FÁBIO HENRIQUE EVANGELISTA

ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS

Dissertação de Mestrado
Orientador: Professor Associado Dr. José Fernando Simão

Versão Original

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2021

FÁBIO HENRIQUE EVANGELISTA

ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Civil, sob a orientação do Professor Associado Dr. José Fernando Simão.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2021

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Evangelista, Fábio Henrique
Aspectos controvertidos do Regime da Separação de Bens ; Fábio Henrique Evangelista ; orientador José Fernando Simão -- São Paulo, 2021.
175
Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021.

1. Direito Civil. 2. Direito de Família e Obrigacional. 3. Regime da Separação de Bens. 4. Súmula 377 do STF. I. Simão, José Fernando, orient. II. Título.

Banca Examinadora

Prof. Orientador: Dr. José Fernando Simão

Prof. Examinador

Prof. Examinador

Prof. Examinador

Ao professor Dr. José Fernando Simão, pela oportunidade e confiança.

Aos meus pais, Maurilio e Enide, e irmã Lays, pelo apoio e suporte imprescindíveis.

RESUMO

EVANGELISTA, Fábio Henrique. Aspectos controvertidos do Regime da Separação de Bens. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2021. 175p.

O presente trabalho objetivou investigar os aspectos controvertidos do REGIME DA SEPARAÇÃO de Bens. Analisou-se o descompasso e o desequilíbrio do sistema jurídico no tocante à temática, pois com a falta de uniformização na interpretação e aplicação do instituto, bem como do seu uso em desacordo com as regras técnicas, reflete-se as polêmicas que causam severos abalos na estrutura do ordenamento jurídico, passando-se a embasar decisões jurisprudenciais, que asseveraram o atual contexto jurídico pátrio, especialmente após a promulgação do atual Código de Processo Civil, que reformulou e sublinhou diversos institutos processuais de cunho vinculante. Este estudo está organizado em quatro capítulos. No primeiro, apresentou-se a Evolução do Regime da Separação de Bens, a fim de demonstrar os aspectos gerais adstritos ao regime de bens, com ênfase em sua perspectiva histórica através dos principais corpos legislativos que cuidaram da matéria (Ordenações Filipinas, o Código Civil de 1916 e atual Código Civil de 2002). Em sua segunda parte, estão os principais pontos teóricos utilizados como substratos para o desenvolvimento do tema central. Dentre os marcos abordados, podem ser citados: a diferença entre "condomínio" e "comunhão" de bens; noções sobre "bem comum" e "bem particular"; o esforço comum sob o viés do Direito Obrigacional e do Direito de Família e, por fim, uma noção a respeito da classificação doutrinária da separação de bens. Após, em seu terceiro momento, foram estudados os aspectos controvertidos, propriamente dito, da separação de bens, com especial enfoque no levantamento de literatura referente à aplicabilidade da Súmula 377. Dentre os demais aspectos abordados nessa parte, estão relacionadas a incidência da referida súmula aos casos envolvendo a união estável, a alteração do regime de bens no bojo do regime da separação obrigatória, a possibilidade de se afastar a incidência da súmula por meio da inserção de cláusula específica no pacto antenupcial, o caso da inconstitucionalidade da imposição do estudado regime nas hipóteses de casamento envolvendo idosos e, finalmente, a relação existente entre a súmula 380 do STF e a separação de bens. Diante da constatação teórica desses pontos fulcrais e polêmicos, que o tema vem acumulando ao longo de sua existência histórica, buscou-se a apresentação de uma discussão que demonstrasse a forma pela qual hoje o tema se encontra solidificado, assim como o arrolamento dos principais fatores que levaram a separação de bens a atingir o atual estágio, de onde se torna possível concluir que permanece presente a existência de uma profunda divergência de entendimento entre os operadores do Direito, seja no bojo da doutrina seja no da jurisprudência. Na conclusão, sem intuito de esgotamento do tema, foram evidenciados os itens mais relevantes e apresentadas possíveis soluções ao impasse, à luz de uma teoria que atenda o caso de forma eficiente, eficaz e efetiva, despertando o debate na comunidade jurídica sobre a necessidade de se impor maior rigor no trato uniforme da matéria, haja vista que a doutrina e, sobretudo, a jurisprudência, provocam infindáveis questões controvertidas sobre este tema.

Palavras chave: Direito Civil; Direito de Família e Obrigacional; Regime da Separação de Bens; Súmula 377 do STF.

ABSTRACT

EVANGELISTA, Fábio Henrique. Controversial aspects of Separation of Property. Thesis (Master's degree). São Paulo: University of São Paulo, 2021. 175p.

The present work aimed to investigate the controversial aspects of the Separation of Property Regime. The discrepancy and imbalance of the legal system in relation to the theme were analyzed, with the lack of uniformity in the interpretation and application of the institute, as well as its use in disagreement with the technical rules, the polemics that cause severe upheavals are reflected in the structure of the legal system, basing jurisprudential decisions, which asserted the current national legal context, especially after the promulgation of the current Civil Code Procedure, which reformulated and underlined several procedural institutes of binding nature. This study is organized into four chapters. In the first, the Evolution of the Separation of Property Regime was presented, in order to demonstrate the general aspects attached to the property regime, with an emphasis on its historical perspective through the main legislative bodies that took care of the matter (Philippines Ordinances, Civil Code of 1916 and current Civil Code of 2002). In its second part, the main theoretical points used as a substrate for the development of the central theme are shown. Among the milestones addressed, the following can be mentioned: the difference between “condominium” and “communion” of goods; notions about "common good" and "private good"; the common effort under the bias of Obligatory Law and Family Law and, finally, a notion about the doctrinal classification of the separation of assets. After, in its third chapter, the controversial aspects, properly speaking, of the separation of assets were studied, with special focus on the literature survey regarding the applicability of Precedent 377. Among other aspects addressed in this part, the incidence of the said Precedent is related to the cases involving the stable union, the alteration of the property regime in the middle of the mandatory separation regime, the possibility of removing the incidence of the precedent by inserting a specific clause in the prenuptial agreement, the case of the unconstitutionality of the imposition of the studied regime in the hypotheses of marriage involving the elderly and, finally, the relationship between the Precedent 380 of the Supreme Court and the separation of assets. In view of the theoretical verification of these central and controversial points, which the theme has been accumulating throughout its historical existence, we sought to present a discussion that demonstrated the way in which the theme is now solidified, as well as the listing of the main factors that led the separation of assets to reach the current stage, from which it becomes possible to conclude that the existence of a deep divergence of understanding between the operators of the Law remains, whether in the midst of doctrine or that of jurisprudence. In conclusion, without intending to exhaust the topic, the most relevant items were highlighted and possible solutions to the impasse were presented, in the light of a theory that addresses the case in an efficient and effective way, arousing debate in the legal community about the need for greater rigor in the uniform treatment of the matter, given that the doctrine and, above all, the jurisprudence, cause endless controversial questions on this theme.

Keywords: Civil right; Family and Obligatory Law; Separation of Property Regime; Precedent 377 of the supreme court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **10**

CAPÍTULO 1 - EVOLUÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS 16

Seção 1 - Regime da separação de bens nas Ordenações Filipinas..... 17

Seção 2 - Separação de bens no Código Civil de 1916..... 20

a. Separação convencional de bens 21

b. Separação legal..... 25

c. Estudo do artigo 259 do Código Civil de 1916 34

Seção 3 - Separação de bens no Código Civil de 2002..... 41

a. Separação convencional de bens 41

b. Separação legal..... 43

CAPÍTULO 2 - FUNDAMENTOS TEÓRICOS 50

Seção 1 - Condomínio e comunhão 50

Seção 2 - Bem comum e bem particular 53

Seção 3 - Direito Obrigacional e Direito de Família..... 56

Seção 4 - Classificação Doutrinária da Separação de Bens 57

a. Classificação quanto à forma legal ou convencional de sua adoção 58

b. Classificação quanto à obrigatoriedade do regime..... 58

c. Classificação quanto à amplitude ou abrangência das regras do regime..... 59

CAPÍTULO 3 - ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA SEPARAÇÃO DE BENS 73

Seção 1 - Aplicabilidade atual da Súmula 377 73

Seção 2 - A incidência da Súmula 377 na união estável 81

Seção 3 - Alteração do regime de bens na separação obrigatória 101

a. Da mudança de regime a partir da separação convencional de bens 110

b. Da mudança de regime a partir da separação legal de bens 110

Seção 4 - Afastamento da Súmula 377 por pacto antenupcial 119

Seção 5 - Inconstitucionalidade da imposição do regime em razão da idade 128

Seção 6 - A questão da Súmula 380 do STF e a separação de bens 144

CONCLUSÃO 152

REFERÊNCIAS 161

INTRODUÇÃO

O instituto do casamento[1] [2], historicamente, exerceu papel importantíssimo para edificar o modelo de sociedade, em todas as épocas, muito embora tenha perdido paulatinamente parte de sua magnitude que lhe era assegurado pela lei, mas que graças à forte pressão por parte da Igreja católica, ainda sobrevive.

Neste cenário, os costumes relacionados à família e seus desdobramentos, incluindo os requisitos de sua constituição, sofriam constantemente, com as orientações impostas pela Igreja, sob a pena da família que daí decorresse não ser devidamente reconhecida como "legítimas" perante a autoridade religiosa e o Estado (DIAS, 2017).

Muito embora o Brasil tenha se tornado leigo, laico ou não confessional, desde 07 de janeiro de 1890, a normatização responsável por oficializar a forma de Governo Republicano foi publicado pelo Decreto 119-A[3]. O país relutou ao máximo para não

---

[1] Em relação ao conceito doutrinário de "casamento" a doutrina nacional aponta: para Monteiro (1978), o casamento deveria ser reconhecido como o fundamento da sociedade e a base da moralidade pública e privada. Miranda (2012) referiu que o casamento seria nada mais do que uma relação ética. Para Roberto Solimene (2015, p, 188), consolidando alguns conceitos doutrinários, afirma que: [...] "o conceito de casamento girava ao redor de lineamentos consuetudinários coincidentes: uma união de pessoas, em acordo com a lei, com fins específicos, comunhão de vida, mútua assistência, legalização das relações sexuais, reprodução, prole, educação e apoio material aos filhos". [...] O citado autor continua, ainda, explicando que (2015, p. 188): [...] "A diversidade de sexos como elemento nuclear do tipo, é matéria recentemente superada, admissível em território nacional o casamento homoafetivo. Cf. julgamentos no Col. STF, da ADPF 132/RJ e da ADI n 4.277/DF, em que o rel. Min Ayres Britto. A jurisprudência do E. STJ igualmente já se consolidou no sentido de dar interpretação extensiva ao artigo 226, §3º, da CF (confira-se o esclarecedor EResp 1.183.378/RS, em que o Rel. Min. Luiz Felipe Salomão) orientação, aliás, incorporada pelo Conselho Nacional de Justiça, com a edição da Resolução n 175/2013". Conforme Dias (2016), o viés sacramental do casamento foi minimizado pelo ordenamento jurídico nacional e internacional. No Brasil, a Emenda Constitucional n. 66 de 2010 dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolução extrajudicial do vínculo matrimonial pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

[2] Sobre a explicação histórica da natureza jurídica do casamento como sendo negócio jurídico, ainda a doutrina italiana dá a seguinte explicação (GIANQUINTO, 2020, p. 112-113): "*Solo in epoca postclassica, a seguito dell'influsso del cristianesimo, il matrimonio si andò configurando come un vero e próprio negozio giuridico. Per il sorgere del vincolo non occorreva più l'usus o il permanere dell'affectio, ma bastava il consenso iniziale dei nubendi. Se Giustiniano introdusse il principio per il quale la prova dell'esistenza o della mancanza di affectio maritalis poteva essere data dal fatto che i coniugi si fossero, o meno, presentati alla benedizione religiosa del sacerdote, tale tendenza andò sempre più attenuandosi col diffondersi, da un lato, di una 'giuridicizzazione' della famiglia, dall'altro, con l'avvento del cristianesimo, di una istituzionalizzazione del carattere sacrale del connubio*". Em tradução livre, se lê o seguinte: "Somente na era pós-clássica, seguindo a influência do Cristianismo, o casamento assumiu a forma de um verdadeiro negócio jurídico. Para que o vínculo surgisse, o *usus* ou a permanência da *afetio* não eram mais necessários, mas bastava o consentimento inicial do casal. Se Justiniano introduziu o princípio segundo o qual a prova da existência ou falta de *afetio maritalis* poderia ser dada pelo fato de os cônjuges terem ou não se apresentado à bênção religiosa do padre, essa tendência foi se atenuando cada vez mais à medida que se espalhava, de um lado a 'juridicização' da família, de outro, com o advento do cristianismo, de uma institucionalização do caráter sacro da união".

[3] Seus artigos 1º a 6º: "Art. 1º E' prohibido à autoridade federal, assim como a dos Estados federados, expedir leis, regulamentos, ou actos administrativos, estabelecendo alguma religião, ou vedando-a, e crear differenças

abandonar os velhos costumes confessionais, passando-se a incorporar muitos deles em dispositivos normativos, mesmo que de forma velada. Após muitas décadas, ainda é possível identificar diversos institutos inseridos dentro do Código Civil[4] e de outras legislações que tiveram forte influência da Igreja - como, por exemplo, os casos de impedimentos matrimoniais (artigo 1521 do CC/02), idealizados pelo Direito Canônico (DIAS, 2017).

