

A INCOMUNICABILIDADE DOS AQUESTOS NO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

THE SEVERABILITY OF THE AQUESTOS IN MANDATORY'S SCHEME OF SEPARATION OF PROPERTY

Rodrigo Biasi de MORAES ¹

102

Sumário: Introdução; 1. O regime da separação obrigatória de bens; 2. A origem legal da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal; 3. Da incomunicabilidade dos bens no regime de separação obrigatória; Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente trabalho objetiva, em linhas gerais, uma breve análise das disposições patrimoniais nas relações conjugais, especialmente no que tange ao tratamento jurídico dado aos aquestos no regime de separação obrigatória de bens. Inicialmente, há uma célebre abordagem conceitual do casamento, bem como dos regimes de bens no Direito Civil englobados. Ato contínuo, analisa-se com maior profundidade o regime de separação obrigatória de bens. O escopo precípua é demonstrar a impossibilidade de comunicação dos aquestos no regime de separação obrigatória de bens, afastando-se a incidência do art. 259 do Código Civil de 1916, bem como da súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal. Destarte, este estudo pretende trazer a lume a necessidade de aplicação literal do dispositivo legal em exame, ante a comprovação, em decorrência do tempo e da experiência, de que tal forma interpretativa é medida de harmonia e paz social nas relações estabelecidas entre os cônjuges enquadrados nas situações elencadas pelos incisos I a III do art. 1641 do Código Civil de 2002.

ABSTRACT: The aim of this work, in general, a brief analysis of the equity provisions in marital relations, especially regarding the legal treatment of aquestos the mandatory separation of property regime. Initially, there is a rapid conceptual approach to marriage as well as property regimes in Civil Law encompassed. Immediately thereafter, we analyze in greater depth the mandatory separation of property regime. The goal is to demonstrate the impossibility of communicating aquestos the mandatory separation of property regime, away from the incidence of art. 259 of the Civil Code of 1916, as well as the summary 377 of the Supreme Court. Thus, this study aims to bring to light the need for literal application of the legal provision in question, given the evidence, due to the time and experience, that such interpretative form is measured harmony and social peace in the relations established between the framed spouses in situations listed by items I to III of art. 1641 of the Civil Code of 2002.

PALAVRAS-CHAVE: Aquestos, Incomunicabilidade, Separação obrigatória de bens, Súmula 377 STF.

KEYWORDS: Aquestos, Solitary, mandatory separation of goods, Summary 377 STF.

Introdução

O instituto jurídico do casamento remonta aos primórdios da humanidade, objetivando, principalmente, a constituição da família, célula *mater* da sociedade, especialmente protegida pela Carta Magna de 1988, conforme se vislumbra do artigo 226, *caput*, da Constituição Federal.

¹ Pós Graduando lato sensu em Direito Civil/Processual Civil pela instituição Pro Juris - Estudos Jurídicos junto às Faculdades Integradas de Ourinhos-FIO. Advogado.

Artigo recebido em 07 de fevereiro de 2015. Artigo aprovado em 27 de junho de 2015.

Ocorre que este instituto de natureza mista, pública e privada, que reúne aspectos institucionais e contratuais, possui reflexos, dentre os quais os que dizem respeito ao patrimônio adquirido antes, durante e/ou durante o matrimônio.

Dessa forma, há no ordenamento jurídico pátrio a existência de vários regimes de bens, quais sejam: o regime da comunhão universal de bens; o da comunhão parcial de bens; o regime de participação final nos aquestos; e o regime de separação de bens, este último que poderá ser convencional ou obrigatório (legal).

Tais regimes foram criados pelo legislador, a fim de ordenar e regular o patrimônio dos cônjuges no momento da dissolução do vínculo matrimonial ou da união estável, seja pela morte ou pelo fim da relação de convivência familiar.

Segundo o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2009, p.396):

“(...) o regime de bens é o conjunto de regras que disciplina as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento. Regula especialmente o domínio e a administração de ambos ou de cada um sobre os bens anteriores e os adquiridos na constância da união conjugal”.

Ademais, salienta com extrema sabedoria Maria Helena Diniz (2011, p. 169):

Uma vez realizado o matrimônio, surgem direitos e obrigações em relação à pessoa e aos bens patrimoniais dos cônjuges. A essência das relações econômicas entre os consortes reside, indubitavelmente, no regime matrimonial de bens, que está submetido a normas especiais disciplinadoras de seus efeitos. De forma que o regime matrimonial de bens é o conjunto de normas aplicáveis às relações e interesses econômicos resultantes do casamento. É constituído, portanto, por normas que regem as relações patrimoniais entre marido e mulher, durante o matrimônio. Consiste nas disposições normativas aplicáveis à sociedade conjugal no que concerne aos seus interesses pecuniários. Logo, trata-se do estatuto patrimonial dos consortes, que começa a vigorar desde a data do casamento (CC, art. 1639, parágrafo 1º) por ser o matrimônio o termo inicial do regime de bens, decorrente ele da lei ou de pacto; logo, nenhum regime matrimonial pode ter início em data anterior ou posterior ao ato nupcial, pois começa, por imposição legal, a vigorar desde a data do casamento.

