

CASAMENTO, UNIÃO ESTÁVEL E REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS

MARRIAGE, STABLE UNION AND PROPERTY SEPARATION REGIME

Eduardo de Oliveira Leite

Doutor em Direito Privado pela Faculdade de Direito da Universidade de Paris – Nouvelle Sorbonne, France.

Pós-Doutor em Direito de Família pelo Centre du Droit de la Famille – Université Jean Moulin – Lyon, France.

Professor Titular de Direito Civil – Faculdade de Direito da UEM – Maringá, PR, Brasil.

Professor Titular na Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba, PR, Brasil.

Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas – APLJ – Curitiba, PR Brasil.

Membro fundador da ADFAS – Associação de Direito de Família e das Sucessões – São Paulo, SP, Brasil.

Advogado; Professor. Escritor e Parecerista.

Resumo: O objetivo geral do artigo é analisar os efeitos do pacto antenupcial e do regime de separação de bens no casamento e na união estável.

Palavras-chave: Pacto antenupcial. Regime de separação de bens. Casamento. União estável.

Abstract: The general objective of the article is to analyze the effects of the prenuptial agreement and the property separation regime on marriage and stable unions.

Keywords: Prenuptial agreement. Property separation regime. Marriage. Stable union.

1. À GUIZA DE INTRODUÇÃO

É sabido que uma das virtudes dos brasileiros é a criatividade, aspecto sempre ressaltado pelos estrangeiros que passaram pelo Brasil como, igualmente, pelos que aqui se instalaram em caráter definitivo. Quer em situações normais, quer nas anormais que demandam soluções imediatas e factíveis de modo a contornar os problemas, a gente brasileira sempre consegue enfrentar as dificuldades com razoável dose de otimismo e objetividade materializados em respostas condizentes com o desafio existencial.

Esta criatividade, como toda manifestação espontânea de um agrupamento humano, pode se manifestar de forma positiva ou negativa, dependendo das circunstâncias, da ótica examinada e do grau de dificuldade suscitados pela existência humana. A virtude é positiva quando encontra como limite o bom senso e a razoabilidade ditados pelo que é justo. Mas esta mesma virtude pode sinalizar aspectos negativos quando adentra no terreno das invencionices capazes de comprometer os princípios e as premissas da boa ciência jurídica.

Em se tratando do mundo jurídico este defeito, ou desvio de conduta, pode gerar graves consequências, de efeitos devastadores quando, em vez, de solucionar cria dúvidas, confusão e distorção da realidade promovendo injustiças e propostas contrárias às expectativas humanas o que, lamentavelmente vem ocorrendo na atualidade com uma frequência preocupante que não só fragiliza a ordem jurídica, mas, o que é mais grave, leva a comunidade a duvidar do Poder Judiciário.

Assim, a título de exemplo, a “perda dos fundamentos metajurídicos ligados à tradição judaico-cristã tem conduzido ao abandono de alguns ‘consensos’¹ como a monogamia e a natureza institucional das relações conjugais”², provocando distorções absurdas que legitimam o adultério e a poligamia (chamado de forma edulcorada, de *poliamor*, quando, na realidade nada mais é do que *polipromiscuidade*³), asseverando a eficácia jurídica de arranjos que envolvem duas ou mais pessoas; a alegação – totalmente equivocada – de que tais relações podem ser objeto de registro; a duplicidade de pais e mães, em manifesta contradição ao ditado pela natureza, tudo em nome de um pseudo “afeto” que defende o hedonismo preconizando a satisfação dos desejos como finalidade da vida.

Ora, não é preciso muito esforço para se concluir que tal proposta não encontra legitimidade no ambiente jurídico organizado na díade, direitos e obrigações. Ou melhor dizendo, a cada direito sempre corresponde uma obrigação, ou dever, de modo que os desejos não podem ser guindados como finalidade da vida na medida em que estar-se-ia priorizando os interesses individuais (satisfação dos desejos) em detrimento dos interesses coletivos, da comunidade a que todos seres humanos se encontram irremediavelmente submetidos. Pensar de modo diverso corresponde a fomentar o egoísmo que conduz ao caos. E o Direito não pode (nem deve) fomentar o caos o que redundaria, em exíguo lapso temporal, à desordem e à anarquia.

O que se tem constatado na atualidade é uma busca obsessiva pelos estímulos que satisfaçam, a qualquer preço, o prazer. Esta postura perigosa (na medida em que negligencia o “outro”) faz com que as pessoas se sintam vivas, mas não necessariamente, “com vida”. Esta obsessão pelo prazer, só encontra “justificativa” na estimulação e sensação para superar a ausência de sentimentos.

Como afirmou Alexander Lowen, aí reside a natureza do narcisismo que é contrário à dignidade humana, porque sendo egoísta, prepotente e manipulador o narcisista usa o semelhante conforme seus interesses, sem qualquer consideração pelo sofrimento que poderá causar ao seu parceiro. “Essa é a natureza do novo hedonismo (...) o indivíduo narcisista necessita de excitação em sua vida; mas tendo negado seus sentimentos, não consegue experimentar a excitação do anseio e da paixão.”⁴ O narcisismo conduz a um investimento exagerado na imagem da própria pessoa à custa do *self*.