O regime de bens, observada sua relação de causalidade com o matrimônio, também poderia ser reconhecido como um importante instrumento que refletia fielmente a essência da cultura jurídico-social instaurada por influência da doutrina religiosa (SIMÃO, 2020).

No entanto, dentre todas as espécies de regimes de bens típicos, certamente o da separação de bens apresenta maior complexidade, em razão de diversos fatores que marcaram seu percurso na história brasileira, aliado à falta de consenso entre os estudiosos e os operadores do Direito (NEVARES, 2008).

O consenso, ou o justo entendimento entre os juristas, está longe de ser encontrado. Tal cenário pode ser revelado a partir da leitura de algumas decisões do STJ, como exemplificado: EREsp 1171820/PR[5] e REsp 1689152SC[6] (TARTUCE, 2014) (DIAS, 2017).

---

entre os habitantes do paiz, ou nos serviços sustentados á custa do orçamento, por motivo de crenças, ou opiniões philosophicas ou religiosas"; "Art. 2º a todas as confissões religiosas pertence por igual a faculdade de exercerem o seu culto, regerem-se segundo a sua fé e não serem contrariadas nos actos particulares ou publicos, que interessem o exercicio deste decreto"; "Art. 3º A liberdade aqui instituida abrange não só os individuos nos actos individuaes, sinão tabem as igrejas, associações e institutos em que se acharem agremiados; cabendo a todos o pleno direito de se constituirem e viverem collectivamente, segundo o seu credo e a sua disciplina, sem intervenção do poder publico"; "Art. 4º Fica extincto o padroado com todas as suas instituições, recursos e prerrogativas"; "Art. 5º A todas as igrejas e confissões religiosas se reconhece a personalidade juridica, para adquirirem bens e os administrarem, sob os limites postos pelas leis concernentes á propriedade de mão-morta, mantendo-se a cada uma o dominio de seus haveres actuaes, bem como dos seus edificios de culto"; "Art. 6º O Governo Federal continúa a prover á congrua, sustentação dos actuaes serventuarios do culto catholico e subvencionará por anno as cadeiras dos seminarios; ficando livre a cada Estado o arbitrio de manter os futuros ministros desse ou de outro culto, sem contravenção do disposto nos artigos antecedentes".

[4] O atual Código Civil foi promulgado em 10 de janeiro de 2002 e publicado em 11 de janeiro do mesmo ano, entrando e vigor 1 ano após esta data (artigo 2045 - 10 de janeiro de 2003), seu projeto de lei (de número 634) foi enviado à Câmara dos Deputados pelo Poder Executivo em 1975. Ou seja, trata-se obviamente de um período demasiadamente longo, mesmo em se tratando de um projeto de código. Em função dessa sua permanência por anos em tramitação dentro do Poder Legislativo, quando finalmente concluído, já possuía diversos dispositivos normativos defasados pela passagem dos anos, não conseguindo refletir fielmente o pensamento social do período em que passou a gerar seus efeitos. Já em relação ao CC/16, este teria sido promulgado em 1º de janeiro de 1916 e publicado no dia seguinte, entrando em vigor exatamente no dia 1º de janeiro de 1917 por expressa determinação de seu artigo 1806.

[5] "EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS (CC/1916, ART. 258, II; CC/2002, ART. 1.641, II). DISSOLUÇÃO. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE. PARTILHA. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. PRESSUPOSTO DA PRETENSÃO.

Outro fator que contribuiu para a manutenção do dissenso entre os estudiosos se adstringe aos inúmeros livros sobre o assunto serem publicados mantendo a controvérsia intacta, sem haver uma verdadeira preocupação em sistematizar a questão e suas possíveis soluções de forma sincronizada[7] (TARTUCE, 2014).

Pode-se afirmar que, atualmente, em relação àquele regime, há uma ampla gama de questões problemáticas e que, de acordo com as recentes decisões dos Tribunais Superiores, têm apresentado sinais de estar longe de encontrar uma corrente de pensamento minimamente estável e que esteja de acordo com a técnica do Direito (SIMAO, 20011).

Assim, escolheu-se o regime da separação de bens para ser estudado, juntamente com seus principais entraves. Buscou-se, com essa pesquisa, identificar alguns dos principais pontos polêmicos e apontar possível solução, sem que, a partir disso, tenha-se por escopo o esgotamento do tema.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS. 1. Nos moldes do art. 258, II, do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos (matéria atualmente regida pelo art. 1.641, II, do Código Civil de 2002), à união estável de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, impõe-se o regime da separação obrigatória de bens. 2. Nessa hipótese, apenas os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum na sua aquisição, devem ser objeto de partilha. 3. Embargos de divergência conhecidos e providos para negar seguimento ao recurso especial. (EREsp 1171820/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 21/09/2015)".

[6] "RECURSO ESPECIAL. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. SÚMULA 377 DO STF. BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL QUE DEVEM SER PARTILHADOS DE FORMA IGUALITÁRIA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO ESFORÇO COMUM DOS COMPANHEIROS PARA LEGITIMAR A DIVISÃO. PRÊMIO DE LOTERIA (LOTOMANIA). FATO EVENTUAL OCORRIDO NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVELNECESSIDADE DE MEAÇÃO. 1. Por força do art. 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens (recentemente, a Lei 12.344/2010 alterou a redação do art. 1.641, II, do CC, modificando a idade protetiva de 60 para 70 anos). Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou a mulher maior de cinquenta. Precedentes. 2. A ratio legis foi a de proteger o idoso e seus herdeiros necessários dos casamentos realizados por interesse estritamente econômico, evitando que este seja o principal fator a mover o consorte para o enlace".

[7] "A Segunda Seção do STJ, seguindo a linha da Súmula n.º 377 do STF, pacificou o entendimento de que 'apenas os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum na sua aquisição, devem ser objeto de partilha' (EREsp 1171820/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 26/08/2015, DJe 21/09/2015). 4. Nos termos da norma, o prêmio de loteria é bem comum que ingressa na comunhão do casal sob a rubrica de "bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior" (CC/1916, art. 271, II; CC/2002, art. 1.660, II). 5. Na hipótese, o prêmio da lotomania, recebido pelo ex-companheiro, sexagenário, deve ser objeto de partilha, haja vista que: i) se trata de bem comum que ingressa no patrimônio do casal, independentemente da aferição do esforço de cada um; ii) foi o próprio legislador quem estabeleceu a referida comunicabilidade; iii) como se trata de regime obrigatório imposto pela norma, permitir a comunhão dos aquestos acaba sendo a melhor forma de se realizar maior justiça social e tratamento igualitário, tendo em vista que o referido regime não adveio da vontade livre e expressa das partes; iv) a partilha dos referidos ganhos com a loteria não ofenderia o desiderato da lei, já que o prêmio foi ganho durante a relação, não havendo matrimônio realizado por interesse ou em união meramente especulativa. 6. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1689152/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 22/11/2017)".

O Direito deve se adaptar às mudanças que ocorrem de forma natural no âmbito da sociedade. Entretanto, ao se tratar do Direito de Família, a esfera social pela qual se incumbe tal ramo se altera ou modifica em velocidade superior, comparado a outros ramos jurídicos, o que nem sempre permite à norma sua permanente atualização (SIMÃO, 2011).

Nesse ponto, em especial, o papel da jurisprudência, em conjunto com a doutrina, deveria corrigir tal descompasso, sendo, inclusive, para tanto, previstos na norma mecanismos especialmente destinados a tal objetividade.

Com isso, nenhuma irregularidade pode ser identificada no fato de a lei não se desenrolar na mesma velocidade que as mudanças da sociedade. A controvérsia presente nessa situação poderia advir, e é justamente um dos pontos a ser trabalhado durante a pesquisa, quando da utilização incorreta de institutos e instrumentos que, originariamente, não teriam aquela dada destinação. A mencionada utilização equivocada, embora possa solucionar um caso concreto, sob análise, acaba gerando inúmeros dissabores à estabilidade e à função social do ordenamento jurídico, seja dentro ou fora do tema "regime de bens" (SIMÃO, 2011).

Assim, as consequências negativas do desrespeito ao uso técnico de alguns institutos não se limitariam a causar danos apenas à esfera que estejam inseridos, mas, ao contrário, haveria uma repercussão em cascata, de maneira indireta, a diversos outros ramos do Direito que, de qualquer forma, mantivesse algum laço de comunicabilidade ou dependência com o tema (NEVARES, 2008).

Ressalta-se a Súmula 377 do STF, que evidenciou a instabilidade indesejada ocasionada ao ordenamento, pois, mesmo diante do atual Código Civil, os Tribunais insistiram em aplicar o verbete sumular do STF de forma destoante de sua finalidade originariamente prevista pelo STF, corrente esta que contou, e ainda conta, com o apoio da doutrina especializada majoritária (LÔBO, 2011).

Outro ponto essencial, que também se relaciona com a relevância em se preservar o uso da técnica jurídica adequada, adstringe-se às hipóteses em que ocorra lacuna na lei em detrimento a algum ponto relacionado ao regime da separação de bens. O próprio ordenamento, prevendo sua ocorrência, municia os agentes para que se dê a hipótese de tratamento técnico esperado. Os problemas ocasionados quando se distorce a essência de determinado instituto, para simplesmente buscar solução de situação em concreto, tende a se agravar quando disso decorre decisões proferidas por Tribunais Superiores, pois, de acordo o atual Código e Processo Civil, diferentemente do que se observava com o anterior (Código de Processo Civil de 1973), muitos institutos processuais passaram a gozar de

eficácia vinculante, o que certamente dificulta a resolução do problema, dado que, em determinadas ocasiões, somente caberia ao próprio Tribunal rever sua decisão ou enunciado sumular (SIMÃO, 2011).

Pretendeu-se demonstrar, como forma de se dar solução ao impasse, que em caso de insuficiência ou inadequação do uso da ciência hermenêutica, a questão havida em razão de *lacuna legis* poderia ser solucionada pelo uso de outras ferramentas que contam com expressa previsão em diversos outros seguintes do Direito, muitos dos quais possuindo por essência a maleabilidade de adequação a situações inéditas ou não previstas concretamente pelo Ordenamento Jurídico. Com as mudanças em alguns hábitos por parte dos operadores do Direito, no que concerne ao uso tecnicamente adequado dos institutos em relação à sua finalidade, decerto muitos dos dilemas ou "distorções" que hoje se observa dentro da temática separação de bens, decerto seriam minimizados ou expurgados do mundo jurídico, evitando-se inesgotável fonte de controvérsia sobre o tema.

Para compreensão do que se configuraria o instrumento tecnicamente adequado para solução desse impasse experimentado no mencionado regime, é relevante a construção do percurso histórico do instituto da separação de bens.

Dessa forma, a análise histórica inerente ao objeto central deste estudo se desenrolará da seguinte maneira: sem prejuízo de que outras leis sejam também estudadas, o desenvolvimento do trabalho seguirá a ordem cronológica de evolução do regime da separação de bens, a partir das três codificações que marcaram o cenário nacional, a saber: Ordenações Filipinas, o Código Civil de 1916 (CC/16) e o Código Civil de 2002 (CC/02).

Neste sentido, o presente estudo foi organizado em quatro capítulos.

No primeiro, apresentou-se a "Evolução do Regime da Separação de Bens", a fim de demonstrar os aspectos gerais adstritos à separação de bens, em sua perspectiva histórica, delineando os principais corpos legislativos que cuidaram da matéria: as Ordenações Filipinas, o CC/16 e o atual Código Civil.

Na segunda parte, estão os "Fundamentos Teóricos", quando os conceitos e institutos, relacionados com o objeto central da pesquisa, foram abordados: a diferença entre "condomínio" e "comunhão de bens"; "bem comum" e "bem particular"; e o esforço comum sob o viés do Direito Obrigacional e do Direito de Família; e, por ultimo, a abordagem da doutrina no que tange às principais formas de classificar o regime da separação de bens.

Após, foram abordados "Aspectos Controvertidos da Separação de Bens", com o levantamento da literatura e análise jurídica, relativamente à: aplicabilidade da Súmula

377; a relação existente entre Súmula 377 e os casos de união estável; a possibilidade de se alterar o regime da separação obrigatória durante a vida em comum dos cônjuges; a hipótese de afastamento da referida Súmula 377 por meio de pacto antenupcial; a análise da tese de inconstitucionalidade de se impor o regime obrigatório da separação aos casos envolvendo nubentes idosos; e, por ultimo, a possibilidade de se utilizar do enunciado sumular de número 380 do STF nos casos do regime da separação.

Na quarta parte, fez-se um apanhado dos principais argumentos que levaram a discussão da matéria a atingir esse estado de complexidade e divergência de entendimentos entre os operadores do direito.

Na conclusão, sem intuito de esgotamento do tema, foram evidenciados os pontos mais relevantes e apresentadas possíveis soluções ao impasse, à luz da teoria que atenda o caso de forma eficaz e efetiva, despertando o debate na comunidade jurídica sobre a necessidade de se impor maior rigor no trato uniforme da matéria, haja vista que a doutrina e, sobretudo, a jurisprudência, provocam infindáveis questões controvertidas sobre este tema[8].