Cumprе salientar, entretanto, que tais regimes não são absolutos, na medida em que os nubentes podem, observadas as prescrições legais, modificá-los ou combiná-los, ou até mesmo criar um regime peculiar que lhes seja próprio e conveniente, isto é, podem contratar livremente sobre a

forma de disposição dos bens através da realização do pacto antenupcial formalizado solenemente por meio de escritura pública, que terá eficácia com o casamento, nos termos dos arts. 1.639, §1º e 1.653 do Código Civil Brasileiro.

Conste-se, ainda, que acaso os nubentes não estipulem um regime, aplicar-se-á o da comunhão parcial de bens, também conhecido como regime legal, consoante disposição do art. 1.640 do Código Civil.

Vale também consignar que o regime de bens não é imutável, conforme prescrição do art. 1.639, § 2º, do Código Civil, sendo passível de alteração mediante autorização judicial, através de motivada solicitação dos interessados, ressalvados os direitos de terceiros e apurada a procedência das razões invocadas. Necessário observar que há correta tendência jurisprudencial no sentido de abrandar a análise do embasamento dos cônjuges, tendo em vista a possibilidade atual de efetivação célere do divórcio, concedido independentemente de culpa e ausente a incidência de tempo mínimo de duração do casamento.

De outro lado, em determinados casos, optou o legislador por impor aos cônjuges um regime obrigatório de separação dos bens, conforme se verifica do artigo 1.641, I, II e III, do Código Civil, ou seja, segundo interpretação literal do dispositivo, estão impossibilitados de comunicar os bens os cônjuges que contraírem matrimônio sem observação das causas suspensivas da celebração do casamento (art. 1523, CC); os maiores de 70 (setenta) anos; bem como os dependentes de suprimento judicial para casarem.

Desse modo, a lei impede que em tais casos haja a comunicabilidade dos bens entre os cônjuges, sendo cada contraente único proprietário de seu patrimônio adquirido antes, durante e após o casamento ou, seguindo uma interpretação extensiva, a união estável.

Todavia, nos idos de 1964, o Supremo Tribunal Federal, buscando solucionar várias demandas ajuizadas na tentativa de possibilitar a comunicação dos bens adquiridos na permanência matrimonial, ainda que celebrado o enlace sob o regime da separação obrigatória ou convencional de bens, editou o verbete 377, assim ementado: “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Com efeito, muito embora a edição da súmula tenha ocorrido há mais de 50 (cinquenta) anos, verifica-se, hodiernamente, que não cessaram os embates doutrinários, bem como ainda há a prolação dos divergentes entendimentos jurisprudenciais acerca da matéria, uma vez que as discussões permanecem latentes quanto à aplicabilidade ou não do entendimento sumular, principalmente após a vigência do atual Diploma Civil Brasileiro.

1. O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

O regime da separação de bens pode ocorrer de duas formas: pela livre manifestação de vontade das partes – separação convencional de bens – ou decorrente da lei – separação obrigatória de bens – este imposto a todos os que se enquadrarem nas situações elencadas no art. 1.641 do Código Civil.

Na vigência do Código Civil de 1916, no que tange à forma convencional, caberia aos nubentes no momento da elaboração do contrato dispor a forma que seriam regidos os bens, sendo que para efetivação da absoluta separação seria necessária cláusula clarividente de tal anseio, sob pena de comunicabilidade dos aquestos, através da aplicação do art. 259 daquele Diploma Civil, posteriormente corroborado pela súmula 377 do Supremo Tribunal Federal.

Em regra, é um regime que não visa a comunicabilidade de patrimônio entre os cônjuges, permanecendo os bens sob a administração de seu titular, que os pode livremente alienar ou gravar de ônus real, nos termos do art. 1.687 do Código Civil.

Ressalte-se que muito embora não haja patrimônio em comum, prescreve o art. 1.688 do Diploma Civil que as despesas familiares serão rateadas entre os cônjuges na medida de seus rendimentos, ressalvados os casos contrariamente ajustados no pacto antenupcial.

Cumpre salientar que o Código Civil de 1916 já contemplava o regime da separação obrigatória, excetuando-se à regra da livre elegibilidade do regime de bens pelos cônjuges, com base no art. 258:

Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal.

Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens no casamento:

I. Das pessoas que o celebrarem com infração do estatuto no art. 183, nºs XI a XVI (art. 216).

II. Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos.

III. Do órfão de pai e mãe, embora case, nos termos do art. 183, nº XI, com o consentimento do tutor, ou curador.

IV. E de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, nº XI, 384, nº III, 426, nº I, e 453)

Não obstante os distintos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da incidência de norma impondo um regime de bens em determinadas hipóteses, o legislador, com o advento do Código Civil de 2002, não suprimiu o regime da separação obrigatória de bens do diploma. Ao contrário, reafirmou sua necessidade, mantendo-o em sua redação original:

Art. 1641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

- I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas de celebração do casamento;
- II – da pessoa maior de sessenta anos;
- III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Logo, notório que o legislador quis manter a intervenção estatal nas relações conjugais em determinadas circunstâncias, posto que se trata de interesse privado, porém, de incontestável conveniência pública, buscando evitar-se prejuízos às partes, a terceiros e à sociedade de forma geral.