Em matéria de família, onde a regra é a comunhão de interesses e jamais a prevalência de um interesse sobre os demais, a aceitação do hedonismo só pode gerar desastre e sofrimento porque estruturado na primazia do “eu” sobre o “nós”, acaba nulificando a noção de coesão

¹ Ou, princípios inegociáveis, como “a proteção da vida em todas suas fases; o reconhecimento e a promoção da estrutura natural da família e a sua defesa de todas as tentativas de a tornar juridicamente equivalente a formas radicalmente distintas de união que, na realidade, a prejudicariam, contribuindo para sua desestabilização; a proteção do direito que os pais têm de educar os próprios filhos.” (Roberto de Mattei. *A ditadura do relativismo*, p. 21).

² RODRIGUES JUNIOR, Luiz Otávio. *Limites da intervenção judicial na separação de bens*, p. 1/6.

³ Sinto-me amparado pelas belas e certeiras palavras de Albert Camus quando adverte que “nomear mal as coisas é aumentar a miséria do mundo”. *Poliamor* é uma invenção que além de aumentar a miséria do mundo compromete seriamente as já fragilizadas relações maritais da atualidade.

⁴ LOWEN, Alexander. *Narcisismo*. A negação do verdadeiro *self*, p. 196.

própria do grupo familiar. E quando isto acontece o Direito de Família deixa de existir. Ele se aniquila diante do poder de um em detrimento dos demais. Ele pode até ganhar em liberdade mas perde em responsabilidade.

Nas Varas de Família, tal inversão de valores é cotidianamente vivenciada nas questões de divórcio, na banalização das rupturas conjugais, no abandono material e moral dos filhos, na usurpação de poderes gerador das alienações parentais, no uso indevido do poder parental em relação aos filhos, no abandono dos idosos à própria sorte, enfim, toda uma gama de distorções alicerçadas em um Direito de Família dos “afetos” – leia-se, dos interesses privados – e não em um Direito de Família dos vínculos legais.

Nesta escala ascendente de laxismo jurídico, de relaxamento moral, tudo é possível, tudo ganha uma fina película de validade que se rompe ao mínimo invocar de deveres e responsabilidades. Tudo se torna “líquido”, para invocar uma expressão cara a Zygmunt Bauman. “A vida consumista favorece a leveza e a velocidade. E também a novidade e a variedade que elas promovem e facilitam. É a rotatividade, não o volume de compras que mede o sucesso na vida do *homo consumens*.”⁵ Mas a família não é líquida, ela é constituída de elementos sólidos e somente dentro da solidez é que se criam sujeitos positivos para a sociedade.

Onde e quando a família enfraqueceu, já afirmara Sócrates, o Estado soçobrou. Eis aí uma realidade incontestável. E quando se pretende desconsiderar esta simples realidade, o caos se implanta, a moralidade – que é a dimensão de toda ação humana – desaparece e a infelicidade se instala minando coração e mentes.

Por isso, somente por isso, os juristas e os operadores do direito devem unir esforços e serrar fileiras para não permitir o avanço irresponsável da supremacia do prazer sobre os valores eternos da dignidade humana. Ou, como pretende o escritor e filósofo italiano Roberto de Mattei⁶, para não fomentar a ditadura do relativismo, que não reconhece coisa alguma como definitiva e que propõe como medida última o próprio eu e os seus caprichos.

2. O PACTO ANTENUPCIAL E O REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS

Um dos aspectos que tem gerado grande polêmica em matéria familiar diz respeito ao regime de bens adotado pelo casal, quer no casamento (arts. 1.639/1.640) quer na união estável (art. 1.725) porque insistem em considerar esta última realidade jurídica igual ao casamento,

⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido*. Sobre a fragilidade dos laços humanos, p.69.

⁶ “É minha convicção que o grande debate do nosso tempo não é de natureza política nem econômica, mas de caráter cultural, moral e, em última análise, religioso. Trata-se de um conflito entre duas visões do mundo: a visão daqueles que acreditam que há princípios e valores imutáveis (...) na natureza do homem; e a visão daqueles que sustentam que não existe coisa alguma que seja estável e permanente, mas que todas as coisas são relativas ao tempo, aos lugares, às circunstâncias. Não existindo valores absolutos nem direitos objetivos, a vida humana reduz-se a uma espasmódica procura do prazer e à satisfação egoísta de instintos e ‘necessidades’ subjetivas, contrabandeadas sob a forma de novos ‘direitos’. A vontade de poder dos indivíduos e dos grupos torna-se então a única lei da sociedade, constituindo-se (...) uma ditadura do relativismo, que não reconhece coisa alguma como definitiva e que propõe como medida última o próprio eu e os seus caprichos” Introdução à obra *A ditadura do relativismo*, de Roberto de Mattei.

quando não é. O casamento é uma união formal, enquanto a união estável é informal; portanto, são realidades dicotômicas que se submetem a regimes jurídicos diferentes, como afirma a boa doutrina. Se não existe hierarquia entre as categorias familiares, afirma Tartuce, “não há razão para a sua aplicação à união estável, pois são institutos diferentes tratados de maneiras distintas quanto aos direitos e deveres.”⁷ (Grifamos)

No casamento, o legislador nacional sempre admitiu a mais ampla liberdade de opção de regime de bens (art. 1.639), permitindo aos cônjuges determinar o que lhes aprouver. Esta liberalidade admite mesmo que os cônjuges optem por regime misto, desde que não contravenha dispositivo legal. Tal hipótese resgata no ambiente patrimonial do casamento a autonomia da vontade, na sua mais ampla expressão.