---

[8] Diz a doutrina italiana sobre a "família" e "casamento" (GIANQUINTO, 2020, p. 112-113): "*Ma i concetti di 'famiglia' e di 'matrimonio' non sono sempre stati strettamente connessi; non era fondata sul matrimonio, ad esempio, la famiglia romana più antica, che invece poggiava sull'idea di patria potestas. Si pensi poi che nel diritto romano classico il matrimonio sembrava disciplinato da regole morali e dal costume, e non da norme giuridiche. Infatti, si poteva divorziare liberamente senza forme solenni e mancavano forme giuridiche per la celebrazione delle nozze (anche se a Roma spesso si utilizzavano cerimonie nuziali, che vedremo avanti). Secondo il diritto dell'antica Roma il matrimonio era basato esclusivamente sul consenso dei nubendi e non prevedeva una forma particolarmente solenne; il termine familia ricomprendeva il capofamiglia (cd pater familias) e tutte le persone libere a lui sottoposte, quali la moglie, i figli con le loro famiglie e così via. La concezione romana della famiglia era patriarcale: al pater famílias erano sottoposti la moglie, su cui aveva la cd manus maritali, i figli, attraverso l'esercizio della patria potestas, e tutti i beni della comunità (schiavi e cose), su cui esercitava la cd dominicia potestas [...]*". Em uma tradução livre, se pode ler: "Mas os conceitos de 'família' e 'casamento' nem sempre estiveram intimamente ligados; a família romana mais antiga, por exemplo, não foi fundada no casamento, que em vez disso se baseou na ideia da *patria potestas*. Devemos também pensar que no Direito Romano clássico o casamento parecia ser governado por regras e costumes morais, e não por normas jurídicas. Na verdade, era possível o divórcio livremente sem formas solenes e não havia forma jurídica para a celebração do casamento (ainda que em Roma se usassem com frequência as cerimônias de casamento, o que veremos mais tarde). De acordo com a lei da Roma Antiga, o casamento baseava-se exclusivamente no consentimento dos cônjuges e não incluía uma forma particularmente solene; o termo *família* incluía o chefe da família (o chamado *pater familias*) e todas as pessoas livres sujeitas a ele, como sua *esposa*, filhos com suas famílias e assim por diante. O conceito romano de família era patriarcal: a esposa, de quem tinha os chamados *manus maritali*, os filhos, pelo exercício da *pátria potestas*, e todos os bens da comunidade (escravos e coisas) estavam sujeitos ao *pater famílias*, sobre o qual as chamadas *dominicia potestas* [...]".

CAPÍTULO 1 - EVOLUÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS

O casamento, o regime de bens[9] e suas formalidades intrínsecas[10] têm suas premissas doutrinárias e jurisprudência nos institutos jurídicos, base para compreender os

---

[9] De acordo com o BGB (Bürgerlichen Gesetzbuches), os consortes, quando decidem contrair núpcias, podem optar, por meio de convenção antenupcial, por um dos regimes contratuais alternativos, com previsão expressa no Código Civil Alemão, assim com podem modificar as disposições ali presentes, conforme previsto nos artigos 1408, n. 1 do BGB *"(1) Die Ehegatten können ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch Vertrag (Ehevertrag) regeln, insbesondere auch nach der Eingehung der Ehe den Güterstand aufheben oder ändern*". Traduzindo-se livremente o dispositivo: "1) Os cônjuges podem regular as suas relações matrimoniais patrimoniais por contrato (contrato de casamento), designadamente também cancelar ou alterar o regime matrimonial de bens após a celebração do casamento". Ainda segundo o Direito Civil Alemão, podem os consortes afastarem o regime da comunhão de ganhos acumulados para fazer prevalecer ou o regime da separação de bens (artigo 1414 do BGB), ou da comunhão total (artigo 1414 do BGB) ou o regime matrimonial franco-alemão de uma comunhão opcional de ganhos acumulados. Quando os consortes optam pela adoção do regime da separação de bens, automaticamente resta afastado o regime matrimonial legal. Nesta última hipótese, os ganhos acumulados não são igualados. Aqui, dentro do tema regime de bens, de acordo com o BGB, a liberdade contratual é limitada pelo princípio da boa-fé. Dessa forma, um contrato antenupcial deve estar não só em conformidade com as regras básicas de política pública, como também tem que satisfazer os requisitos mais rigorosos, que excluem a discriminação unilateral por parte de um dos consorte quando da elaboração do pacto antenupcial como também durante toda a duração do casamento.

[10] No contexto idealizado pelo atual Código Civil (CC/02), não se apresentou um novo conceito do casamento, mas foram estipulados seus requisitos de celebração, assim como os direitos e deveres dos nubentes e as regras aplicáveis aos regimes de bens (DIAS, 2017). Para Roberto Solimene (2015, p, 188), consolidando alguns conceitos doutrinários, afirmou que : [...] "o conceito de casamento girava ao redor de lineamentos consuetudinários coincidentes: uma união de pessoas, em acordo com a lei, com fins específicos, comunhão de vida, mútua assistência, legalização das relações sexuais, reprodução, prole, educação e apoio material aos filhos [...]". Explicou ainda que (2015, p. 188): "[...] A diversidade de sexos como elemento nuclear do tipo, é matéria recentemente superada, admissível em território nacional o casamento homoafetivo. Cf. julgamentos no Col. STF, da ADPF 132/RJ e da ADI n 4.277/DF, em que o rel. Min Ayres Britto. A jurisprudência do E. STJ igualmente já se consolidou no sentido de dar interpretação extensiva ao artigo 226, §3º, da CF (confira-se o esclarecedor EResp 1.183.378/RS, em que o Rel. Min. Luiz Felipe Salomão) orientação, aliás, incorporada pelo Conselho Nacional de Justiça, com a edição da Resolução n 175/2013". O casamento, na Constituição Federal (CF/88), permaneceu com o semelhante caráter sacramental hígido, mesmo que com a promulgação do novo Código Civil (CC/02), em que 110 artigos foram inseridos como dispositivos referentes ao tema e sua forma, em comparação à união estável (DIAS, 2017). Quanto aos aspectos formais do casamento, estabeleceu o artigo 226, §1º da CF que o casamento é civil, sendo gratuita sua celebração. Tal norma não impede a celebração do casamento religioso, mas desde que seja subsequentemente homologado pelo Estado (artigo 226, §2º da CF; Lei 1.110/50; e artigos 71 a 75 da Lei 6015/73) (LÔBO, 2011). A Constituição Federal (1988, artigo 226, § 4º) ampliou o conceito de família para além do casamento, inserindo o termo entidade familiar, definindo como se estabelecem as relações familiares e o vínculo do casamento. Conferiu proteção ao vínculo monoparental e à união estável (DIAS, 2017). O casamento se consubstancia na doutrina como ato formal e solene. Deve ser efetivado com as portas abertas com o fito de se evitar a configuração dos vícios de consentimento. Prevalecem os Princípios da Livre União e da Monogamia (LÔBO, 2011). Quanto aos pressupostos do casamento, os de existência pressupõem a sua celebração em exata conformidade com a lei (artigos 1533 a 1535 do CC/02) e o livre consentimento das partes. Eventuais violações de sua forma importam ou em vício de nulidade (artigo 1548 e 1549) ou de anulabilidade (artigo 1550 e seguintes do CC/02) (DIAS, 2017). Com relação à natureza jurídica do casamento, predomina o dissenso na doutrina. Há três teorias: institucionalista, contratualista e eclética (PEREIRA, 2017). A Teoria Institucionalista defende o ato jurídico, já que seus efeitos decorrem da lei, e não propriamente da vontade dos nubentes (GONÇALVES, 2014). Para a Teoria Contratualista, o casamento é um contrato sui generis, em que se dá maior ênfase na fase anterior à formação do vínculo (antes da celebração). Tem sua base na lei e no afeto, em que a proteção estatal está na vontade entre os nubentes para o casamento, podendo ser ou não do mesmo sexo, produzindo efeitos no âmbito pessoal, social e

aspectos controvertidos do regime da separação de bens. Neste capítulo, serão apresentadas três legislações basilares que vigeram - sendo que a última delas se configura na legislação que atualmente vige no Brasil, em detrimento da matéria: as Ordenações Filipinas, Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002[11].

Seção 1 - Regime da separação de bens nas Ordenações Filipinas

Pereira (1945, p. 134-135) ressaltou que as Ordenações Filipinas, ao tratar do tema como direito de propriedade, deixou aos consortes a liberdade de regularem o regime de bens a vigorar durante o casamento. Afirmou, ainda, que os nubentes poderiam optar por algum dos tipos previstos na lei, inserindo ou modificando suas cláusulas (regimes mistos[12]), ou criar um totalmente inédito[13]. Essa autonomia patrimonial das partes encontra limites, de modo a não ofender a própria natureza e finalidade do casamento, assim como a certos princípios de ordem pública.

Por fim, Pereira (1945, p. 134-135) mencionou que existiam três modalidades previstas na referida norma, muito embora tal sistematização da matéria em nada se assemelha com a que hoje se constata a partir do CC/16 e do atual Código Civil, tidos pelo

---

patrimonial (GONÇALVES, 2014). A teoria eclética considera elementos das duas anteriores (GONÇALVES, 2017).

[11] Em relação às formas de se convencionar o matrimônio, o Código Civil Italiano dispõe: "*Art. 162 Forma delle convenzioni matrimoniali; Le convenzioni matrimoniali debbono essere stipulate per atto pubblico sotto pena di nullità. La scelta del regime di separazione può anche essere dichiarata nell'atto di celebrazione del matrimonio. Le convenzioni possono essere stipulate in ogni tempo, ferme restando le disposizioni dell'art. 194. Le convenzioni matrimoniali non possono essere opposte ai terzi quando a margine dell'atto di matrimonio non risultano annotati la data del contratto, il notaio rogante e le generalità dei contraenti, ovvero la scelta di cui al secondo comma*". Segundo tradução livre, lê-se: "Art. 162 Forma dos acordos de casamento; Os acordos de casamento devem ser estipulados por ato público sob pena de nulidade. A escolha do regime de separação também pode ser declarada no ato de celebração do casamento. Os acordos podem ser estipulados a qualquer tempo, sem prejuízo do disposto no art. 194. Os acordos de casamento não podem ser opostos a terceiros quando a data do contrato, o notário e os dados dos contratantes, ou a escolha a que se refere o segundo parágrafo, não constarem à margem da certidão de casamento".

[12] Ordenações Filipinas, Livro IV, Título XCV.

[13] As Ordenações Filipinas estabelecem, em seu Livro IV, Título XLVI: "Salvo quando entre as partes outra cousa fôr accordada porque então se guardará o que entre eles fôr contractado". Já o Título LX, parte final diz: "Salvo se no contrato dotal, quando casarão fóra do costume do reino, outra cousa foi contractada". E o título XCVI, parágrafo XXIV, parte final, consigna: "E quanto aos que casaram por dote e arras, guardar-se-ha o que entre elles fôr accordado". Em nota de rodapé, Pereira (1945, p. 135) ressaltou a referida regra: "Ord. L. 4, T. 9S I 3: E o que dito é não haverá lugar nos casamentos feitos por cartas d'arrhas, salvo em aquelles bens em que por bem e virtude do contracto devem ser meeiro e o marido e a mulher. Cabedo, P. I. Decis. 185. n. 4: Consolid. das Leis Civis, nota (3) ao art. 88".

autor como “cardeais”[14], sendo eles: “regimen da communhão universal”; “regimen da simples separação dos bens[15]”; e “regimen dotal”[16].

Dentro do tema, a doutrina afirmou:

> “Às três espécies cardeaes do direito antigo, foi accrescentado o regimen da communhão parcial, em virtude do qual não se communicam os bens com que cada cônjuge entrou para o casal, nem os que de futuro lhe vem por doação ou sucessao, e os adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges, em subrogação dos bens particulares” (PEREIRA, 1945, p.136).

Para Pereira (1945), historicamente, notou-se ênfase à liberdade de escolha do casal em relação ao regime de bens, salvo algumas exceções pontuais da legislação do período. Com relação aos ditos regimes típicos das Ordenações Filipinas, o legislador decidiu por não estabelecer um rol de regimes, ainda que *exempli gratia*, o que, por si, já as diferenciavam das duas outras codificações que se seguiriam: CC/16 e CC/02.

Neste sentido, Pereira (1945) asseverou que as Ordenações Filipinas adotaram, como regime legal ou supletivo, a denominada “carta de ametade” (parte final do Título XLVI, do Livro IV), cujas regras incidem sempre que não houver convenção em contrário por parte dos nubentes, previamente à celebração do matrimônio, ou quando esta for considerada inválida. O referendado regime foi também intitulado: “casamento segundo o costume do Reino”, ou “regime da communicação” ou, ainda, “regime da communião legal”. Pode ser compreendido como o regime da comunhão de bens da época, pois, dentre suas diretrizes, determinava-se que na constância da sociedade conjugal houvesse a comunicação dos bens adquiridos por qualquer dos consortes.

Esclareceu que, a despeito de o ordenamento brasileiro ser substancialmente qualificado por sua ampla margem de liberdade posta à disposição dos nubentes, quanto à escolha do regime, tal direito, por não ser ilimitado, sofre algumas limitações de ordem legal. Na generalidade, tais exceções são apontadas como detentoras de fundamentos tipicamente relacionados às questões de ordem pública, o que justificaria, então, a necessidade de se limitar a autonomia da vontade em algumas ocasiões (PEREIRA, 1945).