Todavia, vale consignar que a simples existência de tal regime traz certa inquietação dentre os protagonistas do Direito.

Nesse sentir, a ilustre doutrinadora Maria Berenice Dias, de irrefutável conhecimento no campo do Direito de Família, considera o regime de separação obrigatória como verdadeira sanção aos cônjuges:

Trata-se de mera tentativa de limitar o desejo dos nubentes mediante verdadeira ameaça. A forma encontrada pelo legislador para evidenciar sua insatisfação frente a teimosia de quem desobedeça conselho legal e insiste em realizar o sonho de casar é impor sanções patrimoniais. Os cônjuges casados sob o regime da separação obrigatória de bens não podem contratar sociedade entre si ou com terceiros (CC 977). Nem mesmo para a venda de bens de ascendentes e descendentes (CC 496 parágrafo único) se faz necessário o consentimento do cônjuge. Pelo jeito, os cônjuges podem sozinhos alienar e gravar de ônus real seus bens, agir em juízo com referência a eles sem a vênua conjugal, assim como podem prestar fiança e aval. A lei fala em regime de separação “absoluta”, querendo dizer “obrigatória” (CC 1.647). Parece que a intenção do legislador é evitar qualquer possibilidade de entrelaçamento de patrimônios.²

Seguindo o ensinamento esposado por Dias, alguns doutrinadores atestam que o regime de separação obrigatória atenta, especialmente, contra princípios constitucionais estatuídos pela Constituição Federal, tais como o princípio da dignidade humana, da igualdade, bem como afronta o direito de propriedade.

² DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias, 8ª ed, ver, atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 248.

Por outro lado, pondera Paulo Lôbo que o regime de separação de bens é o que melhor corresponde ao princípio da igualdade de gêneros, sendo aquele que mais se coaduna com o modelo igualitário de família, demonstrando-se o mais justo, equânime e digno com relação a cada cônjuge, reduzindo, inclusive, a imensa quantidade de conflitos que os demais regimes proporcionam.³

Nesse diapasão, os juristas asseveram que o regime em comento é necessário, uma vez que, prudentemente, o legislador almejou conferir proteção jurídica a toda e qualquer pessoa que porventura puder vir a ser afetada pela livre eleição do regime patrimonial, em especial o cônjuge em idade avançada, bem como àqueles que se encontram em situações não aconselháveis juridicamente para a celebração matrimonial.

Ora, se é perceptível um embate de entendimentos doutrinários acerca da simples existência do regime de separação obrigatória de bens, indubitável que tais divergências se tornem ainda mais incisivas e latentes quanto à aplicabilidade ou não da súmula 377 do STF aos casos concretos, resultando na prolação dos mais variados julgados sobre o tema.

Desse modo, registre-se, por exemplo, que há dura oposição na doutrina e na jurisprudência no que tange a imposição do regime para os que apresentam idade superior à limitada por lei, argumentando-se, principalmente, violação ao direito de liberdade e ofensa à dignidade da pessoa humana.

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. UNIÃO ESTÁVEL ENTRE SEXAGENÁRIOS. REGIME DE BENS APLICÁVEL. DISTINÇÃO ENTRE FRUTOS E PRODUTO. (...) 3. A comunicabilidade dos bens adquiridos na constância da união estável é regra e, como tal, deve prevalecer sobre as exceções, as quais merecem interpretação restritiva, devendo ser consideradas as peculiaridades de cada caso. 4. A restrição aos atos praticados por pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos representa ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. 5. Embora tenha prevalecido no âmbito do STJ o entendimento de que o regime aplicável na união estável entre sexagenários é o da separação obrigatória de bens, segue esse regime temperado pela Súmula 377 do STF, com a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, sendo presumido o esforço comum, o que equivale à aplicação do regime da comunhão parcial. (...). 8. Recurso especial de G. T. N. não provido. 9. Recurso especial de M. DE L. P. S. provido. STJ, RESP 1171820/PR, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrigli, julgado em 07.12.2010, DJe 27.04.2011.

³ LOBO, Paulo. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2009, 2ª edição, p. 331.

Note-se que no caso à baila, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, além de entender necessária a aplicação da súmula 377 do STF, ponderou no sentido de que há presunção de esforço comum na aquisição dos bens adquiridos na constância matrimonial e, inclusive, interpretando extensivamente, incidem as mesmas prerrogativas aos casos de união estável.

Por derradeiro, mister consignar que algumas situações, as quais não envolvem a incidência ou não do verbete emitido pelo Pretório Excelso, já restam pacificadas nos tribunais.

