²⁰. A normatividade e a supremacia das normas constitucionais implicam, portanto, na releitura dos institutos do Direito Civil com base na constituição.

O pressuposto da normatividade e supremacia das normas constitucionais está imbricado com o pressuposto da pluralidade das fontes do direito e da complexidade e do caráter unitário do ordenamento jurídico. É que o caráter unitário do ordenamento jurídico implica na inexistência de ramos autônomos do direito, mas que, ao contrário, e em acordo com a complexidade do ordenamento, têm como valores guias as normas constitucionais que servem de interpretação ao conteúdo das normas que regulamentam estes ramos. A pluralidade das fontes jurídicas se traduz no fato de que estas não se restringem ao direito positivo, mas a elas se incorporam também o resultado do processo interpretativo das normas positivadas.

Por fim, a renovação da teoria da interpretação jurídica com fins aplicativos implica que as normas devem ser interpretadas, “(...) no que se refere à hierarquia das fontes e dos valores, em uma acepção necessariamente sistemática e axiológica”²¹. Enquanto a interpretação sistemática promove a unidade do ordenamento jurídico, a interpretação axiológica permite que haja uma releitura do conteúdo das normas para que essas sejam compreendidas em acordo com a conjugação dos valores constitucionais que informam o ordenamento jurídico. Essa interpretação deverá levar em conta os fatores do caso concreto devendo o intérprete recorrer aos métodos de ponderação de interesses para otimizar os preceitos constitucionais envolvidos no caso, harmonizando o ordenamento jurídico. Assim, o ordenamento jurídico pode ser visto pela perspectiva de sua dinamicidade, na medida em que a introdução de novas normas – princípios ou regras- o expande, e que a mudança dos valores culturais atualiza tanto as problemáticas a serem enfrentadas pelo intérprete quanto os valores que o informam e através dos quais deve o intérprete dar solução ao caso concreto.

de Direito Civil-Constitucional da cidade do Rio de Janeiro. Gustavo Tepedino (org.). Carolina Tomasi e João Bosco Medeiros (tradutores). São Paulo: Atlas, 2008, p. 01).

¹⁹ Idem, ibidem, p. 02.

²⁰ Idem, ibidem, p. 02.

²¹ Idem, ibidem, p. 03.

A nova teoria do Direito Civil-Constitucional tem diversas consequências sobre a função hermenêutica, das quais se destaca a mudança de paradigma do direito civil que centralizado outrora na propriedade, passa por um processo de despatrimonialização fundada na centralidade da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico, que demanda uma conjugação entre os interesses mercadológicos e pessoais; e o enfraquecimento da dicotomia público-privado, na medida em que há “(...) uma nova composição dos institutos e das instituições reavivados pela igualdade e pela diferenciação, mas sobretudo pela solidariedade como função primária de um Estado moderno”²².

Com isto, surge uma preocupação com a proteção dos Direitos Humanos e a concretização dos Direitos Fundamentais. Esta preocupação se traduz, conforme explica Gustavo Tepedino²³, no que se convencionou chamar de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que demanda que estes sejam concretizados não apenas na relação indivíduo-Estado, mas também na relação indivíduo-indivíduo, ou seja, nas relações intersubjetivas. Esta preocupação se estende ao campo do direito civil constitucional na medida em que este está centrado “(...) na tutela da dignidade humana, de modo a protegê-la também nos espaços privados e não apenas na relação entre cidadão e Estado”²⁴.

Esta centralização na proteção da dignidade humana exige uma releitura da compreensão da autonomia privada no Direito Civil. Segundo Gustavo Tepedino, se antes a autonomia privada era entendida como um espaço de liberdade invulnerável aos valores constitucionais limitado externamente de forma pontual pela interferência estatal; com a constitucionalização do direito civil as liberdades permanecem efetivamente garantidas pela constituição, mas compõem “(...) a ordem pública que reafirma a liberdade na solidariedade, na igualdade substancial e na tutela da dignidade da pessoa humana”²⁵. Em razão desta inversão de sentido, entende o autor que a igualdade e a solidariedade não podem figurar como limites extrínsecos e pontuais à liberdade levando a aplicação do binômio dano-reparação, mas sim estar presentes no próprio exercício da liberdade como valores axiológicos que a informam.

A importância da compreensão da constitucionalização do Direito Civil para este trabalho está calcada no fato de que este processo colocou a pessoa humana e a sua dignidade no centro do ordenamento jurídico e modificou o conceito de autonomia privada, o que levou

²² Idem, *ibidem*, p. 05.

²³ TEPEDINO, Gustavo. **O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais**. In *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. Organizador: Gustavo Tepedino. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 356 a 371.

²⁴ Idem, *ibidem*, p. 360.

²⁵ Idem, *ibidem*, p. 368.

Gustavo Tepedino a defender que “(...) as situações patrimoniais devem ser funcionalizadas às existenciais”²⁶. Portanto, impende analisar a influência desse processo no Direito das Famílias uma vez que é a família o núcleo inicial de desenvolvimento da personalidade, gerando diversas sobreposições entre situações existenciais e patrimoniais que impõem a discussão de como interpretar aquelas em função destas.

2.2. A evolução social e legislativa do conceito de família: a passagem do Estado Liberal para o Estado Social

O processo de constitucionalização do Direito Civil, como descrito na subseção anterior, mudou os pressupostos axiológicos do sistema e os parâmetros de referência hermenêutica. O Direito das Famílias também sofreu esse processo através de uma imbricada relação entre mudanças sociais e mudanças legais ou jurisprudenciais. O movimento denotou a passagem do Estado liberal para o Estado Social. Como fato social, pode-se reconhecer primitivas mudanças legislativas anteriores à promulgação da Constituição Federal de 1988, e mudanças mais incisivas após o seu advento. Esta subseção servirá como base para a compreensão dos valores axiológicos trazidos pela Constituição de 1988 e, também, para a compreensão da mudança na orientação interventiva do Estado sobre o Direito das Famílias.

A família é um fato natural e uma construção cultural²⁷. É como Maria Berenice Dias explica a sua origem. Como fato natural significa um agrupamento informal decorrente da união dos indivíduos por razões biológicas, “(...) de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito”²⁸. Como construção social ultrapassa uma formação meramente jurídica na medida em que o direito sempre regula as relações *a posteriori*, nunca captando plenamente a estrutura familiar que “(...) preexiste ao Estado e está acima do direito”²⁹.

Na família todos ocupam determinada posição psíquica e possuem determinada função³⁰. Por isso a autora considera que “[a] própria organização da sociedade se dá em torno da estrutura familiar”³¹. Ocorre que a aceitação social e o reconhecimento jurídico dessa estrutura familiar dependiam, inicialmente, da chancela do matrimônio. A família possuía perfil

²⁶ Idem, ibidem, p. 365.

²⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 29.

²⁸ Idem, ibidem, p. 29.

²⁹ Idem, ibidem, p. 29.

³⁰ Idem, ibidem, p. 29.

³¹ Idem, ibidem, p. 29.

hierarquizado e patriarcal³² e constituía unidade de produção na medida em que representava uma comunidade extensiva formada por todos os parentes, eminentemente rural, na qual a força de trabalho de cada um de seus membros aproveitava a todos³³.

Com a revolução industrial o perfil familiar se modificou para um modelo de família nuclear³⁴. O fenômeno ocorreu por dois motivos: o êxodo rural em direção às cidades e a necessidade crescente de mão de obra que gerou o ingresso da mulher no mercado de trabalho³⁵. A família então começou a perder o seu caráter reprodutivo e patrimonial, na medida em que se nuclearizou e passou a conviver em espaços menores e que, assim, seus membros deixaram de serem considerados apenas como força de trabalho para terem importância calcada na sua individualidade³⁶. Surge então a noção de família formada por laços de afeto³⁷.

O movimento não é narrado de forma distinta por Rolf Madaleno, que explica que no início da nuclearização da família ocorrida pós Revolução Industrial, a família se organizou num conveniente modelo social e político “(...) de divisão imaterial e econômica das funções conjugais (...)”³⁸ na qual ficava atribuído a mulher o cuidado das questões domésticas e dos filhos do casal e ao homem o sustento econômico do lar³⁹.

Essa divisão cultural das funções familiares e dos papéis de gênero, que colocou a mulher numa posição de desigualdade e subserviência em relação ao homem⁴⁰, iniciou um caminho em que os membros da entidade familiar procuravam alcançar a sua realização pessoal dentro dos papéis que lhe eram impostos. Assim, iniciou-se um processo de “(...) crescente personalização da família, separando os direitos de seus membros, criando obrigações e direitos para o núcleo e direitos especiais para os mais necessitados e vulneráveis (...)”⁴¹.

Esse novo modelo familiar, segundo o autor, favoreceu o progressivo enfraquecimento dos papéis estanques destinados aos membros da entidade familiar, num crescente movimento para a realização social e de igualdade entre o homem e a mulher, que a partir de certo momento passou a participar do sustento do lar, caminho para o qual se dirigem também os filhos⁴².

³² Frise-se que a autora delimita o modelo familiar que deu origem ao modelo familiar ocidental.

³³ Idem, *ibidem*, pp. 29 e 30.

³⁴ Idem, *ibidem*, p. 30.

³⁵ Idem, *ibidem*, p. 30.

³⁶ Idem, *ibidem*, p. 30.

³⁷ Idem, *ibidem*, p. 30.

³⁸ ROLF, Madaleno. **Manual de Direito de Família**. 1. ed – 2. Reimpr. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 23.

³⁹ Idem, *ibidem*, p. 23.

⁴⁰ Situação descrita como “inaceitável” pelo autor.

⁴¹ Idem, *ibidem*, p. 23.

⁴² Idem, *ibidem*, pp. 23 e 24.