Pereira (1945) descreveu que as Ordenações Filipinas, em seu Título LXVI do Livro IV, previam, conjuntamente com artigo 57 do Decreto 181 de 1890, norma diversa daquela que fora prevista pelas duas codificações que a sucederam. Para a Codificação

---

[14] Capítulos II, III, IV e V do Título III do Livro 1º da Parte Especial.
[15] Ordenações Filipinas, Livro IV, Título XLVI, pr.
[16] Ordenações Filipinas, Livro IV, Título XCVI, parágrafo XXIV.

Filipina, o regime de bens somente passaria a viger entre os cônjuges a partir do dia seguinte àquele da celebração do casamento[17].

Relatou que, não obstante toda a matéria do contrato antenupcial se ativesse ao Direito de Família, em função de sua natureza, que possui uma dupla-face, uma voltada para a esfera pessoal e a outra para a patrimonial, o legislador do período resguardou em grande parte a autonomia e a liberdade privada dos consortes, no que concerne a escolha do conjunto de regras que regulamentarão a questão patrimonial durante o casamento, não se olvidando, no entanto, dos limites impostos ao tema pelas questões de ordem publica (PEREIRA, 1945).

Atualmente, no bojo do ordenamento nacional, prevalece o Princípio da Liberdade de Escolha do Regime ou da Liberdade de Convenção, quanto ao tema do regime de bens (PEREIRA, 1945).

Esclareceu que compete aos cônjuges, antes da celebração do casamento, a decisão quanto à escolha do regime de bens, que vigorará a durante a vida em comum, podendo tal opção recair sobre um dos "regimes típicos" previsto no Código Civil (CC, 1916, artigos 262 a 311; e CC/02, artigos 1658 a 1688) ou se afeiçoar como regras singulares elaboradas pelos próprios consortes, sendo possível que, no último caso, constitua-se a partir da miscigenação de dois ou mais regimes típicos de bens ou, ainda, de normas totalmente inéditas elaboradas especificamente para aquele casamento "regimes atípicos" (PEREIRA, 1945).

Por "regimes típicos de bens", entendem-se aqueles que possuem, no bojo da lei, a tipificação de suas principais regras. Já os "regimes atípicos" seriam aqueles que, por não possuírem previsão na lei, é dado aos nubentes a oportunidade de elaborarem livremente as normas que corporificariam o citado regime. Para esse último caso, o regime inédito poderia ser constituído tanto a partir da junção de regras de dois ou mais regimes típicos ou, ainda, de regras totalmente criadas pelos consortes[18].

---

[17] Artigos 57 do Decreto 181 de 1891: "Art. 57. Na falta do contracto ante-nupcial, os bens dos conjugues são presumidos communs, desde o dia seguinte ao do casa mento, salvo si provar-se que o matrimonio não foi consummado entre elles. Paragrapho unico. Esta prova não será admissivel quando tiverem filhos anteriores ao casamento, ou forem concubinados antes delle, ou este houver sido precedido de rapto".

[18] O Código Civil Português, em relação ao regime da separação de bens dispõe o seguinte: "Artigo 1735º (Domínio da separação) Se o regime de bens imposto por lei ou adoptado pelos esposados for o da separação, cada um deles conserva o domínio e fruição de todos os seus bens presentes e futuros, podendo dispor deles livremente"; "Artigo 1736º (Prova da propriedade dos bens) 1. É lícito aos esposados estipular, na convenção antenupcial, cláusulas de presunção sobre a propriedade dos móveis, com eficácia extensiva a terceiros, mas sem prejuízo de prova em contrário. 2. Quando haja dúvidas sobre a propriedade exclusiva de um dos cônjuges, os bens móveis ter-se-ão como pertencentes em com propriedade a ambos os cônjuges". Já o anterior Código Civil de Portugal tratou do tema nos seguintes dispositivos: artigo 1129 a 1127 e 1219.

Seção 2 - Separação de bens no Código Civil de 1916

No CC/16, ficou evidente que a separação de bens adquire nova perspectiva, sendo possível vislumbrar, pela primeira vez na história, a reserva de um capítulo autônomo para sua normatização (trata-se do Capítulo IV, do Título III, do Livro I da Parte Especial do CC/16, intitulado "Do Regime da Separação").

Assim, ao se analisar o CC/16 relativo ao tratamento conferido ao regime da separação, quanto à sua modalidade "convencional", foram disponibilizados os artigos 276 e 277[19]. Ainda, salienta-se que o mencionado Código reservou, também, o artigo 258, parágrafo único[20], para arrolar as hipóteses em que o regime se tornaria obrigatório para os cônjuges por força da lei ("separação legal"). Já no que tange ao artigo 259[21], muito embora se apresente como verdadeira regra normativa subsidiária à vontade dos consortes, o que poderia indicar a lei como fonte de sua eficácia, rotineiramente a doutrina o classifica como pertencente à classe da "separação convencional".

Na tentativa de se trazer os principais efeitos emanados desse tipo de regime de bens, Pontes de Miranda (2012, p. 447) referiu que:

> "Incomunicabilidade dos bens, incomunicabilidade das dívidas. A incomunicabilidade dos bens traz como consequência serem incomunicáveis as dívidas anteriores e as dívidas posteriores ao casamento, durante a constância da sociedade conjugal, exceto se contraídas pela mulher: 1) com a compra de coisas necessárias à economia doméstica, ou empréstimos para esse fim; III) com atos concernentes à indústria ou profissão que exercer, ainda sem assentimento do marido. E anomalia do Código Civil: mas os textos são tão claros que não se lhes pode dar outra interpretação. Tais obrigações são as que se baseiam no art. 247, e o Código Civil, no art. 254, diz: 'Qualquer que seja o regime do casamento, os bens de ambos os cônjuges ficam obrigados igualmente pelos atos que a mulher pratica na conformidade do art. 247'. Essa regra, cujo fundamento racional (aliás contrário ao intuito do regime) só pode ser o de obrigar o marido a fiscalizar os atos da mulher, veio do Projeto primitivo, art. 296, que tivera escrúpulo,

[19] Eis os mencionados dispositivos do CC/16: "Art. 276. Quando os contraentes casarem, estipulando separação de bens, permanecerão os de cada cônjuge sob a administração exclusiva dele, que os poderá livremente alienar, se forem móveis (arts. 235, nº I, 242, nº II, e 310). Art. 277. A mulher é obrigada a contribuir para as despesas do casal com os rendimentos de seus bens, na proporção de seu valor, relativamente ao dos do marido, salvo estipulação em contrato antenupcial (arts. 256 e 312)".

[20] Diz o mencionado dispositivo do CC/16: "Art. 258. (...) 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 orfão 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)".

[21] O artigo 259 do CC/16 assim determina: "Art. 259. Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento".

> entretanto, de inserir a dívida por empréstimo para a compra de coisas necessárias à economia doméstica".

Após tais apontamentos sobre o CC/16, passa-se, então, ao estudo específico de cada uma das modalidades do regime da separação de bens, a iniciar pela sua forma "convencional".

a. Separação convencional de bens

Pela primeira vez, foi reservado um capítulo[22], especialmente dedicado ao regramento do regime típico da Separação de Bens, no principal corpo legislativo, encarregado das regras de caráter privado das relações em sociedade, por intermédio de apenas dois dispositivos (artigo 276 e 277[23]) (BEVILÁQUA, 1976).

Desse modo, no primeiro dispositivo (artigo 276), cuja redação se assemelha àquela conferida ao atual artigo 1687 do Código Civil[24], assevera-se sua essência em destacar por completo, dentre o patrimônio dos consortes, os bens pertencentes privativamente a cada um deles. Nesse sentido, poder-se-ia afirmar que inexistiria a figura da comunicabilidade dos bens adquiridos por qualquer dos consortes durante a constância do matrimônio, assim como a dos frutos deles advindos. Salienta-se que, a partir da regra legal, a incomunicabilidade dos bens se estenderia aos bens obtidos de forma gratuita ou onerosa por qualquer membro do casal (DINIZ, 2004).

Outro desdobramento do artigo 276 refere ao encargo atribuído a cada cônjuge de administrar individualmente o respectivo patrimônio. Percebe-se que tal regra é mero desdobramento daquilo que se consignou acima, pois, se na constância do casamento todos os bens se transvestiriam do particular, inexistindo a figura do patrimônio comum, nada mais justo do que atribuir, ao respectivo dono, a administração daquilo que lhe pertence com exclusividade (BEVILÁQUA, 1956).

---

[22] A referência é sobre o Capítulo IV, do Título III, do Livro I da Parte Especial do CC/16, que se intitula "Do Regime da Separação".

[23] Os dispositivos do CC/16: "Art. 276. Quando os contraentes casarem, estipulando separação de bens, permanecerão os de cada cônjuge sob a administração exclusiva dele, que os poderá livremente alienar, se forem móveis (arts. 235, nº I, 242, nº II, e 310). Art. 277. A mulher é obrigada a contribuir para as despesas do casal com os rendimentos de seus bens, na proporção de seu valor, relativamente ao dos do marido, salvo estipulação em contrato antenupcial (arts. 256 e 312)".

[24] Dispõe os citados dispositivos do CC/02: "Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real".

Ressalta-se também, quando do estudo do artigo 276, a situação de atribuir à mulher a possibilidade e o encargo de gerenciar seus próprios bens e haveres, haja vista que ela, àquele tempo, não gozava de todos os direitos inerentes ao homem e apresentava diante da lei capacidade jurídica limitada para alguns fins (BEVILÁQUA, 1956).

Percebe-se que parte da atenção dada pelo CC/16, durante o tratamento do regime da separação de bens, tenha se debruçado expressamente na figura da "mulher". Trata-se de um avanço e foi necessário que a regra tivesse inserido tal perspectiva, por se constituir em quebra de paradigma com a ideologia jurídica vigente à época.

Embora seja possível, de fato, perceber o desenvolvimento da lei no sentido de contribuir para a chamada "independência econômica da mulher", tal autonomia se dava tão somente perante os bens de caráter móvel (artigo 276 e artigos 242, II e 310[25]). Em relação aos imóveis, ainda que de sua propriedade exclusiva, ou direitos reais sobre imóveis alheios, para poder dispor deles ou gravar de ônus, ou mesmo pleitear em juízo a favor deles, tornar-se-ia imprescindível a expressa autorização do marido (artigo 242 do CC/16)[26].

Beviláqua (1956, p. 200-201), dentro dessa perspectiva, ainda alertava para o fato de que em relação a todos os atos segundo o qual o Código exige a devida outorga marital (artigo 242), não haveria sua dispensa pelo simples fato de os consortes se encontrarem casados sob o regime da separação.

Constata-se que, naquele tempo, mesmo não tendo estabelecida a ideia de igualdade material entre o homem e a mulher, no tema relacionado ao matrimônio, o marido não tinha plena liberdade de disposição dos bens imóveis, ainda que de sua propriedade, mesmo que fosse considerado o responsável pela manutenção da família (artigo 233[27]). Tal

---

[25] Transcreve-se os dispositivos citados do CC/16: "Art. 276. Quando os contraentes casarem, estipulando separação de bens, permanecerão os de cada cônjuge sob a administração exclusiva dele, que os poderá livremente alienar, se forem móveis (arts. 235, nº I, 242, nº II, e 310)"; "Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251): I. Praticar os atos que este não poderia sem o consentimento da mulher (art. 235). [...]"; "Art. 310. A mulher conserva a prioridade, a administração, o gozo e a livre disposição dos bens parafernaes; não podendo, porém, alienar os imóveis (art. 276)".

[26] Diz o artigo 242 do CC/16: "Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251): I. Praticar os atos que este não poderia sem o consentimento da mulher (art. 235). II. Alienar, ou gravar de onus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens (arts. 263, nº II, III, VIII, 269, 275 e 310). III. Alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outra. IV. Aceitar ou repudiar herança ou legado. V. Aceitar tutela, curatela ou outro munus público. VI. Litigiar em juízo civil ou comercial, anão ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251. VII. Exercer profissão (art. 233, nº IV). VIII. Contrair obrigações, que possam importar em alheação de bens do casal. IX. Acceitar mandato (art. 1.299)."

[27] Eis o que determinava o mencionado dispositivo do CC/16: "Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe: I. A representação legal da família. II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I, e 311). III. direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 46 e 233, nº IV). IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto

limite à autonomia patrimonial constava expressamente na própria redação do artigo 276, tendo sido ali relacionado à figura do marido o artigo 235, I do CC/16[28].

De acordo com o artigo 277 do CC/16[29], o ônus de sustento e manutenção da família deveria ser atribuído tanto ao homem quanto à mulher, embora se tenha afirmado que, no bojo do casamento regido pela separação de bens, o patrimônio verificado se configuraria totalmente em bens de natureza particular, sendo de propriedade e administração privativa de cada consorte considerado seu dono.

Contudo, conforme se verifica, a lei estabeleceu regramento diverso, a depender do gênero da figura do casal que estaria referindo. Essa sistemática explica o modelo de família que vigia à época: a sociedade familiar era chefiada apenas pelo "marido", e a "esposa" exercia o papel coadjuvante de mera auxiliar de seu companheiro. Diante dessa perspectiva, nota-se a lógica da regra consubstanciada no artigo 277 do CC/16, cuja essência poderia ser resumida da seguinte forma: o marido era o responsável pelo sustento da família, por ser considerado seu chefe, tendo a mulher apenas a função de contribuir com tais gastos e na medida do possível. Neste cenário, a contribuição da esposa seria feita por meio da entrega dos respectivos valores ao marido para que o mesmo realizasse os devidos gastos com a manutenção do lar.