No que tange à imposição do regime de separação obrigatória de bens para os que possuem idade acima do limite legalmente pré-estabelecido, importante frisar que tal obrigatoriedade é afastada nos casos em que, anteriormente à união conjugal, os cônjuges tenham começado a convivência em união estável com idade abaixo do limite permitido na lei. Nessa linha, foi aprovado na IV Jornada de Direito Civil, o enunciado 261: “Art. 1.641: A obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade”.

Vale registrar, ainda, que se argumenta a possibilidade de modificação do regime nos casamentos celebrados sob o da separação obrigatória de bens, nos termos do art. 1.639, § 2º do Código Civil, nas hipóteses em que restem comprovadas as cessações das condições de imposição do mencionado regime, razão pela qual se aprovou na III Jornada de Direito Civil o enunciado 262, assim ementado: “Arts. 1.641 e 1.639: A obrigatoriedade da separação de bens nas hipóteses previstas nos incisos I e III do art. 1.641 do Código Civil não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs”.

2. A ORIGEM LEGAL DA SÚMULA 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Inicialmente, cumpre apresentar solução já pacificada na doutrina e na jurisprudência sobre possível questionamento relativo ao tema em questão. Seguindo o verbete nº 377 do STF, indaga-se se todos os bens são comunicáveis. Obviamente que não, sendo aplicados os efeitos do entendimento sumular somente aos bens adquiridos onerosamente na constância do enlace matrimonial ou da união estável.

Dando sequência, importa salientar que a súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal possui como base legal o art. 259 do Código Civil de 1916, que assim prescrevia: “embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicabilidade dos adquiridos na constância do casamento”.

Aduz-se, portanto, por este dispositivo legal que, havendo o matrimônio convencionalmente estipulado sob o regime da separação de bens, sem previsão no pacto antenupcial de

incomunicabilidade dos aquestos, automaticamente estariam os nubentes adstritos ao regime de comunhão parcial, vez que restariam em comum os bens amealhados na constância do casamento.

Vê-se, assim, que a regra estatuída pelo artigo mencionado transferiria o regime de bens anteriormente adotado pelos cônjuges, sem a vontade dos mesmos. Certamente, extrema cautela deveriam tomar os nubentes no momento da elaboração e efetivação do pacto pré-matrimonial, haja vista que se não constassem as cláusulas de separação absoluta e total dos bens, inclusive dos aquestos, de nada adiantaria optar pelo regime da separação de bens.

A tese esposada à época pelo entendimento sumular, obviamente, atendia os anseios de alguns cônjuges que pactuaram livremente a celebração da união conjugal sob o regime da separação de bens. No entanto, no mínimo desastrosa a aplicação do verbete no regime de separação legal, situação em que inexistia o contrato pré-nupcial.

Nesta seara, perpetuam-se até os momentos atuais as discussões acerca da eficácia ou ineficácia da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, possibilitando a comunicação dos aquestos, ainda que o regime de bens, imposto legalmente, seja o da separação total.

3. DA INCOMUNICABILIDADE DOS BENS NO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA

Considerando-se que as leis não possuem o caráter de “letra inútil”, necessária a revisão de possibilidade de incidência da súmula 377 do STF nos casos em que o regime de bens foi obrigatoriamente imposto aos nubentes, nos termos do art. 1.641 do Código Civil atual. Ora, admitir-se a comunhão dos aquestos nesses casos é simplesmente anular o dispositivo retro mencionado, na medida em que o regime, automaticamente, passará a ser o da comunhão parcial de bens, contrariando claramente os objetivos da norma.

Nesse diapasão, em verdadeira aula de hermenêutica jurídica, já lecionava de longa data o jurista João Manoel de Carvalho Santos (1937, p. 1730):

A verdade é esta: quando o regime da separação resulta da imposição da lei, quando ele é obrigatório por haver ocorrido um dos casos previstos no art. 258, em hipótese alguma os bens dos cônjuges se comunicarão. Nem mesmo os bens adquiridos na constância do casamento com o produto da indústria e do trabalho de cada um dos cônjuges.

E reafirmara, atualmente, Sílvio Rodrigues (2004, p. 186):

Se o legislador quisesse determinar que o casamento devia efetuar-se por um regime em que não se comunicassem os bens presentes, e sim os adquiridos após o enlace, ele não se referia ao regime da separação de bens, como faz no art. 258, mas sim ao regime da comunhão parcial, que é justamente aquele em que os bens existentes por ocasião do casamento não se confundem, comunicando-se, entretanto, os havidos posteriormente.

Contudo, alguns doutrinadores, bem como vários entendimentos jurisprudenciais, atestam a possibilidade, e mais, a necessidade de incidência da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, independentemente do regime adotado pelos cônjuges – obrigatório ou convencional – de separação de bens.