Renata Vilela Multedo⁴³, ao discorrer sobre a família brasileira aponta que a realidade familiar brasileira foi marcada por duas características: a família estruturada no modelo patriarcal e os modelos familiares informais. A autora comenta que a família patriarcal foi o modelo predominante no Brasil até o século XIX “(...) que se firmou como o centro de produção econômica, religiosa e política, tendo como base o casamento (...)”⁴⁴, apesar desse modelo se sustentar no país em concomitância com outros modelos familiares informais que permitiram a sobrevivência das classes desfavorecidas social e economicamente.

Pesquisas empíricas com base na demografia histórica indicaram que os arranjos familiares existentes no Brasil ultrapassavam as relações casa-grande/senzala, e o “(...) trinômio latifúndio/exportação/escravidão”⁴⁵. Apesar disso, não eram reconhecidos devido ao modelo matrimonial que determinava o estado conjugal das pessoas com base no vínculo religioso católico. Este poder religioso que dificultava o reconhecimento de outros vínculos familiares se enfraqueceu com o advento do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890 - que veio a ser conhecido como a Lei do Casamento e do Registro Civil⁴⁶ e constituiu um importante marco da institucionalização da ordem republicana⁴⁷ -, que teve o efeito de transferir ao Estado o domínio dos registros civis e tornar o casamento civil independente do religioso. Outras alterações legislativas importantes que modificaram os arranjos das entidades familiares foram a introdução do artigo 315 no Código Civil de 1916 possibilitando o desquite e a promulgação da Lei nº 6.015 de 1977, conhecida como Lei do Divórcio.

A autora indica também que os censos progressivamente passaram a incluir os modelos familiares no seu rol de opções de pesquisa. O primeiro censo, ocorrido em 1872, apenas possuía três estados civis de identificação da população: solteiro(a), casado(a) e viúvo(a)⁴⁸. No censo de 1890 permitiu-se que as pessoas casadas no exterior com as regras daquele país e lá tivessem se divorciado assim pudessem se declarar no Brasil⁴⁹. Já o censo de 1950 passou a registrar as famílias informais e as famílias monoparentais⁵⁰. Registros ocorridos a partir de 1970 indicaram um aumento no número de uniões informais mesmo após a promulgação da Lei do Divórcio, e um aumento de 200% na taxa de divórcios entre 1984 e 2007⁵¹. A taxa de

⁴³ MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e Família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, pp. 26 a 39.

⁴⁴ Idem, *ibidem*, p. 27.

⁴⁵ Idem, *ibidem*, p. 28.

⁴⁶ Idem, *ibidem*, p. 29.

⁴⁷ Idem, *ibidem*, p. 29.

⁴⁸ Idem, *ibidem*, p. 29.

⁴⁹ Idem, *ibidem*, p. 29.

⁵⁰ Idem, *ibidem*, pp. 29 e 30.

⁵¹ Idem, *ibidem*, pp. 30 a 32.

divórcios também sofreu uma variação significativa após a alteração do §6º do artigo 226 da CRFB/1988 que diminuiu o prazo para a realização do divórcio⁵². Com a EC nº 66 de 2010, que suprimiu da CRFB/1988 o prazo e as etapas para a realização do divórcio, houve um registro expressivo pelo censo de 2010 do número de divórcios e separações ocorridas naquele ano através de escrituras públicas ou processos judiciais⁵³.

Todo esse histórico das entidades familiares no Brasil, em parte influenciado por mudanças legislativas formais, demonstram uma aceitação na sociedade da convivência concomitante de diversos arranjos familiares e, segundo historiadores, vem demonstrando que arranjos familiares informais que antes eram mais comuns nas classes mais baixas vêm ganhando espaço nas classes médias como primeira opção de vida conjugal.

Estas mudanças sociais, além da flexibilização gerada nas regras relativas às relações familiares horizontais reconhecidas formalmente, implicou em mudanças legislativas e em razão de decisões judiciais nas relações horizontais informais – atualmente reconhecidas pela denominação “união estável” – e nas regras relativas a regimes de bens em relações matrimoniais e informais.

O movimento histórico denota a passagem do Estado liberal para o Estado social, processo que teve influência na mudança do caráter da atividade interventiva do Estado sobre o âmbito familiar. No Estado liberal havia um prestígio à liberdade e uma concepção “(...) individualista, tradicional e conservadora-elitista da época das codificações do século passado”⁵⁴. A intervenção na família se dava com normas gerais com objetivo de adequá-la aos valores – tradicionais – sociais, mas não cuidava de diversas questões relativas às relações interpessoais em seu âmbito. No Estado social há intensa preocupação com as relações interpessoais e a sua adequação aos valores constitucionais para proteger os indivíduos.

Quanto ao regime de bens no matrimônio, a sua evolução legislativa é patente. Maria Berenice Dias⁵⁵ relata que como o casamento era indissolúvel – pressupondo a total união de vida e patrimônio - quando foi editado o Código Civil de 1916 o regime de bens no casamento era o da comunhão universal de bens. Com o surgimento da Lei nº 4.121/1962 – denominada Estatuto da Mulher Casada –, com caráter protetivo à mulher, foi instituída “(...) a incomunicabilidade dos bens por ela adquiridos com o fruto de seu trabalho, o que se

⁵² Idem, *ibidem*, pp. 30 a 32.

⁵³ Idem, *ibidem*, pp. 30 e 31.

⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 36.

⁵⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 296 e 297.

denominou de bens reservados”⁵⁶. Apesar de a referida lei ter sido revogada quando da promulgação da CRFB/1988 que instituiu o princípio da igualdade entre homem e mulher, em razão da realidade social ainda desfavorável à mulher foi instituída a figura dos alimentos compensatórios⁵⁷. Após a promulgação da Lei do Divórcio, o regime legal passou a ser a comunhão parcial de bens, o que foi estendido à união estável⁵⁸.

O fato é que se antes havia a imposição de normas vinculativas em relação ao regime de bens deixando ao casal um estreito espaço de liberdade para sua autodeterminação, a doutrina atualmente reconhece “(...) três primordiais princípios inerentes ao regime de bens: a) o da variedade de regimes; b) o da liberdade convencional e; c) o da mutabilidade controlada”⁵⁹. Esta mudança de paradigma relativo aos direitos familiares patrimoniais constitui uma promoção da liberdade e da igualdade entre o casal, uma vez que podem se reger da forma que melhor lhes favoreça.

Já quanto à união estável, segundo Maria Berenice Dias, o Código Civil anterior, de 1916, omitiu-se em regular-lhes para conferir-lhes proteção e não apenas isso, decidiu por puni-las⁶⁰. Narra que aquele Código vedava “(...) doações, a instituição de seguro e a possibilidade de a concubina ser beneficiada por testamento”⁶¹. Até 1977, quando a única forma possível de separação de pessoas casadas era o desquite, não existindo o divórcio, surgiam relações extramatrimoniais, embora destituídas de amparo legal, dentre elas, as relações conjugais vividas sem a constituição de matrimônio, denominadas concubinato⁶².

Ocorre que da separação entre os companheiros ou da morte de um dos companheiros da relação de concubinato fizeram surgir demandas que chegaram ao Poder Judiciário, que já na década de 1960 iniciou a construção de uma doutrina patrimonial relativa a estas relações⁶³. Em um primeiro momento, os tribunais passaram a reconhecer a necessidade de indenização por serviços domésticos para aquelas mulheres que não possuíam fonte própria de renda e não exerciam atividade remunerada, como forma de vedação ao enriquecimento ilícito do homem que havia se aproveitado do “trabalho” prestado pela mulher⁶⁴.

⁵⁶ Idem, ibidem, p. 296.

⁵⁷ Idem, ibidem, p. 296.

⁵⁸ Idem, ibidem, p. 297.

⁵⁹ ROLF, Madaleno. **Direito de Família**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 714.

⁶⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. 3ª tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2007, p. 155.

⁶¹ Idem, ibidem, p. 155.

⁶² Idem, ibidem, p. 155.

⁶³ Idem, ibidem, p. 155.

⁶⁴ Idem, ibidem, p. 155.

Entretanto, o entendimento dos serviços domésticos realizados pela mulher como uma espécie de trabalho prestado ao homem foi duramente criticado, e passou-se a reconhecer tais relações como sociedade de fato, em razão da qual seria justificável a divisão dos bens adquiridos na constância do casamento se houvesse “(...) prova da contribuição financeira efetiva de cada consorte para a constituição do patrimônio”⁶⁵. Tal entendimento gerou, inclusive, a edição da Súmula 380 pelo STF para fixá-lo. Entretanto, mesmo com este reconhecimento alguns direitos ficaram excluídos do âmbito desta relação.

Devido ao esforço da jurisprudência em reconhecer direitos a esta união, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi introduzida no direito positivado brasileiro uma nova concepção de família, a qual foi nomeada com o termo “entidade familiar”, estando abarcada por essa concepção as entidades familiares extramatrimoniais denominadas outrora de concubinato e que passaram a serem reconhecidas como união estável⁶⁶.

A CRFB/88 ao nomear diferentes entidades familiares nos parágrafos do artigo 226 da Carta Constitucional prestou tratamento igual a elas, as equiparando em grau de proteção jurídica⁶⁷. Desse modo, leis foram editadas para regulamentar a união, sendo a primeira delas a Lei nº 8.971/94, que assegurou o reconhecimento de certos direitos aos companheiros de uma união estável, como o de alimentos, mas deixou de fora da proteção jurídica uniões estáveis em que, por exemplo, um dos companheiros fosse separado apenas de fato, e que tivessem duração inferior a cinco anos⁶⁸.