Neste sentido, o marido sendo o responsável pela chefia e condução da família, havia outra questão intrinsecamente relacionada: os credores de dívidas somente poderiam demandar a figura do marido, e nunca da esposa – exceto se, no último caso, houvesse a assunção direta e pessoal da dívida pela mulher. As palavras de Clóvis Beviláqua são esclarecedoras:

> "Os credores não têm acção contra a mulher para exigir que lhes pague fornecimentos feitos à casa. A contribuição da mulher é entregue ao marido, e este é que responde , perante os credores, pelas dívidas que contrahir. Salvo

---

conjugal (arts. 231, nº II, 242, nº VII, 243 a 245, nº II, e 247, nº III).V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277".

[28] Eis os citados dispositivos: "Art. 276. Quando os contraentes casarem, estipulando separação de bens, permanecerão os de cada cônjuge sob a administração exclusiva dele, que os poderá livremente alienar, se forem móveis (arts. 235, nº I, 242, nº II, e 310)"; "Art. 235. O marido não pode, sem consentimento da mulher, qualquer que seja o regime de bens: I. Alienar, hipotecar ou gravar de onus real os bens imóveis, ou seus direitos reais sobre imóveis alheios (arts. 178, § 9º, nº I, a, 237, 276 e 293). II. Pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens e direitos. III. Prestar fiança (arts. 178, § 9º, nº I, b, e 263, nº X). IV. Fazer doação, não sendo remuneratória ou de pequeno valor, com os bens ou rendimentos comuns (arts. 178, § 9º, nº I, b)".

[29] Dispõe o mencionado dispositivo do CC/16: "Art. 277. A mulher é obrigada a contribuir para as despesas do casal com os rendimentos de seus bens, na proporção de seu valor, relativamente ao dos do marido, salvo estipulação em contrato antenupcial (arts. 256 e 312)". Visando facilitar a comparação, a redação do artigo 1688 do CC/02, considerado seu sucessor legal histórico: "Art. 1.688. Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial".

> quando a mulher assumir, directa e pessoalmente, qualquer obrigação, as dívidas contrahidas para custeio do lar são do marido, porque é delle a obrigação de sustentar a família; à mulher cabe, apenas, a obrigação de auxiliar; e, prestado esse auxílio, nos termos da lei, nenhuma responsabilidade mais se lhe pode imputar. [...]" (BEVILÁQUA, 1956, v.2, p. 202).

Apesar do caráter secundário atribuído à mulher, no que concerne à gestão do lar familiar, ressalta-se que, em determinadas situações, ela poderia apresentar papel substancial, fornecendo, inclusive, os recursos financeiros imprescindíveis para fazer frente aos gastos em geral. Assim, eventualmente, a contribuição da mulher poderia se apresentar como equivalente a do esposo ou, até mesmo, superá-la em certas ocasiões. Tal entendimento decorre da interpretação da expressão "na proporção do seu valor relativamente aos do marido", consubstanciada na redação do artigo 277.

Depreende-se que a mulher, ainda que fosse a única provedora dos recursos financeiros, deveria sempre repassar ao marido sua contribuição para que este, enfim, pudesse concretizar os gastos necessários.

Diante deste quadro, as regras estabelecidas pelo artigo 277 conferiam à mulher obrigação de contribuir verdadeiramente para com o sustento do lar conjugal e o marido poderia, inclusive, valer-se da via judicial para compelir sua esposa a despender os gastos necessários que lhe incumbiria, conforme Beviláqua (1956, p. 202) registrou: "se ella não lh'a entregar, voluntariamente, cabe ao marido recorrer aos tribunaes, para coagi-la a cumprir sua obrigação".

No que tange à prestação de contas entre os consortes, quanto às dividas, Beviláqua (1956, p. 202) explicava que: "[...] não tem o marido que dar conta à mulher do emprego dado à sua contribuição, porque a responsabilidade da direcção do lar e da família é delle". Entende-se como um típico exemplo do senso principiológico que subjazia a todo ordenamento normativo de Direito Privado da época, demonstrando a supremacia da posição ocupada pelo marido, como chefe da família, em detrimento da figura da esposa, mero agente auxiliar das atividades.

Após a exposição do cenário jurídico vigente à época do CC/16, no que concerne ao seguimento do Direito de Família, analisa-se o caminho trilhado por ele, pois, em alguns seguimentos do Direito, pode-se observar a previsão de um capítulo autônomo, no CC/16, dedicado ao regramento do regime da separação ou quando conferiu à mulher um arcabouço de prerrogativas, que antes era tido como inédito pelo Direito. Enfatiza-se que o Código estudado tinha raízes centralizadas no modelo oitocentista de codificação, cujas diretrizes eram lastradas em sistema racional de Direito e em metodologia puramente

dogmática e conceitual, assumindo assim a fachada de ordem rígida e impermeável às novas formas de integração e de inovações econômicas e socioculturais.

Reforça-se que, somente com o advento do Código Civil de 2002, diante de novos eventos ou tendências na sociedade, a intolerância às adaptações normativas foi finalmente remediada. O atual Código Civil que, ainda, sob a influência da Constituição Federal de 1988, edificou-se razoavelmente nas bases da ideia de igualdade material entre homem e mulher dentro da sociedade familiar, princípio este que se encontra em estágio de desenvolvimento e adaptação.

b. Separação legal

Nesta sessão, objetiva-se estudar o regime de bens intitulado "legal" ou "obrigatório", conforme o texto expresso da lei (CC/16)[30]. Dentro desses parâmetros, ao decidirem contrair núpcias, o legislador atribui aos consortes a adoção de regime de bens, que tem por escopo primordial garantir a preservação de certos interesses públicos ou, ainda, de se conferir proteção aos interesses de uma das partes da relação, se considerada vulnerável dentro desse aspecto.

Como regra, a escolha do regime de bens é realizada quando da celebração do casamento e rege a seara patrimonial do casal, durante toda vida em comum. No entanto, a despeito de surtir efeitos desde a data da celebração do casamento, os consortes, não raro, somente passam a observar com maior atenção tais regras concernentes ao regime de bens escolhido quando da eventual dissolução do casamento, quando elas se concretizariam com o fito de partilhar os bens que foram adquiridos durante a vida em matrimônio, por ambos os consortes.

Visto isso, ressalta-se a relevância do estudo do CC/16 a partir do que determinou o parágrafo único do artigo 258; e o artigo 1641 do CC/02.

Em razão da liberdade patrimonial assegurada aos cônjuges, a lei coloca à disposição quatro regimes de bens típicos (artigos 262 a 307 do CC/16; e artigos 1658 a

[30] Ressalva-se, quanto à delimitação do tema, que o intitulado "regime de bens supletivo", "subsidiário" ou "legal" possui seu germe, também, no artigo 1640, caput do CC/02 (artigo 258, caput do CC/16), o que não retiraria, em tese, o caráter "legal". A incidência no caso concreto se dá tão somente na hipótese de ausência de manifestação de vontade dos nubentes, ou quando esta é tida por nula ou ineficaz, não redundando exatamente, assim, em simples imposição normativa - dado que pode ser afastada a aplicação com a correta manifestação de vontade. Em complemento, eis a redação dos dispositivos correspondentes: Art. 1.640 do CC/02: "Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial"; Art. 258 do CC/16: "Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal".

1688 do CC/02), assim como assegura a oportunidade de serem utilizados os chamados "regimes atípicos" ou "mistos" (artigo 1640, parágrafo único do CC/02), dada a prevalência do Princípio da Variedade ou Espécies de Regimes e o da Liberdade de Escolha ou Convenção.

Como não há direito ou prerrogativa de caráter absoluto, pode-se afirmar que a própria lei limita ou mesmo anula a prerrogativa das partes de escolher livremente o regime de bens, em certos casos. Esse limite legal, imposto à autonomia privada, por ser exceção ao sistema jurídico, somente teria incidência nos casos elencados na norma, quando seria admitida uma interpretação de cunho restritivo (artigo 114 do CC/02)[31]. Nunca, porém, de maneira ampliativa ou extensiva.

Nesse sentido, Dias (2016, p. 224) alegou, em referência à doutrina:

> "A escolha do regime de bens, feita por ocasião do casamento, rege a situação patrimonial do casal durante sua vigência, mas tem maior significado quando de sua dissolução. Podem os noivos adotar qualquer dos regimes de bens previstos na lei ou gerar um regime próprio. Mantendo-se silenciosos, ou seja, não firmando pacto antenupcial, vigora o regime da comunhão parcial. Hipóteses há, no entanto, em que a vontade dos nubentes não é respeitada. Impõe a lei o regime da separação obrigatória (CC 1.641). A lei fala em regime de separação 'absoluta' querendo dizer 'obrigatória' (CC 1.647). Parece que a intenção é evitar qualquer possibilidade de entrelaçamento de patrimônios [...]".

O parágrafo único do artigo 258 do revogado Código assim referia:

> "Art. 258. [...] 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 (art. 183, no XI, 384, no III, 426, no I, e 453)".

Com relação ao primeiro dos incisos arrolados, a lei determinava a imposição do regime da separação de bens a todos aqueles que celebrassem o casamento mediante a infração do disposto no artigo 183, XI a XVI[32] [33], inserido no Capítulo II, do Título I, do

---

[31] Vide artigo 114 do CC/02: "Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente".

[32] Apresenta-se aqui a redação dos incisos do artigo 183 do CC/16 supracitados: "Art. 183. Não podem casar (arts. 207 e 209): (...) XI. Os sujeitos ao pátrio poder, tutela, ou curatela, enquanto não obtiverem, ou lhes não for suprido o consentimento do pai, tutor, ou curador (art. 211). XII. As mulheres menores de dezesseis anos e os homens menores de dezoito. XIII. O viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal (art. 226). XIV. A mulher viúva ou separada do marido por nulidade ou anulação do casamento, até dez meses depois da viuvez ou da separação judicial dos corpos, salvo se, antes de terminado o referido prazo, der à luz algum filho. XV. O tutor ou curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a

Livro I, responsável pelo tratamento da matéria de Direito de Família, da Parte Especial, do anterior Código Civil, e fora intitulado "Dos Impedimentos".

De acordo com a doutrina da época, os impedimentos do CC/16 podiam ser subdivididos em duas categorias, a depender das consequências geradas sobre o casamento. Consideravam-se "dirimentes" os impedimentos que acarretavam a nulidade do próprio casamento em si, eram insuscetíveis de correção (incisos I a VIII do artigo 180); e "meramente impedientes", quando se tinham as causas que implicavam ou a anulabilidade do matrimônio (incisos IX a XII do artigo 183) ou, ainda, a imposição de algum tipo de sanção aos nubentes, mas, nessa última hipótese, deixava-se o casamento hígido no tocante ao seu plano de validade e eficácia (incisos XIII a XVI do artigo 183)[34]. Nesse sentido, a doutrina (BEVILÁQUA, 1976, p. 57-58) retificava:

> "Segundo o Código Civil, art. 183. os impedimentos matrimoniais compreendem dezesseis figuras. Oito deles são dirimentes, tornando nulos, de pleno direito, os casamentos, em que são eles infringidos (§§ I a VIII); os restantes meramente impedientes no sentido, ou de que são apenas anuláveis os casamentos celebrados em oposição a seus preceitos (§§ IX a XII), ou de que contra a sua celebração se decretam penas, respeitando-se, todavia, a sua eficácia e validade

---

tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas, salvo permissão paterna ou materna manifestada em escrito autêntico ou em testamento. XVI. O juiz, ou escrivão e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com órfão ou viúva, da circunscrição territorial onde um ou outro tiver exercício, salvo licença especial da autoridade judiciária superior".

[33] Relativamente aos incisos XI, XIII e XIV do artigo 183, ressaltam-se as alterações promovidas pelo artigo 3º do DPL 3725 de 1919 (Decreto 3725 de 1919) no seguinte sentido: "Art. 3º São as seguintes as correcções a que se refere o art. 1º: [...] Ao art. 183, n. XI: Faça-se a remissão ao art. 212, em vez do art. 211; Art. 183, n. XIII – Corrija-se a remissão assim: (art. 225); Art. 183, n. XIII: Accrescente-se no fim: e der partilha aos herdeiros; Art. 183, n. XIV: Redija-se assim: « A viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nullo ou ter sido annullado, até dez mezes depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal, salvo se antes de findo esse prazo dér á luz algum filho» [...]". Quanto ao inciso XI do artigo 183, houve apenas a correção quanto ao dispositivo referido entre parênteses. Entretanto, ao consultar os artigos 211 e 212 do CC/16, a intenção do legislador fica óbvia em fazer remissão ao artigo 212, conforme se depreende de sua leitura: "Art. 212. A anulação do casamento contraído com infração do no XI do art. 183 só pode ser requerida pelas pessoas que tinham o direito de consentir e não assistiram ao ato". Por fim, estabelecia a ementa do DPL 3725 de 1919: "Faz diversas correcções no Codigo Civil e manda fazer do Codigo corregido uma edição de cinco mil exemplares". Já seus artigos 1º e 2º estabeleciam o seguinte: "Art. 1º O Governo mandará publicar no Diario Official, com as correcções constantes desta lei, o Código Civil Brasileiro, do qual em seguida fará tirar uma edição de cinco mil exemplares"; e "Art. 2º Todos os exemplares dessa edição, convenientemente numerados, serão destinados á venda por preço apenas remunerador das despesas effectuadas".