Caso não haja convenção expressa dos cônjuges o legislador optou, em caráter subsidiário, ressalte-se, pelo regime da comunhão parcial, como regime legal de bens no Brasil.

Na união estável, os companheiros podem definir o regime de bens a ser aplicado durante a união, por meio de contrato escrito e, no caso, de ausência de contrato, aplica-se o regime da comunhão parcial de bens, “*no que couber*”. Se para o casamento formal, portanto organizado a partir de direitos e deveres, a regra é a comunhão parcial de bens, na união estável, onde a regra é o informalismo, os companheiros nem sempre dispõem de prova pré-constituída de sua união de modo que, para se beneficiar das vantagens da lei civil, os mesmos deverão provar que sua união corresponde às condições estabelecidas por esta mesma lei.

Este o princípio geral que informa a matéria patrimonial tanto no casamento quanto na união estável. O legislador, porém, estabeleceu um limite à liberdade de opção impondo o regime obrigatório de separação de bens, nas hipóteses arroladas no art. 1.641 do Código Civil.

Assim sendo, na sistemática patrimonial adotada pelo Código Civil atual, quatro são os regimes de bens ofertados pelo legislador, a saber: comunhão universal, comunhão parcial, participação final nos aquestos e separação de bens.

Este último regime, que nos interessa mais de perto, é gênero que admite duas espécies: a separação obrigatória de bens (ou regime da separação legal de bens) previsto no artigo acima citado e o regime de separação convencional de bens, previsto no art. 1.687 do Código Civil.

A dicotomia criada pelo legislador é suficiente a informar que em uma separação obrigatória de bens, a vontade é nula, submetendo-se os interessados, aos ditamos legais (art. 1.641) e na outra, separação convencional de bens, a vontade humana é soberana, confirmando a premissa de que a comunhão de destinos pode ser diferente da comunhão de patrimônios.

Nesta modalidade – separação convencional de bens – as partes de comum acordo, de modo livre e desimpedido, convencionam, por meio de pacto antenupcial, a intenção inequívoca de que não pretendem misturar seus patrimônios. Logo, durante o casamento e findo o

⁷ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil – Direito de Família*, p. 381. Ressalte-se que o autor, na passagem citada, está analisando a incidência do art. 1.641 do CC entendendo que não há imposição da separação obrigatória à união estável em nenhum dos casos previstos no art. 1.641 do Código Civil.

casamento, quer por divórcio, quer por morte, os patrimônios permanecem hígidos, pertencendo exclusivamente a cada cônjuge, ou companheiro.

Isto quer dizer, vale destacar, que eventuais tentativas de obter vantagem financeira no término da relação amorosa no regime de separação convencional de bens (estamos sempre nos referindo quer ao casamento, quer à união estável) está fora de cogitação vez que as partes, de comum acordo (pacto antenupcial) assim convencionaram. Pensar de modo diferente seria anular o dispositivo legal, em manifesto desconhecimento da matéria. Ou, como já tivemos oportunidade de afirmar em obra sobre o Direito de Família⁸, o regime de separação de bens não admite comunhão do que nunca foi comum.

Em outras palavras, as partes têm absoluta liberdade de gerir o seu patrimônio, durante o casamento/união ou após a ruptura. É este o sentido do art. 1.687 não admitindo exegeses restritivas ou extensivas contrárias à *ratio legis*.

Tanto isso é verdade que o novo CPC, em seu art. 73, dispôs que: “O cônjuge necessitará do consentimento do outro para propor ação que verse sobre direito imobiliário, salvo quando casados sob o regime de separação absoluta de bens.” (Grifamos). Ou seja, na separação convencional de bens, os cônjuges têm livre disposição de seus bens, inclusive imóveis, sem necessidade do consentimento do outro. Com o advento do novo CPC o debate a respeito da outorga convivencial tenderá a se aprofundar, vez que o dispositivo citado dispõe em sentido totalmente diverso da antiga disposição do art. 10 do CPC de 1994. De qualquer maneira (já havíamos afirmado isso) andou acertado o legislador do novo CPC que respeitou a natureza autônoma do regime de separação convencional de bens.

A novel legislador gizou a importância da autonomia privada como o poder de autorregulamentação dos interesses privados. Embora no Direito de Família o princípio da autonomia privada incida de forma bastante mitigada, “no âmbito dos efeitos patrimoniais do matrimônio, a autonomia privada se manifesta de forma fundamental, pois o conceito base é o da liberdade, de acordo com a dicção do art. 1.639, consagrada na fórmula ‘*o que lhe aprover*’; assim também na união estável, de acordo com o art. 1.725, ambos do CC/2002.”⁹

O pacto antenupcial (arts. 1.653-1.657) é o recurso disponível às partes (quer se trate de cônjuges, quer de companheiros) para formalizar sua opção pela separação de bens e, como documento formal (art. 1.657) produz efeitos quer em relação às partes, quer em relação a terceiros. Desnecessário frisar que, em se tratando de união estável, os companheiros podem optar pela separação convencional no contrato escrito (art. 1.725), produzindo os mesmos efeitos do pacto antenupcial.