A segunda lei que regulamentou o instituto, revogando a primeira, foi a Lei nº 9.278/96, que modificou as exclusões feitas pela lei anterior, e conferiu mais direitos aos companheiros de uma união estável, como o direito real de habitação, o estabelecimento da competência das varas de família para julgar questões relativas a esta entidade familiar, além do estabelecimento da presunção absoluta de que os bens adquiridos a título oneroso durante a permanência da união estável teriam advindo do esforço comum⁶⁹.

A Lei nº 9.278/96 também definiu união estável ao reconhecer “(...) como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida

⁶⁵ Idem, ibidem, p. 156.

⁶⁶ Idem, ibidem, p. 156.

⁶⁷ Idem, ibidem, pp. 156 e 157.

⁶⁸ Idem, ibidem, p. 157.

⁶⁹ Idem, ibidem, p. 157.

com objetivo de constituição de família”⁷⁰ em seu artigo 1º, definição adotada pelo Código Civil em seu artigo 1.725.

Outros avanços em relação à união estável foram o reconhecimento das uniões homoafetivas como união estável pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADI 427771 e a ADPF 13272 e, recentemente, o julgamento pela Corte Constitucional dos Recursos Extraordinários 646721 e 878694, ambos com repercussão geral reconhecida, e que afastou a diferenciação dos companheiros em relação aos cônjuges para fins sucessórios.

As mudanças sociais, jurisprudenciais e legislativas explanadas claramente consagraram o Estado social em relação ao Direito das Famílias. Vê-se que delas decorrem o processo de constitucionalização e despatrimonialização do Direito das Famílias. Foram reconhecidos diversos espaços de liberdade para autodeterminação dos indivíduos, com o reconhecimento de diferentes modelos de entidades familiares; e com o reconhecimento de diferentes indivíduos que podem integrá-las foi consagrada a igualdade. Houve também avanço nos direitos familiares patrimoniais que reconheceram a igualdade entre os cônjuges e companheiros para regerem seus bens, além de contribuições imateriais para a constituição do patrimônio familiar. Quanto a este aspecto, a liberdade foi privilegiada com a possibilidade de escolha ente diferentes regimes de bens, que pode ser convencionalizada no sentido de escolher aspectos de diferentes regimes para reger a relação, e com a possibilidade de posterior modificação do regime.

2.3. As bases constitucionais do Direito das Famílias: a necessidade de configuração de um novo conceito de autonomia que se harmonize com os demais princípios constitucionais

Embora tenha havido todas as conquistas delineadas na subseção anterior, cumpre questionar exatamente quais os valores axiológicos que informam o Direito das Famílias e quais são os parâmetros para a continuidade do avanço hermenêutico na área de forma que nenhum desses valores seja esvaziado. Para tanto, esta subseção fará um esforço, apoiado na doutrina trazida por Renata Vilela Multedo, para delimitar os parâmetros de intervenção estatal no

⁷⁰ BRASIL. Lei nº 9.278/96. Regula o §3º do artigo 226 da Constituição Federal, Art. 1º. É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277/DF. Relator: Ministro Ayres Brito. Tribunal Pleno. Publicação: 14 de outubro de 2011.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ. Relator: Ministro Ayres Brito. Tribunal Pleno. Publicação: 14 de outubro de 2011.

âmbito familiar que impeça que em prol do Estado social o valor da liberdade, na acepção de uma nova leitura da autonomia privada existencial, seja sufocado.

A Constituição de 1988 fez prevalecer o Estado Democrático de Direito, fundamentado na dignidade da pessoa humana⁷³, o que impõem às normas e cláusulas infraconstitucionais que estas se orientem conforme os preceitos constitucionais⁷⁴. O Direito Civil passou, então, a regulamentar a atividade social do cidadão, “(...) cuidando de verticalizar o desenvolvimento da personalidade humana”⁷⁶, possuindo o âmbito familiar o escopo de valorização da pessoa, ao invés de seu patrimônio⁷⁷. Rolf Madaleno defende, na esteira de Gustavo Tepedino, uma nova tábua de valores na disciplina familiar “(...) tangente, é certo, aos primados da equalização do homem e da mulher, dentro e fora do casamento; a pluralização das entidades familiares e sua proteção estatal, sem descuidar da igualdade dos direitos destinados aos filhos”⁷⁸.

Assim, a Constituição de 1988 consagrou, efetivamente, uma nova tábua de valores constitucionais para o Direito das Famílias. Para além de consagrar a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CRFB/1988)⁷⁹, trouxe como objetivos da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CRFB/1988)⁸⁰ e a promoção do bem de todos, sem qualquer preconceito ou discriminação baseados na raça, no sexo, na cor, na idade ou outras características dos indivíduos (art. 3º, IV, CRFB/1988)⁸¹. Esses princípios informam os valores através dos quais o Estado deve atuar, e se complementam pelas garantias e direitos fundamentais consagrados

⁷³ BRASIL. CRFB/1988. “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)

III - a dignidade da pessoa humana;”

⁷⁴ ROLF, Madaleno. **Manual de Direito de Família**. 1. ed – 2. Reimpr. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 24.

⁷⁵ Nas palavras de Renata Vilela Multedo, “[e]ssa primazia constitucional esvazia a tradicional dicotomia entre direito público e privado, uma vez que as normas inferiores assumem o papel de especificações para a plena realização dos preceitos constitucionais” (MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e Família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 33).

⁷⁶ ROLF, Madaleno. **Manual de Direito de Família**. 1. ed – 2. Reimpr. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 24.

⁷⁷ Idem, *ibidem*, p. 24.

⁷⁸ Nas palavras de Rolf Madaleno: “Dessa sorte, por princípio de Direito, importa ao legislador buscar a proteção dos fins sociais da lei e as exigências do bem comum, como especificado no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, para chegar à matriz de um Direito de Família desmaterializado, desvinculado das relações de dependência econômica e, sob a auspiciosa égide constitucional de edificação, proteção e elevação sociofamiliar do indivíduo” (ROLF, Madaleno. **Manual de Direito de Família**. 1. ed – 2. Reimpr. Rio de Janeiro: Forense, 2017, pp. 24 e 25).

⁷⁹ BRASIL. CRFB/1988. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;

⁸⁰ BRASIL. CRFB/1988. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

⁸¹ BRASIL. CRFB/1988 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

ao ser humano, dentre os quais se destaca para o Direito das Famílias a inviolabilidade do direito à igualdade que atribui às mulheres e aos homens os mesmos direitos e deveres (art. 5º, I, CRFB/1988)⁸².

Ao tratar especificamente da família em seu artigo 226, a Constituição de 1988 estendeu, para além do casamento, a proteção do Estado aos novos modelos de entidade familiar, expressamente a união estável e as famílias monoparentais (art. 226, §3º e 4º, CRFB/1988)⁸³. Renata Vilela Multedo comenta ter se instalado um conflito hermenêutico em razão do fato de outras entidades familiares não terem sido expressamente protegidas na Constituição, o qual, segundo a autora, é resolvido pela doutrina conforme o entendimento de que deve se dar prevalência à interpretação que melhor satisfaça o princípio da dignidade humana e segundo o entendimento que o rol do artigo 226 da CRFB/1988 é meramente exemplificativo; entendimento, este que alcançou a jurisprudência⁸⁴. Exemplo de aplicação dessa interpretação é o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar pela doutrina que, descambou na jurisprudência no reconhecimento, na ADI 4277⁸⁵ e na ADPF 132⁸⁶ pelo Supremo Tribunal Federal, da união estável como entidade familiar para casais do mesmo sexo.

O conceito de família atual é, portanto, informado pelos diversos valores consagrados na Constituição de 1988⁸⁷, e passa a ser compreendido “(...) como um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus membros”⁸⁸. Nesse sentido,

⁸² BRASIL. CRFB/1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

⁸³ BRASIL. CRFB/1988. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...)§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

⁸⁴ MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e Família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, pp. 32 e 34.

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277/DF. Relator: Ministro Ayres Brito. Tribunal Pleno. Publicação: 14 de outubro de 2011.

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ. Relator: Ministro Ayres Brito. Tribunal Pleno. Publicação: 14 de outubro de 2011.

⁸⁷ Para além dos princípios citados ao longo do texto aos quais se deu relevância exclusivamente em função do recorte analítico feito para o desenvolvimento deste artigo, a CRFB/1988 também consagrou “(...) a equiparação de qualificação de todos os filhos independentemente da origem da filiação (art. 227, §6º); a facilitação do divórcio, independentemente de culpa e o planejamento familiar voltado para os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, §7º); e a previsão de ostensiva intervenção estatal no núcleo familiar com o fim de proteger seus integrantes e coibir a violência doméstica (art. 226, §8º)” (MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e Família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 35).

⁸⁸ Idem, ibidem, p. 35

“(...) um novo cenário axiológico é redesenhado pelo texto constitucional, firmando o direito de família brasileiro sob um robusto tripé composto pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade substancial e da solidariedade familiar.”⁸⁹

Esse novo conceito é informado por princípios constitucionais com força normativa e aplicabilidade imediata às relações interprivadas, uma vez que assim a Constituição Federal estabelece em relação às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º, CRFB/1988)⁹⁰.

Nesse sentido, é necessário repensar a regulação e a dogmática da família democrática, subordinando a lógica patrimonial à existencial, “(...) em consonância com a prioritária proteção à dignidade da pessoa humana, da qual decorre a tutela da autonomia privada existencial”⁹². Por isso, Renata Vilela Multedo afirma que

“(...) a única intervenção compatível com a axiologia constitucional é aquela que se compatibiliza com a dignidade da pessoa humana, na exata medida da defesa e da promoção dos interesses da pessoa sobre quem se intervém. Assim, toda a problemática que se arma da conjugação dos conceitos de liberdade e família se resume, por conseguinte, a estabelecer uma composição entre eles que resulte em um mínimo de restrições individuais e um máximo de realização pessoal.”⁹³

Para entender os limites da intervenção do Estado com respeito às liberdades no âmbito familiar cumpre compreender os valores que informam o conceito de autonomia privada existencial. Isto porque a autonomia privada existencial constitui uma dimensão da liberdade, um dos pilares do princípio da dignidade humana⁹⁴. Na família democrática, na qual a realização individual é o cerne, os indivíduos devem ser respeitados em sua individualidade devendo ser deixado para eles suas escolhas existenciais, que devem ser guiadas pela sua própria percepção do que é melhor para si e pelas limitações do respeito que devem aos direitos do outro.