[34] Ainda a respeito da classificação dos impedimentos matrimoniais, pode-se encontrar na doutrina o seguinte ensinamento (DINIZ, 2006, p. 69): de "dirimentes" pode-se intitular aqueles impedimentos que acarretam ou a nulidade do matrimônio ("impedimentos absolutos" ou "públicos") ou a sua mera anulabilidade ("impedimentos relativos" ou "privados"); de outro modo, por "impedimentos impeditivos", "impedientes" ou "causas suspensivas" se pode denominar aqueles fatores previstos pela lei que, a despeito de conservarem o casamento plenamente válido e eficaz, impelem aos nubentes algum tipo de sanção em decorrência de sua celebração. Portanto, quanto à forma de classificar o tema, poder-se-ia, resumidamente, afirmar que o vigente Código Civil, estabelece as seguintes denominações: quanto ao artigo 1521, os "impedimentos" se classificam como "absolutos" ou, também, "impedimentos dirimentes" ou "eximentes"; já com relação às causas suspensivas, previstas no artigo 1523, estas são denominadas "impedimentos impedientes" ou, ainda, "impedimentos meramente proibitivos" ou "suspensivos".

> (§§ XIII a XVI). Não têm, portanto, estes qualificativos - dirimente e impediente significação completamente idêntica a que lhes atribui o direito canônico, mas podem ser mantidos com vantagem pela técnica jurídica".

Quanto à nulidade absoluta ao casamento, imposta pelo CC/16, quando presente as condições dos incisos I a VIII do artigo 183, a redação do artigo 207 do mesmo Código determinava o seguinte: "Art. 207. É nulo e de nenhum efeito, quanto aos contraentes e aos filhos, o casamento contraído com infração de qualquer dos nºs I a VIII do art. 183". Ainda, determinando também a nulidade absoluta do casamento, estaria a redação do artigo 208:

> "Art. 208. É também nulo o casamento contraído perante autoridade incompetente (arts. 192, 194, 195 e 198). Mas esta nulidade se considerará sanada, se não se alegar dentro em dois anos da celebração. Parágrafo único. Antes de vencido esse prazo, a declaração da nulidade poderá ser requerida: I. Por qualquer interessado. II. Pelo Ministério Público, salvo se já houver falecido algum dos cônjuges".

Com relação à anulabilidade do casamento, a matéria vinha sendo regulamentada a partir do artigo 209 do CC/16, cujo conteúdo corrobora a doutrina a respeito desse vício: "Art. 209. É anulável o casamento contraído com infração de qualquer dos nºs IX a XII do art. 183"[35].

A origem das regras jurídicas dos impedimentos do casamento certamente teve por influência o Direito Canônico.

Para tanto, o inciso I do parágrafo único do artigo 258 será apresentado em duas partes: uma que abordará a hipótese de casamento com infração aos incisos XI e XII do artigo 183; e, após, a situação em que o matrimônio se consuma mediante infração dos incisos XIII a XVI do artigo 183 do CC/16.

Com relação ao primeiro caso, os incisos XI e XII do artigo 183[36] recebem a classificação doutrinária de "impedimentos meramente impedientes" e acarretam ao matrimônio a sanção de anulabilidade (artigo 209 do CC/16[37]).

Por se tratar de vício relativo de nulidade, o artigo 216[38] estabelece que, em caso de pedido judicial de terceiros (artigos 212 e 213, II e III do CC/16[39]), que seja efetivamente

---

[35] Traçando-se um paralelo com o atual Código Civil, a matéria a respeito dos impedimentos matrimoniais se encontra dividida, no que tange ao conteúdo do revogado CC/16.

[36] Os mencionados incisos relatam o seguinte: "Art. 183. Não podem casar (arts. 207 e 209): [...] XI. Os sujeitos ao pátrio poder, tutela, ou curatela, enquanto não obtiverem, ou lhes não for suprido o consentimento do pai, tutor, ou curador (art. 211). XII. As mulheres menores de dezesseis anos e os homens menores de dezoito".

[37] "Art. 209. É anulável o casamento contraído com infração de qualquer dos nºs IX a XII do art. 183".

reconhecida a nulidade relativa do matrimônio, por ter havido sua celebração mediante o desrespeito da norma estabelecida nos incisos XI e XII do artigo 183. Os nubentes podem, diante do juiz, ratificar o casamento, fazendo com que eventual defeito seja suprimido por tal requerimento, exigindo-se, entretanto, que na hipótese do inciso XII do artigo 183, os consortes tenham atingido a idade núbil necessária, segundo a lei[40].

Embora o casamento tenha seu eventual vício sanado diante do magistrado, por parte dos próprios consortes, em decorrência disso, o inciso I do parágrafo único do artigo 258 impinge aos nubentes a obrigatoriedade de se adotar o regime da separação de bens.

Assim, conforme pré-estabelecido pelos incisos XIII a XVI do artigo 183 do CC/16[41], de acordo com a doutrina do período, tais impedimentos, embora se classifiquem também como "impedimentos meramente impedientes", diferentemente do que se viu nos casos dos incisos XI e XII do mesmo dispositivo, não haveria eventual vício de anulabilidade do matrimônio. Para aqueles casos, o plano da eficácia e da validade do casamento estaria intacto diante da consumação do casamento.

Diante do casamento celebrado com a infração aos incisos XII a XVI do artigo 183 do CC/16 e desrespeito ao inciso I do parágrafo único do artigo 258 do CC/16, há a imposição de sanção: os nubentes não escolherão livremente o regime de bens a viger durante a sociedade conjugal.

---

[38] "Art. 216. Quando requerida por terceiros a anulação do casamento (art. 213, nºs II e III), poderão os cônjuges ratifica-lo, em perfazendo a idade fixada no art. 183, nº XII, ante o juiz o oficial do registro civil. A ratificação terá efeito retroativo, subsistindo, entretanto, o regime da separação de bens".

[39] "Art. 212. A anulação do casamento contraído com infração do nº XI do art. 183 só pode ser requerida pelas pessoas que tinham o direito de consentir e não assistiram ao ato"; e "Art. 213. A anulação do casamento da menor de dezesseis anos ou menor de dezoito será requerida: [...] II. Pelos seus representantes legais. III. Pelas pessoas designadas no art. 190, naquela mesma ordem".

[40] O vício estaria sanado diante do juiz: no caso do INC XI, com o comparecimento e concessão do consentimento dos representantes ou responsáveis perante o juiz; e no INC XII mediante a constatação do atingimento da idade núbil do consorte e, ainda, se necessitar da autorização do responsável ou representante diante do juiz (inc XI DO ART 183). Nesses dois casos, o vício estaria sanado por ato das partes ou representantes, e não por parte do suprimento do juiz.

[41] E os incisos citados possuem a seguinte redação: "Art. 183. Não podem casar (arts. 207 e 209): [...] XIII. O viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal (art. 226). XIV. A mulher viúva ou separada do marido por nulidade ou anulação do casamento, até dez meses depois da viuvez ou da separação judicial dos corpos, salvo se, antes de terminado o referido prazo, der à luz algum filho. XV. O tutor ou curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas, salvo permissão paterna ou materna manifestada em escrito autêntico ou em testamento. XVI. O juiz, ou escrivão e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com órfão ou viúva, da circunscrição territorial onde um ou outro tiver exercício, salvo licença especial da autoridade judiciária superior".

O inciso III do parágrafo único do artigo 258 do CC/16[42] determinava a imposição do regime da separação em relação ao órfão de pai e mãe que, embora casasse, nos termos do inciso XI do artigo 183[43], necessitaria do consentimento de seu tutor.

No parágrafo único do artigo 258, com relação ao inciso II do artigo 1641 do CC/02[44], a imposição do regime da separação se dá em razão da idade dos consortes[45].

Desse modo, após tal alteração, o inciso III do parágrafo único do artigo 258 teria a seguinte norma, conforme mencionado, inclusive, por Clóvis Beviláqua (1976, p. 164) em seu Código Civil comentado: "Art. 258 – [...]. Paragrapho único – é, porém obrigatório o da separação de bens, no casamento: [...] III. Do orphão de pae e mãe, ou do menor, nos termos dos arts. 394 e 395, embora case, nos termos do art. 183, n. XI, com o consentimento do tutor".

Com relação à regra do revogado Código que impunha o regime da separação de bens nas hipóteses do inciso III do parágrafo único do artigo 258, não havia idêntica previsão no direito regido ao tempo das Ordenações Filipinas, conforme alerta Beviláqua (1976, p. 164-5):

> "Quanto ao paragrapho unico, ha tres differenças principaes entre o que estabelecia o direito anterior e o que, agora, prescreve o Código: [...] b) os orphãos de pae e mãe não eram contemplados entre as pessôas para as quaes a lei impunha um regimen, nem tão pouco os menores que obtivessem supprimento do jui, ou cujo paes se achassem privados do pátrio poder; c) Em compensação, o Codigo não contempla os conjuges parentes em terceiro gráo, cujo casamento impedia, nem os de quarto gráo duplicado".

O CC/16 impõe a obrigatoriedade de adoção do regime da separação de bens no caso de assentimento do matrimônio do menor pelo tutor, em razão de estar órfão de pai e mãe, mesmo que não haja qualquer intervenção judicial para suprimento do consentimento.

Da mesma forma, o menor sob tutela que se casar mediante consentimento de seu tutor, no caso de a tutela ter sido instituída em função dos artigos 394 e 395 do CC/16, que

---

[42] O dispositivo mencionado continha a seguinte redação: "Art. 258. [...]. Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens no casamento: [...] III. Do orfão de pai e mãe, embora case, nos termos do art. 183, nº XI, com o consentimento do tutor, ou curador". [...].

[43] Eis a redação do artigo 183, XI do CC/16: "Art. 183. Não podem casar (arts. 207 e 209): [...] XI. Os sujeitos ao pátrio poder, tutela, ou curatela, enquanto não obtiverem, ou lhes não for suprido o consentimento do pai, tutor, ou curador (art. 211)".

[44] Eis a redação do inciso II do parágrafo único do artigo 258 do CC/16: "Art. 258. [...]. Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens no casamento: [...] II. Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos". [...]. E, em comparação, a redação do artigo 1641, II do CC/02: "Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: [...] II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)" [...].

[45] Trata-se do Capítulo XXX.

trataram de casos de abuso do pátrio poder, haverá igualmente a imposição do regime da separação de bens, ainda que não haja intervenção judicial nesse sentido.

Ao se comparar com o antigo sistema (CC/16), o novo Código Civil de 2002 traz muitas mudanças para a celebração do matrimônio do menor sob tutela, como exemplo, caso ele decida convolar núpcias, deve comparecer ao órgão registral competente para realizar sua habilitação, e tendo já obtido a autorização do tutor para celebração do ato, passaria a gozar da liberdade de escolher o regime de bens que melhor lhe aprouver, não se lhe impondo o regime da separação de bens. Consigna-se, entretanto, que no caso de haver a necessidade de suprimento do consentimento do tutor, por meio de ação judicial, haverá a imposição do regime da separação de bens (artigo 1642, III do CC/02).

Quanto ao inciso IV do parágrafo único do artigo 258 do CC/16[46], que corresponde ao inciso III do artigo 1641 do vigente Código Civil[47], o regime da separação de bens determinava autorização judicial para o casamento, a todos aqueles que necessitavam. Nesse sentido, tal inciso arrolava os seguintes dispositivos do CC/16: artigos 183, nº XI, 384, nº III, 426, nº I, e 453[48].

De modo geral, é possível dizer que os incisos acima listados se relacionam com o casamento de três possíveis figuras distintas (todas também pautadas pelo inciso XI do artigo 183[49]): a do menor ainda sob o pátrio poder (artigo 384, IV[50]); a do menor sob tutela (artigo 426, I[51]); e a do incapaz sob curatela (artigo 456[52]).

---

[46] O mencionado DPL 3725 de 1919 (Decreto 3725 de 1919), também através de seu artigo 3º, pretendeu corrigir a redação do aludido inciso IV do parágrafo único do artigo 258 do CC/16, e estabeleceu o seguinte: "Art. 3º São as seguintes as correcções a que se refere o art. 1º: [...]"; e "Art. 258, paragrapho unico: [...] Ao n. IV: Supprima-se a contracção do [...]".

[47] Constava a seguinte redação no CC/16 com relação ao dispositivo mencionado: "Art. 258. [...]. Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens no casamento: [...] IV. E de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, nº XI, 384, nº III, 426, nº I, e 453)" [...]. Essa norma consta atualmente do seguinte dispositivo do CC/02: : "Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: [...] III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial".