Consoante ensinamento de Maria Helena Diniz (2011, p. 211):

A razão está com os que admitem a comunicabilidade dos bens futuros, no regime de separação obrigatória, para evitar enriquecimento indevido, desde que sejam fruto do esforço comum do trabalho e da economia de ambos, ante o princípio de que entre os consortes se constitui uma sociedade de fato por haver comunhão de interesses. Todavia, não há necessidade de se comprovar o concurso de esforços dos cônjuges para a aquisição daqueles bens. Deveras, o STF, na referida súmula 377, decidiu: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”, desde que tal aquisição seja onerosa e resulte de esforço comum, como reconhecimento de uma verdadeira sociedade de fato (RSTJ, 39:413; RT, 691:194; JTJ, 238:525-8).

E confirma a jurisprudência:

SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. COMUNICAÇÃO DOS AQUËSTOS.

1. Se o casamento estava sujeito ao regime de separação obrigatória de bens e se todos os bens do de cujus foram adquiridos durante a vida conjugal, que findou com o óbito do varão, tem aplicação a Súmula nº 377 do STF estabelecendo que, no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. 2. Constitui entendimento indissolvente hoje que, enquanto o casal estiver junto e unido, o produto do trabalho de ambos e todas as conquistas patrimoniais devem a eles pertencer de forma igualitária, salvo se houver manifestação de vontade expressa em sentido contrário (contrato escrito na união estável ou pacto antenupcial, no casamento)”. Recurso desprovido. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70012778023, Sétima Câmara Cível, Tribunal

de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 07/12/2005).

(...) as Turmas que compõem a Seção de Direito Privado desta Corte assentaram que para os efeitos da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal não se exige a prova do esforço comum para partilhar o patrimônio adquirido na constância da união. Na verdade, para a evolução jurisprudencial e legal, já agora com o art. 1.725 do Código Civil de 2002, o que vale é a vida em comum, não sendo significativo avaliar a contribuição financeira, mas, sim, a participação direta e indireta representada pela solidariedade que deve unir o casal, medida pela comunhão da vida, na presença em todos os momentos da convivência, base da família, fonte do êxito pessoal e profissional de seus membros. (STJ – 3ª. Turma – Resp. nº 736.627/PR, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 01.8.2006, p. 436).

111

DIREITO CIVIL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE COMUNICABILIDADE DE AQUESTOS - CASAMENTO SOB REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS - VIABILIDADE DE COMUNICAR OS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO - APLICABILIDADE DO DISPOSTO NO ART. 259 DO CC/1916 E DA SÚMULA 377/STF. - No regime de separação legal, cada um dos cônjuges conserva a posse e a propriedade dos bens que trazer para o casamento, bem como dos que forem a ele sub-rogados.- Nos termos do art. 259 do CC/1916, "prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento", não obstante o matrimônio tenha sido realizado sob o regime de separação total de bens.- Consoante o disposto na Súmula nº 377 do excelso Supremo Tribunal Federal, os aquestos adquiridos na constância do matrimônio se comunicam, independentemente de prova de serem fruto do esforço comum. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.04.463859-1/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE

Analisando a doutrina e as jurisprudências acima colacionadas, nota-se a ocorrência de presunção do esforço comum para aquisição dos bens na constância do casamento.

Todavia, nem todos os autores compartilham do mesmo entendimento, visto que aduzem caber ao requerente da divisão dos bens amealhados na constância da união celebrada sob o regime de separação total, a comprovação de que empenhou esforços, principalmente financeiros, para a aquisição dos aquestos.

Nesse sentido, preleciona Washington de Barros Monteiro⁴:

Acertado, diante do estabelecimento de sociedade de fato ou comunhão de interesses, a comunicação dos bens adquiridos pelo esforço comum, já que não há razão para que os bens fiquem pertencendo exclusivamente a um deles, desde que representem trabalho e economia de ambos.

112

No mesmo diapasão, justifica Regina Beatriz Tavares da Silva⁵:

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

Com o devido acatamento, tais questões são relativamente concebíveis, se examinado um caso concreto em que os cônjuges tenham optado pelo regime da separação de bens, vez que, agindo de má-fé, um dos contraentes pode se enriquecer ilicitamente às custas do outro, o que é plenamente abolido por nossa legislação pátria.

Entretanto, indubitavelmente, igual tratamento não deve ser dado aos casais que contraem matrimônio ou convivem em união estável, cujo regime de bens é o imposto pelo art. 1.641 do Código Civil Brasileiro.

Relevante frisar, inicialmente, que inexistia no Código Civil atual dispositivo semelhante ao que originou a súmula 377 do STF (art. 259 CC/1916). Ademais, várias foram as possibilidades subsequentes de alteração do dispositivo legal, como o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/61) e a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), demonstrando o legislador a necessidade de manutenção do regime de separação obrigatória de bens, sem a comunhão dos aquestos.

Posteriormente, apreciou-se, uma vez mais, a manutenção desse regime, em explícita oportunidade de sua supressão ao menos no que tange ao limite etário da lei, quando da vigência da recente Lei 12.344/2010, que simplesmente alterou a idade limite do nubente de sessenta para setenta anos.