Nessa toada, cumpre questionar os limites da interferência estatal na vida privada e a legitimidade das escolhas estatais quando opta pela interferência, sejam estas escolhas

⁸⁹ Idem, ibidem, pp. 35 e 36.

⁹⁰ BRASIL. CRFB/1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁹¹ MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e Família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 37.

⁹² Idem, ibidem, pp. 37 e 38.

⁹³ Idem, ibidem, pp. 37 e 38.

⁹⁴ Idem, ibidem, pp. 39 e 40.

legislativas ou jurisprudenciais, do contrário corre-se o risco de esvaziar-se o conceito de liberdade no âmbito privado⁹⁵.

Renata Vilela Multedo ressalta a tendência denominada “privatização do casamento”, advinda da doutrina norte-americana, de que o Estado deixe de regular as relações conjugais por meio de normas imperativas, apenas atuando com normas supletivas, quando os envolvidos na relação não se manifestem expressamente⁹⁶. Isto se justificaria pelo fato de que as relações conjugais têm fundamento nos princípios da liberdade e igualdade, que se sobrepõem ao da solidariedade⁹⁷. Seria necessário então fossem assegurados espaços de autodeterminação para os indivíduos, que não pudessem sofrer interferência externa do Estado, mesmo que essa interferência estivesse baseada na vontade da grande maioria da sociedade. Assim estaria sendo consagrada verdadeiramente a autonomia privada existencial que “(...) deve ser concebida como um aspecto da dignidade da pessoa humana que possibilita o livre desenvolvimento da personalidade”⁹⁸. Defende assim, a autora, que um terceiro não possa tomar de antemão decisões que interfiram apenas na esfera pessoal do indivíduo⁹⁹. Essas decisões devem, no entanto, levar em conta sempre a compreensão de que toda liberdade implica em responsabilidade e devem, assim, respeitar o direito de terceiros¹⁰⁰.

A liberdade consagrada pela autonomia privada existencial é a liberdade de decidir os rumos da própria vida, sem limites internos, pois “(...) não se justificam interesses alheios ao seu titular”¹⁰¹, mas eventualmente limitada pela heteronomia estatal fundada no princípio da solidariedade¹⁰². Para justificar a heteronomia estatal no âmbito do Direito das Famílias Renata Vilela Multedo aplica a este ramo do direito a teoria do paternalismo libertário, também trazida da escola norteamericana, no reconhecimento da necessidade de estabelecer critérios e limites

⁹⁵ Nas palavras de Renata Vilela Multedo: “A consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, que tem como um de seus pilares a proteção da liberdade individual, hoje remete à autonomia existencial, vista como a possibilidade que cada indivíduo tem de construir seu projeto de vida. (...) Daí decorre a importância de se preservarem espaços de não interferência estatal, bem como de se traçarem limites e justificativas adequadas aos princípios do sistema para que seja possível averiguar até que ponto são legítimas as intervenções legislativas e judiciais sobre certas escolhas que se referem à esfera íntima da pessoa humana no âmbito da família” (MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e Família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, pp. 39 e 40).

⁹⁶ Idem, ibidem, p. 41.

⁹⁷ Idem, ibidem, p. 43.

⁹⁸ Idem, ibidem, p. 44.

⁹⁹ Idem, ibidem, p. 45.

¹⁰⁰ Nas palavras da autora: “Essa é a razão pela qual liberdade e responsabilidade passam a ser vistas como os dois lados de uma mesma moeda, pois as situações em que a autonomia existencial pode ser exercida de forma mais livre são justamente aquelas em que o sujeito deve agir com mais responsabilidade” (MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e Família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 49).

¹⁰¹ Idem, ibidem, p. 50

¹⁰² Idem, ibidem, pp. 49 a 51.

para a intervenção estatal¹⁰³. Segundo essa teoria é possível a intervenção estatal ao mesmo tempo em que se respeita a liberdade de escolha das pessoas¹⁰⁴. Mas de que forma o paternalismo é libertário?

“O paternalismo libertário é paternalista, na medida em que tenta influenciar os indivíduos a optar pelo arranjo que os interventores julgam ser a melhor opção do ponto de vista do bem-estar, e é também libertário, porque concede a esses mesmos indivíduos a possibilidade de recusa ao arranjo se assim desejarem, preservando assim a liberdade de escolha.”¹⁰⁵

O paternalismo se justificaria de diversas formas: a ausência de preferência definida sobre certos temas; a escolha de postergar decisões diante de situações presentes que podem ter consequências relevantes; e o fato de que as pessoas nem sempre tomam boas decisões para si mesmas¹⁰⁶.

Para além da legitimidade da justificativa para o paternalismo, o fato é que há sobre o Direito das Famílias grande incidência de regras vinculativas e supletivas, embora seja âmbito do direito privado, como bem delineado na subseção anterior. Essas regras que no âmbito do Estado liberal apenas limitavam o reconhecimento da entidade familiar e determinavam o regime de bens a ela aplicável, no Estado social incidem para trazer igualdade e solidariedade às relações familiares e para proteger os mais vulneráveis.

Relembrando o conceito, ao criar regras-padrão ou regras supletivas o Estado está sendo paternalista, pois influencia a escolha das pessoas, mas ao permitir às pessoas não aderirem a essas normas, ele está sendo libertário. Então, surge a reflexão: ao determinar o regime de bens legal para a união estável como o da comunhão parcial de bens, na ausência de manifestação dos companheiros, e ao permitir a celebração de contrato de convivência que permita a escolha de regime de bens diverso, o Estado está preservando suficientemente a autonomia privada existencial e, portanto, a dignidade humana dos companheiros?

¹⁰³ Nas palavras da autora: “Na trajetória do direito de família brasileiro, observa-se um movimento pendular da intervenção estatal legislativa nas relações interprivadas, ora reconhecendo espaços de menor regulamentação no âmbito da família, ora normatizando escolhas íntimas das pessoas no âmbito das relações familiares, sem critérios e limites definidos” (MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e Família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 56).

¹⁰⁴ Idem, ibidem, pp. 63 e 64

¹⁰⁵ Idem, ibidem, p. 64.

¹⁰⁶ Idem, ibidem, pp. 64 e 65.

3. A (im)possibilidade de retroação dos efeitos patrimoniais do contrato de convivência na união estável: a aplicação da autonomia da vontade existencial e otimização de princípios

O artigo 1.725 do Código Civil estabelece para a união estável regra supletiva para a regência do regime de bens dos companheiros se silenciarem em celebrar contrato de convivência. Conforme o artigo, o regime legal de bens será o da comunhão parcial. Esta regra consiste em verdadeira interferência paternalista do Estado no âmbito familiar. Cumpre analisar se essa interferência tem o condão de otimizar os princípios constitucionais que incidem sobre a entidade familiar levando em consideração uma interpretação sistematizada do sistema de proteção do Direito das Famílias. Noutras palavras, cumpre verificar se essa interferência paternalista é suficientemente libertária.

É de se ressaltar que o Código Civil, ao fazer este regramento, não foi explícito quanto à possibilidade de retroação dos efeitos patrimoniais, ao princípio da união estável, de eventual contrato de convivência firmado entre os companheiros. O tema, no entanto, não escapou a jurisprudência, que se debruçou sobre a questão. O Superior Tribunal de Justiça têm precedente no sentido da impossibilidade de retroação de efeitos do contrato de convivência¹⁰⁷, enquanto outros tribunais possuem entendimentos diversos, conforme será demonstrado.

Nesse sentido, esta seção se dedica a procurar a interpretação mais em acordo com o paternalismo libertário para o objeto de estudo deste artigo. Para tanto, na sua primeira subseção (3.1.) irá se dedicar à compreensão dos principais aspectos relativos aos regimes de bens disponíveis aos cônjuges e companheiros. A segunda subseção (3.2.) se dedicará a identificar os principais argumentos favoráveis e contrários à retroação dos efeitos do contrato de convivência. Por fim, a última subseção (3.3) conjugará todos os elementos colhidos e, à luz do paternalismo libertário e da promoção dos valores constitucionais, principalmente o da autonomia privada existencial, procurará dar uma possível resposta à questão.

3.1. Os efeitos práticos do estabelecimento do regime legal de comunhão parcial de bens na união estável: a diferenciação para os demais regimes

¹⁰⁷ BRASIL. STJ. Informativo de Jurisprudência nº 0563. REsp 1.383.624-MG. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Terceira Turma. Data da Publicação: 12/06/2015.

Para a presente análise é importante o conhecimento dos principais aspectos do regime imposto como regra supletiva à união estável e a comparação com os demais regimes legais. Nesse ponto, cabe ressaltar que não será tratado do regime da comunhão universal de bens, uma vez que a comparação com este regime não ilustra o argumento que será posteriormente desenvolvido.

Os diferentes regimes de bens definem “(...) a origem, a titularidade e o destino do patrimônio conjugal”¹⁰⁸. Implicam, conforme cada regramento, a meação dos bens comuns, ou seja, a titularidade compartilhada dos bens comuns, gerando a mancomunhão, propriedade a duas mãos¹⁰⁹.