[48] Eis a redação dos dispositivos mencionados pelo inciso IV do parágrafo único do artigo 258 do CC/16: "Art. 183. Não podem casar (arts. 207 e 209): [...] XI. Os sujeitos ao pátrio poder, tutela, ou curatela, enquanto não obtiverem, ou lhes não for suprido o consentimento do pai, tutor, ou curador (art. 211)" [...]; "Art. 384. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: [...] III. Conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento, para casarem"; "Art. 426. Compete mais ao tutor: [...] I. Representar o menor, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-lo, após essa idade, nos atos em que for parte, suprindo-lhe o consentimento" [...]; "Art. 453. Decretada a interdição, fica o interdito sujeito à curatela, à qual se aplica o disposto no capítulo antecedente, com a restrição do art. 451. E as modificações dos artigos seguintes:".

[49] Para rememorar a redação do citado dispositivo: "Art. 183. Não podem casar (arts. 207 e 209): [...]
XI. Os sujeitos ao pátrio poder, tutela, ou curatela, enquanto não obtiverem, ou lhes não for suprido o consentimento do pai, tutor, ou curador (art. 211)".

[50] Determina a redação desse dispositivo do CC/16: "Art. 384. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: [...] III. Conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento, para casarem".

[51] Eis a redação desse artigo: "Art. 426. Compete mais ao tutor: [...] I. Representar o menor, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-lo, após essa idade, nos atos em que for parte, suprindo-lhe o consentimento".

Quando o casamento envolver o menor em tais condições, e a autorização para a celebração do ato for recusada pelos responsáveis ou representantes, os interessados podem requerer ao magistrado que supra tal omissão. Nesse sentido, a lei determina, como sanção, a necessidade de observar o regime da separação de bens durante a vida em comum (inciso IV do parágrafo único do artigo 258).

Nos incisos I, III e IV do parágrafo único do artigo 258, ao listar dispositivos do CC/16, elencou o impedimento matrimonial para as mesmas categorias de pessoas que vinham sendo tratadas pelo inciso XI do artigo 183. Nesse sentido, sublinha-se a importância que fora dada pelo revogado Código à figura do menor, ainda sob o pátrio poder, do menor sob tutela e do incapaz em curatela.

Com relação ao filho com idade inferir a 21 anos, que ainda se encontrava sob o pátrio poder, o Código Civil anterior estabelecia, em seus artigos 185 e 186[53], que o matrimônio dependeria do consentimento de ambos os pais, ou no caso de divergência entre eles, ao menos do pai.

No caso de o casal ser separado, em razão do desquite, da anulação do casamento ou do próprio instituto da separação, inserida posteriormente no ordenamento jurídico pela Lei 6515/77[54], bastaria o consentimento do consorte que estivesse com a guarda do menor. Os pais sendo ilegítimos outorgam a autorização daquele que tivesse reconhecido a prole ou, no caso de não ter sido reconhecido, haveria a exigência do consentimento materno.

Dentro dessa hipótese, ressalva-se que a autorização concedida pelos pais para a celebração do casamento de sua prole menor poderia ser revogada, de acordo com o artigo 187[55], até o dia do ato da celebração.

No caso de recusa injusta dos pais em conceder a autorização para o casamento de sua prole com idade inferior a 21 anos, caberia aos interessados recorrerem ao Judiciário para suprimento de tal requisito (artigo 188 do CC/16[56]).

---

[52] Redação do dispositivo: "Art. 453. Decretada a interdição, fica o interdito sujeito à curatela, à qual se aplica o disposto no capítulo antecedente, com a restrição do art. 451. E as modificações dos artigos seguintes:".

[53] Eis a redação dos dispositivos mencionados do C/16: "Art. 185. Para o casamento dos menores de vinte e um anos, sendo filhos legítimos, é mister o consentimento de ambos os pais"; e "Art. 186. Discordando eles entre si, prevalecerá a vontade paterna, ou, sendo separado o casal por desquite, ou anulação do casamento, a vontade do cônjuge, com quem estiverem os filhos. Parágrafo único. Sendo, porém, ilegítimos os pais, bastará o consentimento do que houver reconhecido o menor, ou, se este não for reconhecido, o consentimento materno".

[54] De acordo com o artigo 50 da Lei 6515 de 1977, o artigo 186 ganhou a seguinte redação: "Art 50 - São introduzidas no Código Civil as alterações seguintes: [...] 3) 'Art. 186 - Discordando eles entre si, prevalecerá a vontade paterna, ou, sendo o casal separado, devorciado ou tiver sido o seu casamento anulado, a vontade do cônjuge, com quem estiverem os filhos'" [...].

[55] Determinava a redação desse dispositivo: "Art. 187. Até á celebração do matrimônio podem os pais e tutores retratar o seu consentimento".

Para corroborar tal informação, eis o entendimento da doutrina da época (BEVILÁQUA, 1976, p. 75-6):

> "Da recusa de consentimento dos pais, concede o nosso direito recurso para o juiz, que, na qualidade de órgão do direito em função, intervenção para mitigar as desastrosas consequências do desvio caprichoso da autoridade paterna. Há, porém, alguns regimes jurídicos, que não toleram essa intervenção do poder público, receosos de enfraquecer a autoridade dos pais como responsáveis pela direção da sociedade familial. Assim o Código Civil português, art. 1.062, edita: 'Da concessão ou denegação da licença (dos pais), em nenhum caso, há recurso'. E o espanhol, art; 49: 'Nenhuma das pessoas chamadas a dar sua autorização, ou seu consentimento, é obrigada a indicar os motivos sobre os quais se funda para concedê-la ou recusá-la. Contra sua recusa não se faculta recurso algum'. No mesmo sentido, a lei argentina, art. 13".

O revogado Código, em diversos dispositivos de seu corpo, dentre eles, o artigo 183, XI, o menor, sob o instituto da tutela, e o incapaz, sob a curatela, dependem do consentimento das pessoas que são por ele responsáveis – o tutor e o curador, para celebrar o casamento. Com relação ao curador, a doutrina instrui que tal exigência do CC/16 se configurou uma inovação em relação ao direito vigente anteriormente, conforme se depreende da seguinte leitura (BEVILÁQUA, 1976, p. 77):

> "[...] Há aqui uma inovação ao direito preexistente. O curador não era chamado a dar seu consentimento para o matrimônio dos curatelados. Os dementes, durante a morbose patente, não se podiam casar, e, nos lúcidos intervalos, achava-se em suspensão a curatela; os pródigos poderiam casar, porque estava a sua incapacidade limitada à ingerência dos bens, e entendia-se que o casamento era uma relação envolvendo, somente ou preponderadamente, disposição de pessoa. Hoje, usando a lei da expressão genérica – os sujeitos à curatela, está claro que o pródigo interdito não se pode casar, sem o consentimento do curador".

Destaca-se que o inciso XI do artigo 183 e, consequentemente, o do inciso IV do parágrafo único do artigo 258, configuraram-se como sendo meramente exemplificativo em seu tempo. Isso porque, dentre a legislação da época, havia outros casos em que se exigia a permissão de outras pessoas para que pudessem convolar as núpcias, como no caso do casamento dos militares, que estariam sujeitos às normas especiais do Decreto-Lei n. 23.806 de 1º de março de 1941 (Estatuto dos Militares), artigos 110 a 115, e a hipótese dos funcionários diplomáticos e consulares, cuja lei determinava a necessidade de se obter a devida "licença" ao respectivo Governo que o acreditou (artigo 52 do Decreto 24.239 de 15 de maio de 1932).

---

[56] Estabelecia a seguinte norma a redação do citado artigo: "Art. 188. A denegação do consentimento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz, com recurso para a instância superior".

A seguir, será apresentado o artigo 259 do mesmo Código (CC/16),n dada a relevância do para o desenvolvimento do tema central deste estudo.

2.3 Estudo do artigo 259 do Código Civil de 1916

O artigo 259 do CC/16 incitou uma das controvérsias mais debatidas em torno do regime da separação de bens: a súmula 377 do STF[57]. A origem desse debate está no regramento da comunicabilidade dos aquestos auferidos por qualquer dos cônjuges durante o casamento, quando alguma disposição em contrário for ausente, na separação convencional (artigo 276 e 277 c/c artigo 259 do CC/16), situação que não se verificava na hipótese de estar em vigência o regime legal da separação (artigo 258, parágrafo único).

Foi em decorrência do artigo 259 do CC/16 que a ordem normativa se desestabilizou, pois está direcionada apenas ao regime da separação convencional (artigo 276 e 277), impondo aos consortes a comunicação dos bens que fossem onerosamente adquiridos por qualquer um deles. Além do fato de ser o regime da separação um só, com a discriminação estabelecida pelo CC/16, a partir do artigo 259, observou-se ocorrer o desdobramento do regime em duas espécies distintas, uma em que se impõe a comunicabilidade dos aquestos (separação convencional), e outra em que isso é vedado (separação letal).

Assim, com a introdução da Súmula 377, ocorreu novamente a equiparação das modalidades convencional e legal do regime da separação, no que concerne ao seu regime jurídico, sendo que para ambas as espécies haverá o patrimônio comum entre os consortes, constituído de aquestos que forem por eles obtidos.

A possível finalidade do artigo 259 seria proteger a mulher na sociedade matrimonial, de forma a evitar que o marido, na eventualidade de impor o regime da separação de bens, deixasse sua esposa à míngua de bens próprios que garantissem sua subsistência mínima, no caso do término casamento: “Art. 259. Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento”.

O artigo 259 fora originado em meio a uma realidade social que preponderava, ainda, a vontade do marido sobre a da esposa. Tratava-se claramente de uma situação em que se subjugava a vontade feminina a do homem, tendo em vista que, segundo os ditames

[57] A Súmula 377 do STF traz o enunciado: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

do CC/16, incumbia ao marido a chefia e condução da família, restando à esposa o papel de mera auxiliar e de secundária importância.

A mulher casada não tinha, via de regra, ofício ou atividade que lhe gerasse renda, fazendo sentido a previsão do artigo 259 ao seu tempo: pretendia-se, com isso, no seio da sociedade conjugal, o Regime da Separação de Bens, a garantia de obtenção de um patrimônio mínimo, que se constituiria a partir da comunicação dos aquestos, na eventualidade de encerramento da relação matrimonial. A respeito da situação fática pela qual se encontrava a mulher no início do século XX, Simão (CONJUR, 2015) referiu:

> "A desigualdade em que o Código Civil de 1916 se baseava refletia a realidade social do Século XIX. Como nos revela o historiador inglês Eric Hobsbawm, na última década do Século XIX, 95% dos homens casados estavam ocupados, ao passo que apenas 12% das mulheres, nesta condição, o estavam. A emancipação econômica da mulher se iniciou principalmente com a evolução do setor de serviços no limiar do século XX, não tanto com a sociedade industrial, como é contumaz afirmar-se. Na estrutura agrária, em geral, o local de trabalho e a casa confundem-se, desta forma é inconcebível, numa família rural desta época, imaginar qualquer êxito sem o esforço da mulher, seja no lar cuidando dos filhos e da casa, seja ao lado do marido arando as terras. Todavia, a mulher no contexto industrial passou cada vez a ser mais excluída, pois o local de trabalho e o lar foram separados; restando-lhe apenas cuidar do lar e esperar que o marido retornasse da fábrica com o dinheiro para sustentar toda a família no final do mês. Com isso, às jovens mais abastadas restava apenas uma profissão: o bom casamento. Às outras, menos afortunadas, as fábricas reservavam-lhes empregos menores e com salários igualmente reduzidos (2006:276). Nesse contexto histórico, não havia outra opção na mente do legislador de 1916. Se a chefia da sociedade conjugal deveria ser exercida de maneira hierárquica, apenas o marido poderia ocupar o topo da hierarquia. Outra regra que refletia essa situação das mulheres no Século XIX e início do Século XX era a sua situação de relativamente incapaz (artigo 6º, II do CC/16). Note-se que a regra, tal como concebida no Século XIX, tinha por objetivo a proteção da mulher, conforme leciona Clóvis Beviláqua: 'Mas é sempre bom recordar que há nessa incapacidade da mulher muito de proteção e desvelo tutelar (1933:166)'. Foi o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62) que alterou profundamente a questão. De início, acrescentou ao artigo 233 do CC/16 sua parte final em que menciona a colaboração da mulher. Depois, retirou a mulher casada do rol dos relativamente incapazes modificando o artigo 6º do CC/16".

Ressalta-se que o dispositivo foi um dos responsáveis por tornar a ordem jurídica vigente ao tempo do CC/16 desequilibrada, no que concerne ao regramento do regime da separação de bens. Naquele tempo, sabe-se que o CC/16 previu, dentre os regimes típicos[58], única modalidade intitulada "separação de bens". De acordo com a lei, poderia decorrer da vontade das partes ou por imposição legal. Entretanto, as regras se aplicam especificamente à separação convencional. No sistema normativo cível, poderia ser

[58] O CC/16 previu quatro modalidades típicas de regimes de bens: comunhão universal, separação de bens, comunicação parcial de bens e o regime dotal.

observada a existência de duas espécies distintas de separação de bens: uma que previa a possibilidade de comunicabilidade dos aquestos (artigo 276 e 277 c/c artigo 259) e outra que não a admitia (artigo 258, parágrafo único).

Em suma, as regras do artigo 259 dispõem o seguinte: os consortes que desejassem adotar o regime da separação de bens (convencional), além da necessidade do exercício da autonomia da vontade e da elaboração do pacto antenupcial, onde deve constar cláusula adotando tal regime, seria imprescindível que uma segunda disposição fosse expressamente averbada no contrato: que os bens onerosamente adquiridos na constância do casamento não se comunicassem.