Vale salientar, ainda, que o tempo e a experiência demonstraram claramente a intenção do legislador em manter o regime da separação obrigatória de bens, o que se vislumbra, inclusive, com a incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro do regime de participação final nos aquestos, em que, em linhas gerais, durante a vigência do matrimônio os cônjuges agem como se estivessem

⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Direito de Família. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 184.

⁵ DA SILVA, Regina Beatriz Tavares (Org). Código Civil comentado. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1971.

casados sob o regime da separação total de bens e, após a dissolução da união por qualquer causa, aplica-se o disposto no regime da comunhão parcial.

Ante os argumentos expostos, resta possível afirmar a inaplicabilidade do verbete sumular nº 377 do Supremo Tribunal Federal, principalmente aos casos regidos após a vigência do Diploma Civil de 2002, quando legalmente determinado o regime de separação, afastando-se a comunicabilidade dos bens entre os cônjuges ou conviventes de forma absoluta e total, uma vez que este é o fim da norma positivada.

Desse modo, muito embora o Poder Judiciário atue na solução de conflitos ocorrentes na sociedade, devendo o Magistrado buscar incansavelmente a decisão mais justa e equânime, não há porque o próprio Estado, que criou o texto legal por meio do Poder Legislativo, tornar “letra morta” um regime de bens normatizado, levando-se em consideração um entendimento sumular tacitamente revogado pelo Código Civil atual, sob pena de alteração do regime de bens legalmente estabelecido aos nubentes pelo da comunhão parcial de bens.

Nesta senda, esclarece Caio Mário da Silva Pereira⁶:

O mesmo não ocorre com o regime de separação obrigatória, apesar do parecer de opinados autores, favoráveis à comunicação, neste caso amparados pela jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal (Súmula nº. 377). A nós nos parece que se o Código institui a comunicabilidade ‘no silêncio do contrato’, somente teve em vista a situação contratual, pois, se desejasse abranger, no mesmo efeito, a separação compulsória, aludiria à espécie em termos amplos, e não restritivos ao caso, em que o contrato é admitido. O legislador ao dispor pela forma que o fez, pressupôs a existência de um contrato antenupcial. E somente quando o contrato silencia, manda que se aplique o dispositivo supra. Onde a conclusão de que, se se trata de regime obrigatório da separação de bens, em virtude do que estatui o art. 258, parágrafo único, não se aplica o dispositivo do art. 259. Permitir que se comunicassem os bens adquiridos, no caso de ser obrigatório o regime de separação, seria tolerar que a lei fosse burlada, seria, em suma, admitir que os cônjuges fugissem daquele regime que a lei lhes impôs, para cárem no regime da comunhão de bens.

Perceptível, portanto, que não há como igualar o regime de separação obrigatória de bens ao regime de separação convencional, vez que neste último prevalece, ao menos no entendimento jurisprudencial, a possibilidade de externar a vontade das partes no sentido de se comunicarem os bens adquiridos onerosamente na constância da união conjugal ou estável, através de competente

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: direito de família. Vol. 5, Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 147.

pacto antenupcial; enquanto aquele decorreu de regramento legal que deve, necessariamente, ser observado e obedecido para a manutenção da ordem e da paz social.

Sem sombra de dúvidas, os próprios nubentes, no momento em que decidem se casar, estão cientes das condições legais a eles estabelecidas pela lei, não se demonstrando as situações elencadas no art. 1.641 do Código Civil casos de afronta a princípios e garantias constitucionais efetivamente tutelados pela Carta Magna de 1988, como alguns autores procuram fazer crer.

Indiscutível que o Direito de Família, coerentemente, tem sido influenciado por forte carga axiológica embasada nos princípios estatuídos pela Constituição Cidadã, almejando, precipuamente, a proteção à dignidade da pessoa humana, elevada ao status de fundamento do Estado Democrático de Direito, conforme se depreende do art. 1º, III, da Constituição Federal Brasileira.

Contudo, o lapso temporal e as evoluções sociais levaram o legislador a entender necessária a manutenção do regime de separação obrigatória de bens em determinadas situações sócio jurídicas, vez que se aplicado o entendimento sumular nº 377 do STF ao citado regime, estar-se-ia diante de verdadeira afronta ao mandamento legal, possibilitando que o Poder Judiciário exerça função atípica como se típica fosse, sem plausíveis fundamentos.

Desta forma, não se vislumbra a necessidade de interpretação senão literal do art. 1.641 do Código Civil, vez que a imposição ali estipulada não traz quaisquer prejuízos às partes contratantes, nem a terceiros e tampouco à sociedade.