Sempre sob esta ótica e respeitando a lógica que domina a matéria, decisão judicial que impõe a comunicabilidade de bens às partes que optaram pela separação convencional de bens é, no mínimo, *contra legem*, e deve ser afastada sob risco de se comprometer a segurança jurídica desejada pelo legislador e, por certo, pelas partes.

⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado*. Direito de Família, p. 334.

⁹ MAIA JUNIOR, Mairan Gonçalves. *O regime da comunhão parcial de bens no casamento e na união estável*, p. 128,129.

Esta possibilidade – que deve ser rechaçada por contrária à lei e ao desejo das partes – contrariaria, ou melhor, comprometeria a intenção das partes (autonomia privada) que, além de gerar insegurança jurídica e caos, atentaria à validade do dispositivo legal, nulificando-o. O fato dos companheiros gozarem de maior liberdade de ingresso na união estável, ou pelo término (saída) da união, não lhes legitima mais liberdade do que aquela reconhecida aos cônjuges.¹⁰

Como já tivemos oportunidade de afirmar, se as partes optaram pelo regime da absoluta separação de bens (art. 1.687), é porque quiseram deixar transparecer, com toda a veemência do pacto antenupcial, que não foram conduzidos ao casamento (ou à união estável) pela atração que a fortuna do *de cuius* poderia ter exercido. Quando o legislador previu a possibilidade da separação convencional (art. 1.687) assim dispôs para impedir que o interesse material viesse a constituir o elemento principal a mover a vontade do outro consorte (ou companheiro). Por meio desse regime elimina-se esta espécie de incentivo.¹¹

“Nesse tipo de regime de bens”, adverte Alexandre Assunção, “cada cônjuge pode dispor de seu patrimônio como melhor lhe aprouver. Os bens imóveis adquiridos na constância do casamento serão exclusivos de quem os comprou e registrou. Não existirá bem comum em virtude da disposição desse regime, podendo, entretanto, existir bens comuns, adquiridos mediante condomínio, de natureza estritamente contratual.”¹²

Em dissertação de mestrado sobre a temática, assim doutrinou Fabiana Domingues Cardozo, “Neste regramento patrimonial (...) cada cônjuge é responsável e administra o seu patrimônio da forma que melhor lhe convier (...) O regramento do patrimônio nesse caso permite controle e responsabilidade individualizada sobre o acervo constituído”.¹³ Ou seja, a autonomia patrimonial é a regra que domina a matéria.

No mesmo sentido, a torrencial doutrina brasileira – desde a clássica até a atual - sempre afirmando que, em matéria de regime convencional de separação de bens, “... os bens são adquiridos pelos cônjuges (e companheiros) separadamente e há dois patrimônios sem ligação”¹⁴; “... observe-se que na separação de bens prevalece a vontade dos contraentes, que podem no pacto antenupcial, livremente, restringir ou graduar o alcance da separação, bem como a comunicação, ou não, do patrimônio”¹⁵; “Na separação de natureza convencional (...) os nubentes disporão na escritura antenupcial acerca dos aqüestos como bem lhes aprouver,

¹⁰ Ver, neste sentido, nosso estudo *A (des)união estável*. In: Eduardo de Oliveira Leite. Estudos de Direito de Família e Pareceres de Direito Civil, p. 275-295.

¹¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *O art. 1.829 do Código Civil e o regime de separação convencional de bens*. In: RT, 863, p. 99-111.

¹² ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado (Comentário ao art. 1.687). In: Ricardo Fiuza. *Novo Código Civil Comentado*, p. 1543.

¹³ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*, p. 85,86.

¹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, vol. 8, p. 346.

¹⁵ MONTEIRO, Washington de Barros e SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil – Direito de Família*. 43. ed., p. 316.

impondo-lhes a comunicabilidade ou a incomunicabilidade”¹⁶; “Quando se convencionou o aludido regime, o casamento não repercute na esfera patrimonial dos cônjuges, pois a incomunicabilidade envolve todos os bens presentes e futuros, frutos e rendimentos, conferindo autonomia a cada um na gestão do próprio patrimônio.”¹⁷, entre outros civilistas brasileiros. Sempre a formalização da vontade por meio de pacto antenupcial é elemento fundamental à validade do regime no ambiente jurídico.

A ausência de formalismo da união estável implica em maior controle estatal de uma realidade fática que, sem limites, pode gerar situações de irresponsabilidade de caos já constatável em uma jurisprudência vacilante, altamente favorável ao abuso. A lei existe para ser cumprida e não para ser relativizada ao sabor dos interesses individuais.

3. A SÚMULA 377 DO STF

O enunciado da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal determina que “*No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento*”. A Súmula revelava a irresistível preferência do legislador nacional pela comunicação dos aqüestos no casamento, o que correspondia à tradição do direito brasileiro em matéria de regime de bens (comunhão universal), posteriormente alterado pelo regime da comunhão parcial, como regime legal no Brasil.

A tendência encontrava eco no dispositivo legal do artigo 259 do CC/1916 que assim dispunha: “Embora o regime não seja o da comunhão prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento.” A dicção legal era claríssima e não abria margem a qualquer tipo de exegese: o legislador optava pela comunhão dos aqüestos em relação a todos os demais regimes de bens que a eles não se referisse.