No casamento, o regime de bens pode ser escolhido através da celebração de pacto antenupcial. Dentre as opções de escolha estão o regime da comunhão universal, da participação final nos aquestos e o da separação convencional¹¹⁰. Já o regime da comunhão parcial, por ser o regime padrão também para o casamento, prescinde da celebração de pacto antenupcial. Por ser o regime legal – escolhido como padrão pela lei -, a manifestação de vontade dos noivos pode ser reduzida a termo na habilitação para o casamento.

Já na união estável, o casal também pode fazer a opção de escolha pelo regime que mais se adequar ao seu modelo de vida através da celebração de contrato de convivência. Ocorre que enquanto o casamento não prescinde de etapas formais para a sua celebração que obrigarão os noivos a necessariamente fazer uma opção ou conscientemente manter o regime escolhido pela lei; na união estável, como situação de fato, os companheiros já terão sobre si a incidência do regime de bens escolhido pelo legislador quando decidirem formalizá-la.

É relevante ressaltar que o regime de bens pode ser alterado, o que constitui avanço na medida em que reflete a atuação do Estado social que procura privilegiar a autonomia privada dos indivíduos. Comenta Maria Berenice Dias, em referência a Rodrigo da Cunha Pereira, que essa possibilidade pode significar o salvamento do matrimônio, pois pode afastar conflitos de ordem econômica entre o casal. No casamento essa mudança deve ser feita de comum acordo e deve ser justificada, dependendo de chancela judicial. Na união estável, por sua vez, o regime de bens pode ser alterado através de contrato de convivência, sem que seja obrigatório dar publicidade ao ato ou passar por chancela judicial. A doutrina defende que no casamento a alteração do regime de bens possa ter efeito retroativo, ou seja, *ex tunc*. Porém, há notícias de

¹⁰⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 298.

¹⁰⁹ Idem, *ibidem*, pp. 296 a 299.

¹¹⁰ Não será abordado o regime da separação obrigatória por não se tratar de opção de escolha dos cônjuges ou companheiros.

que o Superior Tribunal de Justiça já teria se pronunciado em sentido contrário¹¹¹. Quanto a união estável, a impossibilidade de retroação dos efeitos patrimoniais da opção feita pelos companheiros no contrato de convivência gerou no âmbito daquele tribunal a edição do Informativo de Jurisprudência nº 0563, referenciando decisão da Terceira Turma no REsp 1.383.624-MG¹¹², (im)possibilidade que será discutida adiante.

No regime da comunhão parcial de bens os bens particulares dos cônjuges ou companheiros permanecem com a titularidade exclusiva, enquanto os bens comuns – bens adquiridos na constância da relação, salvo exceções – tornam-se objeto da meação. Esse regime visa impedir o locupletamento de um dos cônjuges ou companheiros à custa do outro, o que configuraria o enriquecimento ilícito. Portanto, nesse regime, resume a lei que o bem tenha sido adquirido pelo esforço comum do casal.

Parece ser o regime que o legislador entendeu, ao escolhê-lo como padrão tanto para a união estável quanto para o casamento, satisfazer de forma mais plena e justa os deveres comuns conjugais, quais sejam: a comunhão de vidas (artigo 1.511, CC), a mútua assistência (artigo 1.566, III, CC) e os encargos familiares (artigo 1.565, CC).

Para este regime é interessante ressaltar também as disposições relativas a administração do patrimônio comum. Neste caso, as dívidas contraídas pelo cônjuge ou companheiro que administra o patrimônio comum são sanadas por este patrimônio, pelos seus bens particulares e pelos bens particulares do outro cônjuge caso ele tenha obtido proveito com a dívida (artigo 1.663, §1º, CC). Há um comprometimento solidário pelas dívidas, uma vez que se presume que as dívidas contraídas durante a sociedade conjugal são contraídas em benefício da família, sendo de grande ônus a prova em contrário¹¹³. No entanto, caso a dívida seja contraída apenas em favor de um dos cônjuges, em princípio apenas os seus bens particulares respondem (artigo 1.666, CC); e no caso de penhora do bem comum cabe ao outro cônjuge à oposição de embargos de terceiros para proteger a sua parcela da meação (artigos 1.046 a 1.054 do CPC). Deverá, neste caso, provar que não obteve proveito com o ganho que gerou a dívida.

¹¹¹ TARTUCE, Flávio. STJ: alteração de regime de bens tem eficácia ex nunc. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/138416904/stj-alteracao-do-regime-de-bens-tem-eficacia-ex-nunc>>. Acesso em 02 de dezembro de 2018.

¹¹² BRASIL. STJ. Informativo de Jurisprudência nº 0563. REsp 1.383.624-MG. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Terceira Turma. Data da Publicação: 12/06/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=CASAMENTO+ALTERA%C7%C3O+REGIME+BENS+EFEITO+RETROATIVO&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO&b=INFJ&t_hesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 18 de novembro de 2018.

¹¹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 318.

A participação final nos aquestos é uma opção dentre os regimes de bens de caráter intermediário entre a comunhão parcial e a separação convencional. No entanto, devido à dificuldade da sua administração e do seu regramento, não é muito utilizada¹¹⁴. Nesse regime há os bens particulares – adquiridos antes do casamento ou convivência –, que somados aos bens adquiridos por um dos cônjuges ou conviventes, durante a relação, em nome próprio, formam o patrimônio próprio. Além disso, há os aquestos: os bens comuns – adquiridos pelo casal durante o casamento ou convivência –, somado aos bens adquiridos por um dos cônjuges ou conviventes, durante a relação, em nome próprio. Os bens que compõem os aquestos são aqueles que serão partilhados e compensados finda a relação. Enquanto os bens comuns serão divididos, exceto se for impossível ou desaconselhável, quando também serão objeto de compensação (artigo 1.684, CC); os bens que constituem o patrimônio próprio e que fazem parte dos aquestos serão compensados em dinheiro ao par. Importante contraste com o regime da comunhão parcial é delineado por Maria Berenice Dias:

“A diferença frente ao regime da comunhão parcial é que, neste, a comunicação do patrimônio é imediata, durante o casamento. No regime da comunhão final, como o próprio nome já diz, a comunhão só ocorre quando do fim do casamento. A participação é sobre o patrimônio adquirido pelo outro, mas de forma contábil, e não por meio da constituição de um condomínio. Após a compensação, a eventual diferença que for apurada se constitui em crédito de um frente ao outro, não havendo direito a parcela de bens. O direito não é sobre o acervo do outro, mas sobre o eventual saldo após a compensação dos acréscimos patrimoniais de cada um.”¹¹⁵

Diferencia-se este regime pela liberdade na administração dos bens. Em todos os regimes, em regra, é obrigatória a concordância do par para a alienação de bens imóveis. Porém, no regime da participação final nos aquestos esta regra pode ser afastada. Além disso, os bens móveis, mesmo adquiridos na constância do casamento podem ser alienados. Quanto às dívidas,

¹¹⁴ Segundo Maria Berenice Dias: “O regime da participação final nos aquestos é um regime misto, híbrido, com exaustivo regramento (CC 1.672 a 1.686). Traz normas de difícil entendimento, gerando insegurança e muitas incertezas. Além disso, é também de execução complicada, sendo necessária a manutenção de uma minuciosa contabilidade, mesmo durante o casamento, para viabilizar a divisão do patrimônio na eventualidade de sua dissolução. Em determinados casos, há a necessidade de realização de perícia para a identificação dos aquestos partilháveis e respectivas avaliações.

Por tudo isso, é pouco procurado, até porque se destina a casais que possuem patrimônio próprio e quando ambos desempenham atividades econômicas, infelizmente realidade de poucas famílias brasileiras. No entanto, se no pacto antenupcial forem estabelecidas regras claras quanto à avaliação dos bens e os critérios incidentes para o cálculo dos eventuais créditos de participação, pode apresentar-se como uma solução interessante para quem quiser um meio-termo entre a separação total e a comunhão parcial, partilhando os ganhos superiores de um frente ao outro cônjuge, que faz jus a pagamento preferentemente em dinheiro, evitando-se a cotitularidade do direito de propriedade sobre os bens.” (DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 322).

¹¹⁵ Idem, *ibidem*, p. 323.

só serão consideradas se tiverem aproveitado ao casal, ficando excluídas de qualquer obrigação solidária aquelas contraídas em benefício próprio (artigo 1.677, CC). Neste regime o ônus da prova é invertido, sendo responsabilidade do cônjuge que contraiu a dívida comprovar que foi em benefício da família para que tenha direito a algum aquesto, em claro afastamento da presunção de que as dívidas contraídas durante a relação do par são em benefício familiar (artigo 1.565, CC)¹¹⁶.

No regime da separação convencional de bens é possível optar pela incomunicabilidade total dos bens. Assim, a administração dos bens também será livre e não dependerá da concordância do par. Apenas se comunicam “(...) as dívidas ou empréstimos contraídos na compra do necessário à economia doméstica (CC 1.643 e 1.644)”¹¹⁷. No entanto, devido à preocupação de que o regime da separação legal não favorecesse o cumprimento dos deveres conjugais, e permitisse o enriquecimento ilícito por parte de um dos cônjuges; a jurisprudência passou a admitir no regime da separação obrigatória de bens a possibilidade de meação dos bens adquiridos com esforço conjunto do casal durante a relação, nos moldes da comunhão parcial, e foi editada a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal¹¹⁸. Parte da doutrina defende a aplicação da tese ao regime da separação convencional, mas há jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário, como se pode extrair do REsp 404088 / RS¹¹⁹.

De plano, percebe-se que a impossibilidade de retroação dos efeitos patrimoniais do contrato de convivência coloca a união estável em desequiparação em relação ao casamento. Isto porque nesta entidade familiar, mesmo subordinada a diversas formalidades para a sua constituição, os cônjuges poderão nunca chegar a ter o mesmo nível de comprometimento de seus bens do que um casal que possui uma relação que em determinado momento, por aspectos fáticos, é reconhecida como união estável. Assim, é necessária a reflexão sobre a incidência do princípio da autonomia privada existencial sobre a questão, argumento que será desenvolvido posteriormente.