Data vênia, em opinião contrária à corrente que entende pela violação de direitos fundamentais, especialmente com relação ao inc. II do art. 1.641 do Código Civil, importante frisar que o ordenamento jurídico pátrio é um sistema normativo, com regras a serem observadas pela sociedade, em que não se pode alegar desconhecimento a fim de escusar-se das imposições legalmente impostas, nos termos do art. 3º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

Fatídico que o Judiciário, na omissão do texto legal, deve se socorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito para solução dos conflitos (art. 4º da Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro). No entanto, os casos elencados no art. 1.641 do Código Civil vem se arrastando perante a sociedade há mais de cinquenta anos, motivo pelo qual o legislador, observando as mudanças e evoluções sociais, optou por manter o regime da separação obrigatória em determinadas hipóteses ocorrentes na sociedade, a fim de garantir maior proteção a quem necessita, bem como aplicar sanção, enquanto perdura hipótese condicionante, àquelas pessoas que se enquadrem nos incisos I e III do dispositivo legal supra mencionado.

Como afirmado inicialmente no presente estudo, o casamento é instituto misto, com nuances de direito privado (natureza contratual), porém, fundamentado no bem comum da sociedade e, sendo assim, deve obedecer às prescrições legalmente estabelecidas em determinados casos, vez que a positivação da norma reflete o desejo social naquele determinado momento histórico.

Saliente-se que não está se promovendo o desejo de contrair núpcias pelo maior de 70 (setenta) anos como uma aberração jurídica ou um risco social, mas, tão somente, afirmando que em decorrência de certa idade deverá, por determinação legal, se submeter a um regime de lei que em nada lhe causará prejuízo, ao contrário, buscará sua proteção patrimonial.

A fim de melhor fundamentar os argumentos ora defendidos, propõe-se a análise inversa da aplicação da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal ao caso concreto, nas hipóteses em que a lei impõe o regime da separação de bens.

Veja-se, por exemplo, a situação do cônjuge que contrai matrimônio, está enquadrado em uma das situações elencadas pelos incisos do art. 1.641 do Código Civil, e assim quer permanecer a fim de proteger seu patrimônio, ou seja, o(s) cônjuge(s) ou convivente(s) desejam os reais efeitos do regime de total separação de bens.

Como o regime é o estabelecido por lei, não há se falar em pacto antenupcial. Dessa forma, a incidência da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal nada mais fará senão prejudicar o principal interessado nos efeitos do regime obrigatoriamente estipulado na lei.

Esta situação é dramática diante dos nubentes com mais de setenta anos, que desejosos por contrair matrimônio ou convivem em união estável, perdem tal oportunidade pelo receio de aplicação do disposto no verbete sumular do STF.

Tal problemática poderia facilmente ser sanada por meio da celebração de pacto antenupcial contendo a cláusula de incomunicabilidade dos aquestos, o que, de certa forma, já se perfaz um absurdo, tendo em vista a necessidade de se afirmar em escritura pública o que é inerente ao regime de bens legalmente imposto.

Contudo, é comum que o aludido pacto seja negado nos processos de habilitação do casamento, mormente pelo disposto no número 7 do art. 70 da Lei 6.015/73, sob o embasamento de impossibilidade de consignação da escritura antenupcial nos assentos de casamento, quando o regime for o legal.

Nesses termos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÕES. INVENTÁRIO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. DIREITO DE MEAÇÃO SOBRE OS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO MATRIMÔNIO. CABIMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 377 DO STF. EXISTÊNCIA DE PACTO ANTENUPCIAL CELEBRADO PELOS CÔNJUGES, QUE APENAS REPRODUZ A DISPOSIÇÃO LEGAL ACERCA DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DOS BENS. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO TEM O CONDÃO DE AFASTAR O DIREITO DA AGRAVADA DE MEAÇÃO SOBRE OS AQUESTOS. BEM IMÓVEL ADQUIRIDO NA VIGÊNCIA DO

CASAMENTO EM SUB-ROGAÇÃO. MATÉRIA QUE PENDE DE EXAME PELO JUÍZO A QUO, SOB PENA DE SUPRESSÃO DO GRAU DE JURISDIÇÃO. Recurso conhecido em parte e, nesta parte, desprovido. (Agravado de Instrumento Nº 70015588825, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 27/09/2006).

Habilitação para casamento. Pacto antenupcial firmado por nubente maior de sessenta anos. Obrigatoriedade do regime de separação de bens. Nulidade declarada. Manutenção da sentença. Improvimento do recurso. Tratando-se de pacto antenupcial firmado por nubente com mais de sessenta anos de idade, correta a sentença que declarou a nulidade da avença, homologou a habilitação para o casamento e determinou a observância do regime da separação obrigatória dos bens. TJRJ, Apelação Cível nº 0000030-94.2004.8.19.0000, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Antônio Eduardo F. Duarte, julgado em 26.10.2004.

116

Dessa forma, não raro, o Ministério Público opina pelo cancelamento do pacto antenupcial, alegando nulidade, ocasião em que os cônjuges, que almejavam a separação absoluta e total dos seus bens, uma vez que assim determina a disposição regradada, ficam, no momento da dissolução do matrimônio ou da convivência, sujeitos aos efeitos da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal.

Logo, analisando inversamente o caso concreto, demonstra-se, no mínimo, incoerente a declaração de nulidade das citadas avenças antenupciais, haja vista que a jurisprudência, desarrazoadamente, impõe a pessoas maiores e capazes, indesejada comunhão de aquestos, quando a própria legislação estabelece a separação patrimonial total.