Aquela proposta legislativa (do CC/1916) gerava uma situação muito especial no Direito de Família brasileiro, vez que, os que casavam sob o regime de separação legal de bens (obrigatória de bens, conforme dicção do art. 1.641 do CC) estavam casando com separação de bens, até a data do casamento, porém, após o casamento, os bens adquiridos se comunicavam entre os cônjuges. A Súmula, como bem apontado por Madaleno, “tornava na prática, letra morta o regime obrigatório da separação de bens, porque sempre haveria divisão conjugal dos aqüestos adquiridos onerosamente na constância do casamento.”¹⁸

O objetivo do legislador, repetido pela doutrina e pela jurisprudência, era impedir o enriquecimento ilícito de um dos cônjuges, já que à época – em que as mulheres não estavam inseridas no mercado de trabalho – era comum a aquisição de bens em nome de um dos cônjuges (quase sempre o marido) em detrimento do outro (a mulher, alheia ao mercado de trabalho).

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro. 5. Direito de Família*, p. 194.

¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro. Vol. 6 Direito de Família*, p. 448.

¹⁸ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*, p. 91.

Sob esta ótica, o dispositivo legal sob comento encontrava justificativa na ordem civil brasileira. Com o advento, entretanto, do Código Civil de 2002 – promulgado sob a égide de uma realidade social-econômica completamente diversa – o art. 259 foi revogado, por não mais encontrar legitimidade em uma sociedade estruturada sobre valores diversos daqueles existentes em 1916. O marido deixou de ser o provedor da família, obrigação que passou a ser exercida por ambos os cônjuges.

Revogado o art. 259 a doutrina e a jurisprudência passaram a questionar a vigência da Súmula 377 do STF vez que, nem a nova ordem jurídica reinante, nem a realidade social-econômica legitimavam a incidência daquele postulado.

Como sói acontecer no Brasil, no qual as posições claras, precisas e objetivas costumam ser postergadas para o futuro, gerando dúvida e confusão, quando não, caos, a doutrina nacional divergiu sobre a vigência da referida Súmula, uns entendendo pela vigência da Súmula e outros arguindo sua inaplicabilidade na atualidade.

Favoráveis à vigência da Súmula são as vozes de Rolf Madaleno, “Inclino-me pela resposta afirmativa (vigência da Súmula) (...) porque sempre foi escopo do enunciado evitar o enriquecimento sem causa ao reconhecer o direito à divisão dos bens hauridos pela conjugação de esforços na *affectio societatis*”¹⁹; de José Manfré, “A maior parte dos matrimônios sob o regime de separação legal ou imperativa é constituída de jovens casais, os quais granjeiam patrimônio no curso da sociedade conjugal. Assim, injusto seria, em princípio, não se comunicarem os bens adquiridos mediante esforço comum”²⁰ e, igualmente de Silvio Venosa “Note que o texto promulgado do presente Código suprimiu essa expressão (*sem a comunhão de aqüestos*) no atual art. 1.641, o que pode, novamente, dar margem a dúvidas quanto à comunicação de aqüestos no regime obrigatório, que aliás, traria a solução mais justa na maioria dos casos.”²¹

O próprio Venosa, apontando a indefinição de tratamento doutrinário e jurisprudencial acaba reconhecendo que não “... se encontra isenta de discussões (...) Essa matéria é daquelas nas quais há um descompasso entre a doutrina e a jurisprudência.”²²

Neste diapasão há sólida posição doutrinária em sentido contrário à vigência da citada Súmula, como se depreende da crítica manifestada por Francisco José Cahali, ao afirmar “... fácil é concluir que este enunciado não foi recebido pelo novo Código Civil. Isto porque o novel legislador deixou de reproduzir a regra contida no malfadado art. 259 (CC/1916). Dessa forma, superada está a Súmula n. 377, desaparecendo a incidência de seu comando no novo regramento”²³; no mesmo sentido a posição de Fabiana Domingos Cardoso, “Conclui-se que

¹⁹ MADALENO, Rolf. Idem, *ibidem*.

²⁰ MANFRÉ, José Antonio Encinas. *Regime matrimonial de bens no novo Código Civil*, p. 19.

²¹ VENOSA, Silvio. Idem, p. 328.

²² VENOSA, Silvio. Idem, *ibidem*.

²³ CAHALI, Francisco José. A Súmula 377 e o novo Código Civil e a mutabilidade do regime de bens. In: *Revista do Advogado*, nº 76, p. 28-29.

(...) não vigorando mais o artigo do Código Civil que motivou o enunciado, este é inaplicável, não sendo suficiente o fato da tradição da regra no ordenamento pátrio, ou da repercussão e importância de seu conteúdo, a sustentar sua manutenção e aplicação atualmente²⁴; ou, ainda, de Mairan Maia Junior “Respeitando-se, por sua autoridade, as posições de juristas de escol, que defendem a aplicação da Súmula 377, sua incidência não se mostra consentânea com os princípios que disciplinam o regime de bens no matrimônio.”²⁵

A diversidade de opiniões confirma a afirmativa de Venosa, no sentido de que a questão ainda está longe da pacificação desejada.

De qualquer maneira, a pretendida vigência fica negada pela ocorrência de circunstâncias contrárias de difícil contestação.