3.2. Os argumentos doutrinários e jurisprudenciais favoráveis e contrários à retroação dos efeitos patrimoniais do contrato de convivência celebrado

¹¹⁶ Idem, ibidem, p. 324.

¹¹⁷ Idem, ibidem, p. 325

¹¹⁸ Idem, ibidem, pp. 325 e 326.

¹¹⁹ BRASIL. STJ. REsp 404088/RS. Ministro Castro Filho. Terceira Turma. Data da publicação: 28 de maio de 2007.

Antes da análise da (im)possibilidade da retroação dos efeitos patrimoniais do contrato de convivência em vista da ausência de liberdade da união estável em relação ao casamento quanto a gestão dos bens dos cônjuges, é necessário verificar os argumentos principais utilizados pela doutrina e pela jurisprudência para defender um ou outro lado da questão.

Na doutrina, Maria Berenice Dias defende a possibilidade de atribuição de efeitos retroativos às deliberações de um casal gravadas em contrato de convivência regulador da união estável¹²⁰. Para a autora, a liberdade dos companheiros deve ser plena, com raras exceções¹²¹. À título de exceção cita o exemplo da mudança do regime legal da comunhão parcial para o regime da separação convencional, após anos de convivência do casal, que deixa um dos conviventes sem meios para subsistir¹²².

Rolf Madaleno, apesar de se posicionar em sentido contrário, traz argumentos favoráveis de outros representantes da doutrina. Dentre eles, Francisco Cahali, a quem atribui a contribuição para a questão com sólidos argumentos, assim resumidos:

“(...) impedir aos companheiros, com livre disposição sobre seus bens preexistentes ou futuros, de estipularem suas relações patrimoniais seria projetar restrições à capacidade civil e ao exercício da propriedade, tangenciando até a inconstitucionalidade, diante dos artigos 5º, incisos XXII e XXIII, e 170, inciso III, da Constituição Federal de 1988.”

Cita ainda Simone Orodeschi Ivanov dos Santos e Antônio Carlos Mathias Coltro para os quais inexistente vedação legal à retroação, acrescentando a autora que a lei confere plena liberdade aos contratantes para dispor sobre o seu patrimônio¹²³.

Insurge-se, no entanto, o autor contra estas interpretações por diversos motivos. O primeiro é a possibilidade da ocorrência de abuso de direito praticado por um dos cônjuges contra o outro que esteja “(...) ainda tomado pela cegueira da paixão”¹²⁴. Além disso, argumenta que a eventual mudança de um regime de comunhão parcial para o da separação convencional de bens com efeitos sobre bens que já eram comuns possibilita o enriquecimento ilícito, uma vez que tais bens são presumivelmente adquiridos pelo esforço comum, ainda mais quando a relação não tem solução de continuidade após a alteração o que evidencia a comunhão de vidas

¹²⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 257.

¹²¹ Idem, *ibidem*, p. 257.

¹²² Idem, *ibidem*, p. 257.

¹²³ Idem, *ibidem*, p. 736.

¹²⁴ Idem, *ibidem*, p. 738.

e interesses¹²⁵. A celebração de contrato que possibilitaria o enriquecimento constituiria, na visão do autor, violação aos princípios da boa-fé, da ética e da lealdade¹²⁶.

Além destes argumentos, considera que seria uma violação ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito¹²⁷ e a possíveis direitos de terceiros¹²⁸. Considera, ainda, que a simples alteração de regime de bens não poderia ter efeitos retroativos uma vez que a renúncia deve ser sempre expressa (artigo 114, CC)¹²⁹. Por fim, entende que referida mudança constituiria fraude à meação¹³⁰.

A posição de Rolf Madaleno não é isolada na doutrina. É o que se pode concluir ao ler as disposições do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 470 de 2013¹³¹, que visa instituir o Estatuto das Famílias. O projeto é iniciativa do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), e consta, em seus artigos 39, §1º e 64, §2º, a impossibilidade de retroação tanto quando da alteração do regime de bens quanto da escolha de regime de bens na união estável.

Como já visto, não é por outro caminho que tem seguido a jurisprudência. No REsp 1383624/MG¹³², de Relatoria do Ministro Moura Ribeiro, e que é o precedente de referência da

¹²⁵ Idem, ibidem, p. 739.

¹²⁶ Idem, ibidem, p. 740.

¹²⁷ A posição de que a retroação violaria o ato jurídico perfeito e o direito adquirido não é unânime, portanto, não será tomada como parâmetro para desenvolvimento do raciocínio do artigo.

¹²⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 739 e 740.

¹²⁹ Idem, ibidem, p. 740.

¹³⁰ Idem, ibidem, p. 742.

¹³¹ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 470 de 2013. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4590857&disposition=inline>>. Acesso em 28 de novembro de 2018.

¹³² Na íntegra, o Informativo de Jurisprudência que expõe o precedente: “Não é lícito aos conviventes atribuírem efeitos retroativos ao contrato de união estável, a fim de eleger o regime de bens aplicável ao período de convivência anterior à sua assinatura. Inicialmente, registre-se, acerca dos efeitos do contrato de união estável, que doutrinadores renomados sustentam que, na união estável, é possível a alteração, a qualquer tempo, das disposições de caráter patrimonial, inclusive com efeitos retroativos, mediante singelo acordo despido de caráter patrimonial, sob o argumento de que deve prevalecer o princípio da autonomia da vontade. Não obstante essa vertente doutrinária, o art. 1.725 do CC não comporta o referido alcance. Com efeito, o mencionado dispositivo legal autoriza que os conviventes formalizem suas relações patrimoniais e pessoais por meio de contrato e que somente na ausência dele aplicar-se-á, no que couber, o regime de comunhão parcial. Em síntese: enquanto não houver a formalização da união estável, vigora o regime da comunhão parcial, no que couber. O contrato de convivência, no entanto, não pode conceder mais benefícios à união estável do que ao casamento, pois o legislador constitucional, apesar de reconhecer os dois institutos como entidade familiar e lhes conferir proteção, não os colocou no mesmo patamar, pois expressamente dispôs que a lei facilitará a conversão daquele neste (§ 3º do art. 226 da CF). Portanto, como o regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento (§ 1º do art. 1.639 do CC) e a modificação dele somente é permitida mediante autorização judicial requerida por ambos os consortes, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvado o direito de terceiros (§ 3º do art. 1.639 do CC), não se vislumbra como o contrato de convivência poderia reconhecer uma situação que o legislador, para o casamento, enuncia a necessidade da intervenção do Judiciário. Até porque, admitir o contrário seria conferir, sem dúvida, mais benefícios à união estável do que ao matrimônio civil, bem como teria o potencial de causar prejuízo a direito de terceiros que porventura tivessem contratado com os conviventes.”. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=CASAMENTO+ALTERA%C3O+REGIME+BENS+EFEITO+RETROATIVO&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 18 de novembro de 2018.

proibição da atribuição de efeitos retroativos ao contrato de convivência, o Ministro Moura Ribeiro argumentou em seu voto essa impossibilidade sob dois aspectos: não seria possível conceder à união estável tratamento diferenciado que consistisse em privilégio face ao casamento; e não haveria igualdade entre a união estável e o casamento em termos da sua compreensão como entidade familiar, uma vez que o artigo 226, §3º, da CRFB/1988¹³³, determinou a facilitação da conversão daquela entidade familiar nesta.

Foi possível encontrar, no entanto, jurisprudência em sentido contrário. A título de exemplo temos a Apelação nº 1007081-96.2014.8.26.0032¹³⁴, de relatoria de Itamar Gaino, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no qual foi reconhecida a possibilidade de retroação, apenas com a ressalva da impossibilidade de retroação para prejudicar terceiros de boa-fé, ou seja, credores de um dos conviventes. Outros exemplos são os Acórdãos nº 1034701¹³⁵ e nº 971883¹³⁶ do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, mais recentes que a decisão

¹³³ BRASIL. CRFB/1988. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

¹³⁴ BRASIL. TJSP. Apelação nº 1007081-96.2014.8.26.0032. Relator: Itamar Gaino. 21ª Câmara de Direito Privado. Data de publicação: 08 de dezembro de 2015. Ementa: “Embargos de terceiro – Penhora sobre veículo – Embargante – Companheira do executado – Escritura Pública de união estável – Regime patrimonial – Separação de bens – Retroatividade – Terceiros de boa-fé – Fraude contra credores. Na união estável, o regime de separação total de bens, estipulado após o início da convivência, retroage para fins de partilha de bens e sucessão, não retroagindo para prejudicar credores de um dos conviventes (terceiros de boa-fé), como é o caso da embargada. Ação parcialmente procedente. Recurso não provido.”