Nesse diapasão, incabível admitir que a interpretação jurisprudencial altere a manifesta expressão de vontade das partes em conformidade com o texto prescrito em lei, razão pela qual a incidência da súmula 377 do STF mostra-se inaplicável nos casos determinados legalmente pelos incisos do art. 1.641 do Código Civil.

Com efeito, a norma jurídica visa refletir os anseios sociais, enquanto ciência que regula as ações e evoluções em sociedade. Dessa forma, revela-se a lei como fonte primária e principal do Direito, que surge a partir do valor jurídico atribuído a determinado fato.

Partindo dessa premissa, leciona Miguel Reale⁷ através da Teoria Tridimensional do Direito:

Direito não é só norma, como quer Kelsen, Direito não é só fato como rezam os marxistas ou os economistas do Direito, porque Direito não é economia. Direito não é produção econômica, mas envolve a produção econômica e nela interfere; o

⁷ REALE, Miguel. Teoria tridimensional do direito – situação atual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 128.

Revista Intervenção, Estado e Sociedade

v.3.n.1 jan./jun.

p. 102-118

Direito não é principalmente valor, como pensam os adeptos do Direito Natural tomista, por exemplo, porque o Direito ao mesmo tempo é norma, é fato e é valor. (...) O Direito é sempre fato, valor e norma, para quem quer que o estude, havendo apenas variação no ângulo ou prisma de pesquisa. A diferença é, pois, de ordem metodológica, segundo o alvo que se tenha em vista atingir. E o que com acume Aristóteles chamava de "diferença específica", de tal modo que o discurso do jurista vai do fato ao valor e culmina na norma; o discurso do sociólogo vai da norma para o valor e culmina no fato; e, finalmente, nós podemos ir do fato à norma, culminando no valor, que é sempre uma modalidade do valor do justo, objeto próprio da Filosofia do Direito.

Destarte, a primeira dimensão do Direito é o ordenamento jurídico em si; o fato é a segunda, haja vista que a ciência jurídica se volta para as evoluções sociais e históricas; e a terceira é o valor jurídico, isto é, a dimensão axiológica do Direito. Logo, há uma norma a fim de tutelar um fato atribuído de valor jurídico pela sociedade, na busca incessante do Direito pela paz e harmonia sociais.

CONCLUSÕES

Resta demonstrado que muito embora seja latente a discussão doutrinária e jurisprudencial, parte significativa da doutrina pugna pela inaplicabilidade da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, mormente no que diz respeito à manifesta contrariedade ao escopo da norma.

Sem sombra de dúvidas, a função legiferante deve permanecer com o poder legislativo, formado por representação popular, consoante o direito-dever do sufrágio universal, restando aos tribunais, cautelosamente, reservar-se à hermenêutica jurídica como meio para efetivação da justiça.

Inversamente ao não raro argumento de violação a princípios e garantias fundamentais, estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, o art. 1.641 e incisos do Código Civil representa, segundo análise histórico-jurídica da evolução social, anseio da sociedade na busca pela harmonia e pela paz na comunidade.

Com efeito, pelo fato de o Código Civil atual não apresentar dispositivo referente ao art. 259 do Diploma Civil de 1916, sufraga-se a ideia de revogação do verbete sumular nº 377 do STF, vez que sua indevida aplicação desvirtua o regramento positivado, na medida em que altera o regime de bens, sem previsão legal, no momento da dissolução do casamento ou da união estável.

Aceitar que o regime de separação legal de bens simplesmente deixe de existir no universo do Direito, nada mais é senão desacatar a ordem de um mandamento que reflete um fato ao qual foi

atribuído um valor jurídico relevante pela sociedade, haja vista que o escopo precípua do espírito da lei é proteger as relações jurídicas entre os particulares.

Por óbvio, não se pode olvidar que de extrema importância é o trabalho de interpretação da legislação realizado cotidianamente pelos juízes e tribunais que, cada vez mais, objetivam alcançar meios de solução dos conflitos embasando-se nos princípios constitucionais, a fim de atingir a tão almejada justiça.

Todavia, o regime de separação obrigatória de bens mostra-se necessário à equilibrada e harmoniosa convivência social, já que durante o percorrer de prolongado lapso temporal verificou-se sua salutar relevância no mundo jurídico, razão pela qual se entende pela inaplicabilidade da súmula 377 do STF no regime de separação legal de bens, inexistindo, portanto, possibilidade de comunicação dos aquestos.

REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8ª ed, ver. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 5.

CARVALHO SANTOS, João Manoel de. *Código Brasileiro Interpretado*, principalmente do ponto de vista prático. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937.

DA SILVA, Regina Beatriz Tavares (Org). *Código Civil comentado*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. Vol. VI. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2009, 2ª edição.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Direito de Família. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: direito de família*. vol. 5, Rio de Janeiro: Forense, 2010.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito – situação atual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Direito de Família*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, v. 6, 2004.