Assim, a revogação do art. 259 (CC/1916) que fornecia substrato jurídico para a aplicação do regime de separação legal de bens não mais pode ser invocado inexistindo no atual sistema codificado disposição similar.

De igual modo, a ocorrência de assimetria entre marido e mulher, que justificava o suporte fático da aplicação da Súmula 377, não mais existe, face à efetiva existência (agora com previsão constitucional) de direitos e obrigações iguais exercidos pelo homem e a mulher (CF art. 226, § 5º).

Cabe também ressaltar que a incidência da Súmula 377 no regime de separação legal de bens contrariava a natureza mesma do regime, vez que os nubentes casavam no regime da separação, mas após o casamento ingressavam (por força da lei) em regime de comunhão parcial de bens, caracterizando o que Silvio Rodrigues chamou de “armadilha da lei”.

Por derradeiro, é sempre válido resgatar a confusão inevitavelmente gerada pela falta de posicionamento objetivo e preciso da jurisprudência nacional que ora opta pela vigência da Súmula, ora – em posição contrária – entende não ser aplicável aquela Súmula.

No regime de separação convencional de bens (art. 1.687) não há que se cogitar da vigência da Súmula 377 face ao princípio da autonomia privada que rechaça tal possibilidade. Ou, como doutrinaram com total razão, Farias e Rosenthal: “Obviamente, a Súmula não tem aplicação nos casamentos celebrados sob o regime da separação convencional (absoluta) de bens, pois implicaria frontal violação da autonomia da vontade das partes que, livremente, elegeram o regime separatório. Seu âmbito de cabimento, assim, fica limitado ao regime de separação legal.”²⁶

É que no regime de separação legal (art. 1.641) há imposição da lei, frustrando eventual manifestação da autonomia da vontade das partes, enquanto no regime da separação convencional de bens (art. 1.687) a vontade das partes é soberana, afastando eventual

²⁴ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Idem*, p. 81.

²⁵ MAIA JUNIOR, Mairan Gonçalves. *Idem*, p. 190.

²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*, p. 250.

incidência da Súmula 377 do STF. São realidades distintas que comportam soluções dicotômicas.

Claro está que se o regime da separação convencional de bens se aperfeiçoa no pacto antenupcial, e se no referido documento houve expressa manifestação de ambos os nubentes no sentido de afastar qualquer comunicação patrimonial (inclusive os aqüestos), aquela manifestação tem força de lei e não pode se submeter a qualquer tipo de exegese que contrarie a materialização da autonomia privada.

Assim, exemplificativamente, se no pacto ficou estabelecido que as partes casam “...*sob o regime da completa e permanente separação de bens, na forma prevista no art. 1.687 do Código Civil, ficando definitivamente excluída qualquer comunhão de aqüestos*” e, ainda, “Que os bens, seja qual for sua origem e natureza, serão, portanto incomunicáveis ... sob o regime da completa e permanente separação de bens”, as partes afastaram qualquer eventual hipótese de incidência da comunicabilidade dos aqüestos, ou qualquer outra eventual comunicação patrimonial.

Se assim agiram é porque, de comum acordo, entenderam que a sua união, física e espiritual, não deveria, sob qualquer hipótese, adentrar no terreno econômico, financeiro, atingindo e concretizando dessa forma, a *mens legis* prevista no art. 1.687, que quer e persegue a separação total de patrimônio dos nubentes.

Como se vê, se o regime é da absoluta separação de bens, não há que se falar em eventual comunicação de bens, nem os anteriormente nem os posteriormente adquiridos ao casamento. Ou como precisou Alexandre Assunção, “Nesse tipo de regime de bens cada cônjuge pode dispor de seu patrimônio como melhor lhe aprouver. Os bens imóveis adquiridos na constância do casamento serão exclusivos de quem os comprou e registrou. Não existirá bem comum em virtude da disposição desse regime, podendo, entretanto, existir bens comuns, adquiridos mediante condomínio, de natureza estritamente contratual.”²⁷

Pensar de modo diferente corresponderia a alterar a vontade inequívoca dos nubentes materializada no pacto antenupcial. Na hipótese de regime da separação legal de bens, a restrição de comunicabilidade encontra termo na própria constituição do casamento, imperando, portanto, o princípio da comunicabilidade a partir do casamento, assim como ocorre no regime da comunhão parcial de bens, comunicando-se os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso.

Na hipótese de regime de separação convencional de bens (art. 1.687), a restrição de comunicabilidade também encontra termo na constituição do casamento, imperando a partir daí, a incomunicabilidade de todos os bens pretéritos, presentes e futuros.

²⁷ ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado. Idem, p. 1543. Nesse sentido, jurisprudência do STJ: “O regime jurídico da separação de bens voluntariamente estabelecido é imutável e deve ser observado, admitindo-se, todavia, excepcionalmente, a participação patrimonial de um cônjuge sobre bem do outro, se efetivamente demonstrada, de moco concreto, a aquisição patrimonial pelo esforço comum, caso dos autos, em que uma das fazendas foi comprada mediante permuta com cabeças de gado que pertenciam ao casal.” (STJ, REsp 286.514/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 02.08.2007, DJ 22.10.2007, p, 276).

4. REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS NAS UNIÕES ESTÁVEIS

Quanto aos direitos patrimoniais decorrentes da união estável dispõe o art. 1.725 do Código Civil²⁸ que, se não houver contrato escrito entre os companheiros, aplica-se à união estável, o regime da comunhão parcial de bens. Ou seja, aos companheiros o legislador abre duas vias, ou casam sem contrato, aderindo ao regime legal de bens, que é a comunhão parcial, ou optam por regime diverso por meio de contrato de convivência.²⁹

O legislador apresenta a comunhão parcial, como padrão, que pode ser afastado pelo contrato de convivência, optando por outro regime de bens. Logo, as partes podem optar pela comunhão universal de bens, como também pelo regime da separação de bens.

A primeira questão que se impõe é a de saber se há presunção de comunhão de aqüestos na constância da união mantida entre os companheiros, sendo desnecessária a prova do esforço comum para se comunicarem os bens adquiridos a título oneroso durante a convivência. Após as vacilações doutrinárias e jurisprudenciais próprias do reconhecimento de uma nova figura jurídica (a união estável adentrou no sistema codificado brasileiro, após a promulgação do CC/2002) a tendência se direcionou em considerar desnecessária a prova do esforço comum, proposta que já constava do Enunciado n. 115 aprovado na I Jornada de Direito Civil.

Em assim sendo, está superada a ideia de prova de esforço comum para a comunicação de bens na união estável.

A segunda questão, que ainda gera polêmica no ambiente jurídico nacional, é a de saber se as hipóteses previstas no art. 1.641 do CC³⁰ se aplicariam aos companheiros nas uniões estáveis. Em outras palavras, esta norma restritiva de autonomia privada se aplica igualmente às uniões estáveis?

Sem vacilar, entendemos que sim. Se respondermos negativamente estamos favorecendo o companheirismo (união estável) em detrimento do casamento, o que nunca foi cogitado pelo constituinte de 1988, tanto é que se referiu à possibilidade de conversão da união estável em casamento (art. 226, § 3º da CF) estabelecendo uma hierarquia nas entidades familiares. Ademais, não é possível impor restrições no regime de bens no casamento sem estendê-las, por analogia, às uniões estáveis. Tal postura redundaria em flagrante tratamento discriminatório entre as duas entidades familiares, o que também, não foi proposto pela CF/1988.

²⁸ "Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens."

²⁹ Ver, neste sentido, a monografia de Francisco José Cahali, Contrato de convivência.

³⁰ "Art.1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II – da pessoa maior de setenta anos;

III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial."

Como bem pontuado por Regina Beatriz Tavares da Silva³¹, “esta diferença de tratamento não faz qualquer sentido. Por meio de interpretação sistemática, conclui-se que o art. 1.641, I e II, segundo o qual é obrigatório o regime de separação de bens das pessoas que se casam com inobservância das causas suspensivas e da pessoa maior de (setenta) anos alcança não só o casamento, mas também a união estável, porque consta das disposições gerais do regime de bens, que se aplicam ao regime da comunhão parcial, regime este que, consoante dispõe o art. 1.725, regula as relações patrimoniais na união estável.”³²

Igual realce deve-se dar à doutrina de Erica Verícia de Oliveira Canuto ao afirmar com absoluta convicção: “É de todo inaceitável que exista sanção de obrigatoriedade do regime de separação de bens em certas situações para o casamento e não tenha a mesma correspondência à união estável. As duas situações (casamento e união estável) devem ser interpretadas de maneira igualitária. OU se impõe também o regime da separação obrigatória de bens para a união estável nas mesmas situações previstas para o casamento (art. 1.641, CC/2002), ou não se aplica para o casamento a restrição ao direito de livre estipulação do regime patrimonial de bens, como se dá na união estável.”³³

Apesar de posições contrárias³⁴, é esta tendência, favorável à aplicação do art. 1.641 do CC/2002 às uniões estáveis, que tem seguido o Superior Tribunal de Justiça. Em recente julgado desta Corte Superior³⁵, de Relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, o relator do recurso afirmou quanto ao regime legal relacionado à idade (inciso II do art. 1.641) que o STJ já reconheceu que a norma se estende à união estável (REsp 646.259) pondo fim à celeuma que dividia as opiniões doutrinárias e jurisprudenciais.

Com esse entendimento, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso de uma herdeira para remover a viúva de seu pai da inventariança, reconhecendo como válido o pacto antenupcial de separação total dos bens celebrado pelo casal.

O recurso teve origem em pedido de inventário ajuizado pela viúva. O juiz de primeiro grau acolheu a impugnação dos herdeiros para excluí-la da meação ou partilha de bens deixados

³¹ Merece transcrição o exemplo trazido por Regina Beatriz Tavares da Silva, na argumentação de sua defensável tese. “Na união estável, segundo o § 2º do dispositivo em análise, *‘As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização de união estável’*. Se a interpretação deste dispositivo não levar em consideração o sistema deste Código, a conclusão será a seguinte: se a pessoa se casa, com causa suspensiva ou com mais de setenta anos, submeter-se-á obrigatoriamente ao regime da separação de bens (art. 1.641, I e II) e, se passa a viver em união estável, nas mesmas circunstâncias, não sofrerá qualquer restrição no regime de bens, que, pela lei, será o da comunhão parcial” (Código Civil Comentado, p. 1881-1882).

³² SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (Coordenadora da 6ª edição). *Código Civil Comentado*, p. 1882.

³³ CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. *A mutabilidade do regime patrimonial de bens no casamento e na união estável*. In: Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves. *Questões controvertidas no Novo Código Civil*, vol. 3, p. 175.

³⁴ Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Como a lei estabelece regra específica para as relações econômicas entre os conviventes na união estável, e não contemplou a previsão do regime de separação obrigatória, não se pode interpretar ampliativamente a exceção prevista para a relação patrimonial própria do casamento” (TJRS, Apelação Cível 70027870567, Porto Alegre, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando da Silva Vasconcellos Chaves, j. 08.07.2009, DOERS 16.07.2009, p. 35).

³⁵ <https://www.stj.nr/sites/portalp/Paginas/Comunicação/Notícias/15122021>. (Acesso em 27/09/2023).

pelo falecido e removeu-a da inventariança. O Tribunal de Justiça do Paraná, apesar de reconhecer o caráter restritivo do pacto antenupcial, manteve a viúva na função de inventariante.

Na escritura pública celebrada em 2014 o casal declarou que mantinha união estável desde 2007, quando ele contava com 77 anos e ela, 37. O relator do recurso no STJ. Ministro Luis Felipe Salomão, explicou que o Código Civil, em exceção à autonomia privada, restringiu a liberdade de escolha do regime patrimonial dos noivos em certas circunstâncias – como no caso de pessoa maior de 70 anos – reputadas pelo legislador como essenciais à proteção de determinadas pessoas ou situações, as quais foram dispostas no artigo 1.641.

A Segunda Seção, ressaltou, em releitura da Súmula 377 do STF, que, no regime de separação legal, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento (ou união estável) desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição.

Segundo o magistrado, em 2016, o STJ também “afastou a obrigatoriedade do regime de separação de bens quando o matrimônio é precedido de longo relacionamento em união estável, iniciado quando os cônjuges não tinham restrição legal à escolha do regime de bens” (REsp 1.318.281) – entendimento consagrado no Enunciado 261 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal.

Na avaliação do relator, se o objetivo da lei é justamente conferir proteção ao patrimônio do idoso que está se casando e aos interesses de sua prole, “é possível que o pacto antenupcial venha a estabelecer cláusula ainda mais protetiva aos bens do nubente septuagenário – afastando a incidência da Súmula 377 do STF do regime da separação obrigatória – preservando o espírito do Código Civil de impedir a comunhão dos bens do ancião.

O recurso sob comento ressaltou dois pontos fundamentais à matéria ora examinada: 1º) quanto ao regime legal relacionado à idade – inciso II do art. 1.641 – o ministro lembrou que o STJ já reconheceu que a norma se estende à união estável (REsp 646.259) e, de igual modo, 2º) o ministro concluiu ser possível que os noivos ou companheiros, em exercício da autonomia privada, firme m escritura pública para afastar a incidência da Súmula 377 do STF, perfazendo um casamento ou união estável em regime de separação obrigatória compacto antenupcial de separação de bens (ou de impedimento da comunhão do patrimônio).

O aporte dos operadores do Direito e a contribuição segura da jurisprudência nacional tendem a não só resolver dúvidas e questionamentos, mas, o que é mais importante, apresentar soluções colocando pá de cal, em matérias que precisam ingressar no terreno da unanimidade para garantir a segurança jurídica das partes resgatando as funções primordiais do Poder Judiciário, com justiça, bom senso e razoabilidade.

REFERÊNCIAS

ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado (Comentários ao art. 1.687). In: Ricardo Fiuza.
Novo Código Civil Comentado. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1800-1841.

- BAUMANN, Zygmunt. **Amor líquido**. Sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2004
- CAHALI, Francisco José. A Súmula n. 377 e o novo Código Civil e a mutabilidade do regime de bens. In: **Revista do Advogado**, nº 76, ano XXIV, 2004, p. 27-32.
- CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. A mutabilidade do regime patrimonial de bens no casamento e na união estável. In: Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves. **Questões controversas no Novo Código Civil**, vol. 3. São Paulo: Método, 2005, p. 169-182.
- CARDOSO, Fabiana Domingues. **Regime de bens e pacto antenupcial**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 5. Direito de Família. 24. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. Vol. VI. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. A (des)união estável. In: Eduardo de Oliveira Leite. **Estudos de Direito de Família e Pareceres de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 275-295.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. Direito Civil Aplicado. **Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. O art. 1.829 do Código Civil e o regime de separação convencional de bens. In: **RT – Anbo 96** – setembro de 2007, vol. 863, p. 99-111.
- LOWEN, Alexander. Narcisismo. **A negação do verdadeiro self**. São Paulo: Summus, 2017.
- MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **O regime da comunhão parcial de bens no casamento e na união estável**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- MANFRÉ, José Antonio Encinas. **Regime matrimonial de bens no novo Código Civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MATTEI, Roberto de. **A ditadura do relativismo**. Porto: Civilização Editora, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros e SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil**
– Direito de Família. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, vol. 8. Rio de
Janeiro: Borsoi Editor, 1971.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Limites da intervenção judicial na separação de bens. In:
Consultor Jurídico, 10/outubro/2012, p. 1/6.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Código Civil Comentado**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil. 5. **Direito de Família**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. **Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2010.