¹³⁵ BRASIL. TJDFT. Apelação nº 1034701. Relator: Romeu Gonzaga Neiva. 7ª Turma Civil. Data de publicação: 02 de agosto de 2017. Ementa: “CIVIL. APELAÇÃO. UNIÃO ESTÁVEL. CONTRATO DE CONVIVÊNCIA. ESCRITURA PÚBLICA. ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS. EFEITOS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE. NÃO APLICABILIDADE 1. A Constituição Federal reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, prevendo que a lei deve facilitar a sua conversão em casamento, assim, anuncia o art. 1.723, caput, do CC/2002, que é reconhecida como entidade familiar a união estável entre homens e mulheres, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. 2. No caso, o que pretendem os postulantes já lhes foi concedido pelo Estado-Administração, quando lavraram, em Cartório de Notas, Escritura Pública declarando que ambos vivem em união estável, estipulando, de forma amigável, o termo inicial e os efeitos dela advindos, assim, à falta de elementos probatórios consistentes, não se pode admitir restrição quanto ao termo inicial da união estável consignado em escritura pública escoimada de qualquer vício de consentimento. 3. O reconhecimento da união estável estende seus efeitos sobre a esfera patrimonial e, por via oblíqua, implica partilha dos bens adquiridos durante o convívio, aplicando-se, no que couber, o regime de separação parcial de bens, conforme dicção do artigo 1.725 do Código Civil. 4. Aos contratos que dispõem sobre relações patrimoniais na união estável, a lei não faz restrições, ao revés, dá ampla liberdade de contratação, podendo os companheiros, inclusive, solverem as questões sobre o patrimônio da forma como bem lhes aprouver; no caso em tela, a escritura apenas se limitou a traduzir a realidade de que os bens foram adquiridos com recursos exclusivos do apelado. 5. Ainda que se desconsiderasse o efeito retroativo à união estável, não haveria mudança na partilha dos bens discutidos na demanda, uma vez que foram adquiridos em sub-rogação dos bens particulares do apelado, conforme declarou a autora de forma livre, expressa na escritura pública. 6. Recurso conhecido e improvido. Unânime.”

¹³⁶ BRASIL. TJDFT. Apelação nº 971883. Relator: Cruz Macedo. 4ª Turma Civil. Data de publicação: 18 de outubro de 2016. Ementa: “CIVIL. APELAÇÃO. UNIÃO ESTÁVEL. CONTRATO DE CONVIVÊNCIA. ESCRITURA PÚBLICA. ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS. EFEITOS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE. AUTONOMIA DA VONTADE. 1. Tratando-se de União Estável, resta viável a alteração, a qualquer tempo, das disposições de caráter patrimonial, inclusive com efeitos retroativos, em atenção ao princípio da autonomia da vontade. Não há falar em qualquer impedimento para se conferir efeito retroativo ao contrato de

do STJ. O primeiro acórdão, de relatoria de Romeu Gonzaga Neiva, reconhece a possibilidade de retroação dos efeitos do contrato de convivência uma vez que a lei dá ampla liberdade para os companheiros nesse sentido. O segundo, de relatoria de Cruz Macedo, fundamenta a possibilidade de retroação dos efeitos do contrato de convivência com base no princípio da autonomia da vontade.

Esses são os argumentos que, cotejados com a análise das diferenciações entre os regimes de bens, serão utilizados como referência para desenvolver o raciocínio sobre o objeto a que se dedica este artigo¹³⁷.

3.3. A necessidade de ponderação de interesses para otimizar os princípios envolvidos no problema e funcionalizar as relações patrimoniais aos valores constitucionais

O paternalismo libertário é um marco teórico que permite questionar os limites da intervenção estatal sobre as relações no Direito das Famílias. Vivemos sob a égide do Estado social, que têm grande preocupação com a realização pessoal dos indivíduos em consonância com os valores inscritos no ordenamento jurídico. No caso do Direito das Famílias, âmbito no qual as relações eram muito desiguais, vê-se um grande esforço do legislador, da doutrina e da jurisprudência em equalizá-las ao longo dos anos.

Esse movimento, embora tenha trago muitos ganhos para as relações familiares, se permanecer numa evolução sem critérios claros, pode descuidar de outros valores importantes no ordenamento jurídico. Enquanto promove a igualdade, pode descuidar da liberdade, visualizada no direito privado das famílias através da autonomia privada existencial. Ocorre que descuidar da liberdade pode não só não levar a realização individual, quanto pode criar situações de efetiva desigualdade, pois ambos os valores, como dimensões da dignidade da pessoa humana, são interdependentes e devem se harmonizar.

Não é outra situação a que se observa na questão da diferenciação existente na regulação da união estável e do casamento quanto ao regime de bens. Há clara discriminação negativa entre os cônjuges e conviventes. Vejamos: um casal, quando decide contrair matrimônio, toma

convivência, de forma a fazer incidir suas previsões sobre situação patrimonial anterior. Precedentes TJDFT. 2. Apelação provida.”

¹³⁷ A argumentação que se desenvolverá na subseção 3.3. não pretende se restringir aos argumentos apresentados na seção 3.2., uma vez que o marco teórico de análise é a autonomia privada existencial e a teoria do paternalismo libertário. Contudo, a maioria dos argumentos levantados pela doutrina e jurisprudência serão referenciados para desenvolver a argumentação segundo o marco teórico escolhido.

uma decisão ativa. Necessariamente pensará sobre o regime de bens que irá optar. Se fizer a opção através de pacto antenupcial, como este está submetido à condição suspensiva consistente na formalização do matrimônio, se o casamento não vier a se concretizar, não se submeterá ao regime de bens pelo qual optou. Se optar pelo regime padrão, o da comunhão parcial, ambos terão consciência do momento em que irão se submeter a ele, uma vez que a escolha tem que ser reduzida a termo quando da habilitação.

Assim, se a escolha do casal for o pacto antenupcial e o casamento vier a ocorrer, e o regime optado tenha sido o da participação final nos aquestos ou o da separação obrigatória, os cônjuges poderão construir toda uma vida em comum com muito mais independência financeira em relação um ao outro do que companheiros que não iniciem a sua relação por um contrato de convivência. Neste caso, o cumprimento dos deveres conjugais e as obrigações entre os companheiros estariam muito mais presentes em uma união estável do que em um casamento.

Por outro lado, devido à formalidade do processo do casamento, cumpre reconhecer que o silêncio dos cônjuges é consideravelmente mais consciente que o silêncio dos companheiros. Os companheiros não sabem o momento exato em que passam a se submeter ao regime padrão de bens da união estável, a comunhão parcial. Isso porque as relações afetivas entre um casal que possam “desaguar” na presença dos critérios de reconhecimento da união estável se dão ao longo do tempo, e pode haver uma linha tênue, por exemplo, entre um namoro qualificado e uma união estável.

Além disso, mesmo se presentes todos os critérios externos de reconhecimento da união estável – a convivência pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituição de família, ou seja, com apoio moral e material irrestrito entre os companheiros (CC, artigo 1.723) -, esses critérios podem não estar presentes efetivamente dentro da relação.

Exemplifica-se. Um homem casado se separa de fato da sua antiga esposa, com a qual teve filhos. Posteriormente, inicia uma relação amorosa com outra mulher, com a qual engata um namoro e, posteriormente, passam a dividir a mesma casa. No entanto, este homem está completamente comprometido com a família que se desfez, e permanece dando irrestrito apoio moral e financeiro a esta família. Apesar de chamar a nova companheira de esposa, no âmbito familiar pressupõe que ela deve sozinha arcar com os custos da manutenção do lar ou apenas os divide na medida em que dividiria com qualquer outra pessoa com quem compartilhasse moradia, se esquivando de encargos no novo lar em prol da outra família. Passam-se anos nessa situação até que o casal tenha filhos e, talvez, mais algum tempo até que o companheiro inicie a efetivamente constituir família com a companheira, na acepção da existência de apoio moral e financeiro irrestrito. Nesse tempo a companheira adquire bens móveis e imóveis. Não se

defende aqui que este homem não deve dar todo o apoio possível a outra família e aos filhos, principalmente se a outra família dependia inteiramente dele. Defende-se, ao contrário, que o apoio irrestrito seja a ambas as famílias, de forma equilibrada, como mínimo para que talvez se pudesse aceitar a impossibilidade de retroação de eventual contrato de convivência firmado. Provavelmente diversos outros exemplos poderiam ser dados de situações em que há efetivamente um reconhecimento externo da união estável, mas internamente ela não se completou.

Pergunta-se: nesta hipótese, o argumento recorrente da doutrina contrária à retroação dos efeitos patrimoniais do contrato de convivência permaneceria com fundamento? A resposta que parece mais adequada é: não. A existência da regra padrão do regime da comunhão parcial de bens para a união estável está fundada, como visto, no desejo do legislador de evitar o enriquecimento ilícito de um dos companheiros à custa do outro, pois este teria contribuído de forma material ou imaterial para a constituição do patrimônio. A regra não é sem sentido. Isso efetivamente pode ocorrer em diversas situações, quiçá na maioria delas. No entanto, pode haver realidades em que este não seja o caso, e não dar liberdade ao casal para que espelhe no regime de bens a realidade interna da sua relação constitui afronta à igualdade material, uma das dimensões do princípio da igualdade consagrado no *caput* do artigo 5º da CRFB/1988. Por consequência, não se promoveria a dignidade humana de ambos, que nesse caso seria melhor satisfeita através do exercício da autonomia privada existencial.

Além disso, como explanado, há uma verdadeira discriminação da união estável em relação ao casamento. Isso porque no casamento, por ser levado a cabo por uma escolha consciente, pode constituir uma relação muito mais flexível do que a união estável. Nesse ponto deve-se observar que uma vez estabelecido o contrato de convivência na união estável, tenha o casal optado ou não por dá-lhe efeitos retroativos, não deve ser considerada válida a retroação de efeitos em caso de novo contrato de convivência, uma vez que o casal já terá tido a oportunidade de fazer a sua escolha consciente, como no casamento.

É de concluir-se, então, que os argumentos utilizados no julgamento do REsp 1383624/MG pelo STJ, que proibiu a retroação de efeitos do contrato de convivência, não se mantêm. A retroação de efeitos na celebração de contrato de convivência pelos companheiros não constitui privilégio para a união estável em relação ao casamento, ao contrário, equipara aquela em relação a este, que já está em situação vantajada.

O segundo argumento, por sua vez, a ausência de igualdade entre a união estável e o casamento, em uma suposta superioridade deste em relação àquela; parece contrariar o princípio da vedação ao retrocesso social que, segundo Maria Berenice Dias, tem como diretrizes os

princípios aplicáveis às famílias trazidos pela constituição, dentre eles o princípio da pluralidade das entidades familiares merecedoras de proteção¹³⁸.

Nesta linha, cabe ressaltar a importância do reconhecimento do direito à conversão em matrimônio de relações de casais que vivem efetivos “casamentos informais” nos moldes tradicionais, com grande comunhão de vidas e bens, e que gostariam de optar por essa conversão. No entanto, esse reconhecimento não invalida outra aceção de união estável, uma em que o casal pretenda menos envolvimento patrimonial, assim como é permitido ao próprio casamento. É necessário reconhecer, em prol da igualdade que se satisfaz através da liberdade, o direito de não casar.

Fernanda Dias Xavier discorre sobre a existência desse direito defendendo ser este um direito constitucional. No mesmo sentido em que aqui se defende, a autora comenta que a “(...) eventual equiparação doutrinária, legal e jurisprudencial da união estável ao casamento implicaria uma flagrante violação aos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade, principalmente em sua faceta autonomia privada”¹³⁹.

Segundo a autora com o reconhecimento do casamento civil como meio de formação de família (artigo 226, CRFB/1988) e da igualdade entre homem e mulher (artigo 5º, I, CRFB/1988); está a CRFB/1988 atribuindo um direito à constituição de matrimônio. Como direito subjetivo individual, este direito constituiria uma liberdade jurídica, que poderia ou não ser exercida. Assim, competiria às autoridades estatais, sejam legislativas, executivas ou judiciárias, tanto garantir a dimensão positiva deste direito quanto a sua dimensão negativa ao se abster de atos que impusessem à união estável o mesmo regime jurídico do matrimônio.

Nesse sentido, seria assegurado aos indivíduos que optassem por casar, que aderissem a esse regramento jurídico; e aos demais seria assegurado outro modelo de regramento jurídico que não se confundiria com o primeiro, permitindo o livre desenvolvimento da personalidade humana. A proibição de igualar os regimes jurídicos se fundaria na compreensão de que não é aceitável o valor do casamento como o melhor modelo, mas apenas como um dos modelos possíveis de casamento. Não é aceitável que o modelo escolhido pela maioria se aplicasse a todos. Esse entendimento parece estar em consonância com o princípio da dignidade humana, nos termos desenvolvidos ao longo deste artigo, que veda que se dê a questões existenciais uma função social, privilegiando os aspectos individuais dos envolvidos.

¹³⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 51.

¹³⁹ XAVIER, Fernanda Dias. **União estável e Casamento: a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade**. Brasília: TJDFT, 2015, p. 156.

A autora vai além e defende que as tentativas de equiparação de ambos os modelos de entidade familiar constituem um paternalismo desnecessário do Estado, considerando até que o estabelecimento de um regime de bens para a união estável é indevido. Neste ponto se discorda da autora na medida em que a comunhão de vidas gera, em concreto, efeitos patrimoniais, e proteger os envolvidos nessa relação também é promover sua dignidade humana. Acredita-se, assim, que uma saída para a questão que equilibre igualdade e liberdade, na acepção da autonomia existencial, seja justamente a possibilidade de retroação dos efeitos do contrato de convivência na união estável.

Contudo, não se pode deixar de lado a assertividade dos argumentos doutrinários que se preocupam com o direito de terceiros, a questão da necessidade da renúncia ser expressa (artigo 114, CC), e até mesmo a questão de hipóteses em que realmente haverá enriquecimento ilícito. No entanto, em consonância com o já exposto entendimento de Gustavo Tepedino de que as relações patrimoniais devem ser funcionalizadas em razão das existenciais, esses argumentos não podem e não necessitam servir de impedimento à retroação. Eles podem ser sim utilizados como critérios para que a retroação seja considerada válida, por exemplo, através da exigência de cláusula expressa no contrato de convivência que indiquem que o casal pretenda dar a ele efeitos retroativos.

Não se pode pressupor que as pessoas sempre farão mudanças patrimoniais por motivos escusos. Muitas vezes há um senso de justiça interno à relação que não pode ser captado pela lei que procura promover o bem dos envolvidos de forma generalista, estabelecendo critérios que regulem situações para que não caiam em disfunções recorrentes na sociedade. Mas a constitucionalização do Direito Civil e, logo, do Direito das Famílias, em razão da constitucionalização do ordenamento jurídico exige que sejam observadas as questões peculiares ao caso concreto para que os valores constitucionais tenham sua satisfação maximizada e que, se necessário, seja efetivada uma ponderação de princípios para que se determine a melhor solução para os indivíduos envolvidos.

4. Conclusão

O presente artigo se dedicou a estudar a (im)possibilidade de regulação *a posteriori* do regime de bens na união estável com efeitos retroativos. Para tanto, estabeleceu na primeira seção as bases teóricas para a solução da questão. Na segunda seção, enfrentou efetivamente o problema proposto.

O processo de constitucionalização do Direito Civil trouxe unidade ao ordenamento jurídico, devendo os institutos infraconstitucionais ser lidos através dos valores inscritos no texto constitucional. A evolução do Direito das Famílias acompanhou esse processo tanto por questões sociais quanto por mudanças legislativas que, aos poucos, foram adequando o sistema aos valores citados. O princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, ganhou papel central no ordenamento jurídico, que se preocupa com realização das questões existenciais do indivíduo. Essa preocupação faz com que seja questionado o grau de intervenção do Estado, através de qualquer dos seus poderes, na esfera da autonomia do indivíduo.

Apesar de ter havido grande evolução no sentido de liberdade e igualdade tanto em relação à constituição de entidades familiares quanto à definição do regime de bens, cumpre questionar a suficiência dessa evolução. Esse questionamento tem por bases a teoria norte-americana, trazida à doutrina nacional pela jurista Renata Vilela Multedo, do paternalismo libertário. A doutrina admite algum grau de intervenção paternalista – visão o bem do indivíduo – do Estado sobre a autonomia individual, desde que essa intervenção não esvazie um espaço de autodeterminação para o desenvolvimento de sua personalidade que é assegurado pelo princípio da autonomia privada existencial, permitindo assim a concreta promoção da dignidade humana individual.

A jurisprudência do STJ e parte da doutrina não admite a possibilidade da aplicação de efeitos retroativos patrimoniais ao contrato de convivência celebrado no âmbito da união estável. Ocorre que esta posição doutrinária, que alcançou o âmbito estatal, restringe em demasia a autonomia privada existencial. Isto porque a grande parte da preocupação dos defensores dessa posição é uma quebra de igualdade, seja por privilégio à união estável em detrimento do casamento, seja pela retroação permitir o abuso de direito e o enriquecimento ilícito.

Concluiu-se neste trabalho que a existência de um espaço de autodeterminação em que o indivíduo possa exercer a sua liberdade é necessário para que haja também igualdade. A retroação dos efeitos patrimoniais de contrato de convivência celebrado no âmbito da união estável poderá, em certas hipóteses, satisfazer melhor a igualdade do que a não retroação. Esta análise deve ser feita no caso concreto e limitada por certos critérios para evitar o abuso de direito, o enriquecimento ilícito ou a não aplicação de cláusulas legais que devem ser respeitadas, dentre outros critérios que se descobrirem necessários. No entanto, a possibilidade de retroação deve ser admitida por três motivos principais: a) a existência de um privilégio no casamento em relação à união estável para a fixação do regime de bens e do nível de comunhão

de vidas e patrimônio do casal; b) a possibilidade de que o regime legal da comunhão parcial gere enriquecimento ilícito pela impossibilidade do Estado adentrar a esfera íntima e verificar o nível verdadeiro do cumprimento dos requisitos para o estabelecimento da união estável e; c) a existência do direito de não casar. Desta forma, será garantida a proteção à dignidade da pessoa humana e dos princípios que norteiam o Direito das Famílias: a liberdade, a igualdade e a solidariedade.

Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: teoria geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.383.624-MG. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Terceira Turma. Data da Publicação: 12/06/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 404088/RS. Ministro Castro Filho. Terceira Turma. Data da publicação: 28 de maio de 2007.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 470 de 2013. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências.

BRASIL. TJSP. Apelação nº 1007081-96.2014.8.26.0032. Relator: Itamar Gaino. 21ª Câmara de Direito Privado. Data de publicação: 08 de dezembro de 2015.

BRASIL. TJDFT. Apelação nº 971883. Relator: Cruz Macedo. 4ª Turma Civil. Data de publicação: 18 de outubro de 2016.

BRASIL. TJDFT. Apelação nº 1034701. Relator: Romeu Gonzaga Neiva. 7ª Turma Civil. Data de publicação: 02 de agosto de 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. 3ª tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MULTEDO, Renata Vilela; BODIN DE MORAES, Maria Celina. **A privatização do casamento**. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/12/Multedo-e-Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.5.n.2.2016.pdf>>. Acesso em 26 de novembro de 2018.

MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e Família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

PERLINGIERI, Pietro. **Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional**: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da cidade do Rio de Janeiro. Gustavo Tepedino (org.). Carolina Tomasi e João Bosco Medeiros (tradutores). São Paulo: Atlas, 2008.

ROLF, Madaleno. **Direito de Família**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ROLF, Madaleno. **Manual de Direito de Família**. 1. ed – 2. Reimpr. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. STJ: alteração de regime de bens tem eficácia ex nunc. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/138416904/stj-alteracao-do-regime-de-bens-tem-eficacia-ex-nunc>>. Acesso em 02 de dezembro de 2018.

TEPEDINO, Gustavo. **O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais**. In Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. Organizador: Gustavo Tepedino. São Paulo: Atlas, 2008.

XAVIER, Fernanda Dias. **União estável e Casamento: a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade**. Brasília: TJDFT, 2015.