Em relação aos bens onerosamente adquiridos na constância do matrimônio, em razão de não se ter estipulado regra em sentido contrário no pacto, deveria incidir as diretrizes gerais dos princípios dominantes do assunto à época. Segundo a doutrina do período, configurava-se a necessária comunicabilidade dos aquestos.

Quanto ao regime da simples separação, Pereira (1945, p. 121) analisou: “Tal é o princípio dominante do nosso direito: assim que si não ha disposição especial acerca dos adquiridos, elles cahem sob a regra geral”. Ainda dentro desse tema, o mesmo autor citou, *in verbis*: “Matrimonio enim contracto, omnia bona efficiuntur communia, exceptis is de quibus specialiter disponitur per contraente” (PEREIRA, 1945, p. 122, rodapé).

Assim, o artigo 259 do CC/16 gerava dúvidas tanto em sede doutrinária e jurisprudencial, quanto na própria sociedade, diante de sua falta de clareza, devido a necessidade de um casal, diante da opção pelo regime da separação de bens, ainda ter que inserir no contrato pré-nupcial cláusula expressa que excluísse a comunicabilidade dos bens que onerosamente adviessem na constância do matrimônio. Neste sentido, a principal crítica do artigo 259 é de que suas diretrizes são inconciliáveis com a principiologia geral do regime da separação.

Este cenário torna justa a inquietação de parte da doutrina em relação às regras do artigo 259, na constância do matrimônio. Diante da inserção da cláusula de comunicabilidade dos aquestos, quando da separação de bens, na prática, teria a vigência de regras concernentes a outra modalidade de regime intitulada “comunhão parcial”, havendo total afronta à autonomia da vontade e ao direito dos consortes de livremente escolher o regime de bens mais adequado aos seus fins.

Neste contexto histórico regido pelo CC/16, o regime da separação de bens passou a se bifurcar em outros regimes autônomos, em afronta ao texto legal e à vontade das partes. Existia o regime da separação adjetivado como “convencional”, que adviria da

vontade das partes, por meio da confecção do pacto antenupcial. Este ainda poderia se subdividir em duas outras modalidades: Separação "Absoluta", no caso de haver, além do referido pacto, a explícita inserção de cláusula prevendo a não comunicabilidade dos aquestos; e a forma de Separação "Relativa", na eventual possibilidade de inexistir cláusula no pacto que excluísse a comunhão de aquestos (artigo 259 do CC/16)[59].

De acordo com a presença de certos requisitos ali tipificados, existia, ainda, o regime da Separação "Legal" ou "Obrigatória" imposta aos consortes pela lei. Essa modalidade legal do regime, em sua forma original, classificava-se ainda como Separação "Absoluta" de Bens, justamente pelo fato de não se cogitar obrigatoriedade de comunicação dos bens onerosamente adquiridos na constância do casamento[60].

O regime da separação de bens variava em razão de ora se originar da vontade das partes ora da imposição da lei. O STF, Tribunal competente à época para tratar deste assunto, editou a Súmula 377[61], com redação aplicável especificamente ao regime da separação legal de bens, propondo, desse modo, que o regime de bens fosse tratado de forma uniforme[62], independentemente de sua origem.

Alguns aspectos gerais do artigo 259 provoca o questionamento de possíveis fatores que ensejaram o legislador a introduzi-lo no corpo do Código Civil de 1916. Não se nega que, ao analisar o CC/16, o citado artigo aparenta não se acomodar com o sistema erigido, assim como transmite uma sensação de assimetria com relação ao todo normativo. Nesse sentido, compreender os aspectos que influenciaram o autor do anteprojeto que daria origem, mais tarde, ao CC/16, sem dúvidas poderia esclarecer o enigma.

Ao analisar o artigo 259, fica evidente que tal dispositivo não fez parte das ideias originais de Clóvis Beviláqua (1976), o que explicaria em parte o motivo de haver inconsistência na regra trazida pelo artigo. Na realidade, de acordo com o autor, o

---

[59] É sobre essa modalidade de regime de bens, "Separação Convencional Relativa", que as críticas doutrinárias se debruçam ao afirmar que, na verdade, haveria sua equiparação ao já conhecido Regime da Comunhão Parcial.

[60] A situação do instituto do regime da separação de bens se encontrava da seguinte forma consolidado: a) regime da separação convencional ou absoluta de bens – este regime seria adotado através do exercício da autonomia da vontade dos consortes, ao elaborarem o pacto antenupcial inserindo cláusula expressa de opção em adotar tal regime; além disso, segundo artigo 259 do Código Civil de 1916, mister se faz imprescindível a inserção de cláusula, ainda dentro do pacto, de não comunicabilidade dos aquestos (a falta desta cláusula fazia com que os aquestos se comunicassem); b) regime da separação legal ou obrigatória de bens – após a edição da súmula 377 do STF, em todos casos que este regime fosse vigente, os bens onerosamente adquiridos na constância do casamento se comunicaria entre os consortes.

[61] Diz Súmula 377 do STF – "No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento".

[62] Em razão de suas regras ter gerado consequências diretas sob o Regime da Separação Legal ou Obrigatória de Bens, a classificação que antes a este regime era dada "Separação Absoluta" passou, após a vigência da súmula, a ser reconhecida como "Separação Relativa".

mencionado artigo de lei fora resultado de uma emenda parlamentar inserida durante o trâmite do projeto no Congresso Nacional. O autor da emenda foi Anísio de Abreu, relator na Comissão dos 21, em 1901 (Trabalhos da Câmara, Vol VI, página 78) (BEVILÁQUA, 1956, p. 170):

> "Parece desharmonico este dispositivo, num systema, em que se afasta a communhão de bens, em numerosos casos, como os do art. 258. Depois, se os conjuges estipulam regimen exclusivo da communhão, o que se deve suppôr é que não o querem, para os bens que, de futuro, lhe vierem. Como, porém, outra é a solução dada pelo Codigo Civil, cumpre que exprimam, claramente, a sua vontade, quanto aos adquiridos, os nubentes que estipularem qualquer regimen exclusivo da communhão, pois, no silêncio do contracto, entendem-se communs, provenham de titulo oneroso ou gratuito. Applica-se aos adquiridos o mesmo principio, a que estão subordinados os bens trazidos para o casal: na falta de declaração em contrario, entendem-se communs".

Ainda, Pontes de Miranda, ao explicar a classificação do regime da separação de bens, corroborou Clóvis Beviláqua:

> "§ 910. Espécies de separação de bens. 1. Direito anterior. [...] No direito anterior, dois eram os tipos principais de separação de bens: 1 - A separação pura, que resultava de acordo dos cônjuges, e consistia na segregação completa dos bens, de cada cônjuge, quer anteriores, quer posteriores ao casamento. A separação pura era, na vigência do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, art. 89, o regime dos cônjuges separados judicialmente e que se reconciliavam. III - A separação restrita, ou simples, que consistia na incomunicabilidade de todos os direitos e obrigações que a cada um dos cônjuges pertencia ao tempo do casamento, comunicando-se os frutos e rendimentos deles provenientes, e os bens adquiridos na constância da sociedade conjugal. O Código Civil também admite esses dois tipos principais de separação. O Projeto primitivo estatuía, como tipo principal, a separação pura. O Projeto adotado pela Comissão Especial da Câmara (art. 267) inseriu a seguinte regra, que fazia ser o ordinário, não o regime da separação pura, como quisera Clóvis Bevilacqua, mas o da separação simples ou restrita: 'Se o regime não for o da comunhão, no silêncio do contrato prevalecerão os princípios dessa quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento'. No Senado Federal, Rui Barbosa corrigiu a forma e a sua redação é a do atual art. 259 do Código Civil: 'Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento (?!)'" (PONTES DE MORANDA, 2012, p. 445-6).

Assim, Clóvis Beviláqua (1976, p. 170) esclarece sobre a possível fonte histórica de inspiração do dispositivo e se havia alguma outra fonte no direito anterior que poderia ter inspirado a origem do artigo 259 ou, pelo contrário, se sua ideia fora inédita e desapegada de qualquer origem remota:

> **"**Direito anterior – não havia disposição a respeito, e a melhor doutrina sustentava que, se o regimen era de separação, como o dotal, os adquiridos deviam na falta de estipulação em contrario, seguir a natureza do regimen.

> Havia, não obstante bôas autoridades que ensinavam a regra que o Codigo adoptou (Mello Freire, *Institutiones*, II, Tít. 8, § 10)".

Confirma-se que não havia, no Direito Anterior (Ordenações Filipinas), dispositivo análogo ao artigo 259 do CC/16. No entanto, é possível vislumbrar perante as Ordenações Filipinas uma possível fonte histórica de inspiração.

Torna-se possível associar a essência normativa do artigo 259 do CC/16 com a regra prevista no Título XLVI, do Livro IV, das Ordenações Filipinas, conforme interpretação da doutrina majoritária em seu tempo. A tentativa de aproximação dos dois diplomas normativos se faz em relação à essência que subjaz a cada norma, quanto a estrutura ou forma de disposição das leis, pois a discrepância é inegável.

Com isso, quanto ao tema regime de bens, o espírito que orienta ambos os diplomas normativos seria o mesmo, qual seja: a disposição da norma em aplicar regras de comunicação de bens sempre que inexistir disposição expressa das partes em sentido contrário. Cuida-se da permanência das diretrizes que preconizam a comunicabilidade de bens em detrimento das demais.

Dentro dessa perspectiva, o artigo 259 do CC/16, ao menos em sua essência, busca apoio ou inspiração na antiga regra prevista na parte final do Título XLVI, do Livro IV das Ordenações Filipinas. Situação que não se verificou quando da elaboração do Código Civil de 2002.

Respondendo à mentalidade social de ambos os períodos (Ordenações Filipinas e CC/16), há sentido na configuração das regras da comunhão de bens como algo benéfico e protetor da sociedade familiar, que não era alcançado por meio do cultivo da separação de bens, que deveria ser utilizada como exceção.

O sistema de regras de comunicação de bens pode, de certa forma, ensejar algumas incongruências como, por exemplo, ao se questionar a situação experimentada pelo Princípio da Autonomia da Vontade diante de tal realidade. Ainda que, em relação ao regime de bens, o ordenamento tenha adotado as regras da comunhão como central (artigo 258), quando se opta pelo regime da separação, durante o casamento, não subsistiriam argumentos suficientes para impor a prevalência das regras da comunicação no mencionado regime, ainda que subsidiariamente à vontade dos nubentes.

Entretanto, a situação nociva edificada a partir do artigo 259 se intensifica quando se percebe que suas regras não incidem tão somente perante a inexistência da vontade expressa (supletivamente), elas são imperativas e prevalecem sobre a própria autonomia das partes.

Dessa forma, quando os cônjuges adotam a separação de bens, para viger durante a constância do matrimônio, decorreria da lógica que eventuais regras, não expressamente previstas pelos nubentes, e que também fossem ausentes na lei, deveriam obviamente seguir as diretrizes da própria separação de bens, pois se conformaria com a vontade externada das partes. Com maior razão, a lei, instrumento da sociedade para resguardar a vontade das partes, não deveria tolher a opção que fora expressa pelos cônjuges. Com isso, ao prever o artigo 259 do CC/16, o sistema quebra o sentido e a ordem das próprias regras do regime da comunhão de bens para incidir, mesmo contra a vontade das partes, perante um regime legitimamente adotado segundo a expressa manifestação de vontade.

A ordem do CC/16 deveria relevar as prerrogativas de liberdade e autonomia da vontade, que ganharam força de vetores interpretativos de todo arcabouço normativo relacionado ao tema regime de bens, o que daria razão ao Princípio da Variedade de Regimes e da Liberdade dos Pactos.

O artigo 259, por se transvestir de norma de ordem pública e exercer influência sobre a vontade das partes, os motivos eventualmente visados deveriam, obviamente, resguardar valores ou prerrogativas que justificassem tal inserção na vida privada das partes.

No entanto, conforme visto, o artigo 259 objetivava a proteção da mulher contra possível ausência de patrimônio mínimo, perante um hipotético caso de rompimento do matrimônio. A objetividade jurídica justifica as regras do dispositivo na sobreposição da autonomia da vontade? A resposta para tal indagação deve ser respondida à luz da proporcionalidade e razoabilidade.

A ordem jurídica, influenciada pelo patriarcalismo e machismo da sociedade no início do século XX, certamente teria outros meios para proteger o direito da figura da esposa no cenário familiar. Ressalta-se que os meios existentes à época poderiam ser passíveis de resolver o problema da esposa e a garantia do patrimônio mínimo, como também o legislador poderia ter substituído a norma do artigo 259 do CC/16 por outras diretivas. Certamente, se isso tivesse ocorrido, o sistema normativo estaria mais harmonioso e não viciado de tantos esforços hermenêuticos na tentativa de contornar as controvérsias geradas.

Todavia, além da perspectiva nacional constituída a partir das Ordenações Filipinas (parte final do Título XLVI do Livro IV), é possível notar a existência de sistemática idêntica no regime de bens, em território estrangeiro. Clóvis Beviláqua (1956, p. 170) mencionou legislação em vigor quando da elaboração do CC/16, em seu livro dedicado aos

comentários do Código Civil de 1916, trata-se do Código Civil Português de 1857 - "Código Seabra": "Art. 1125 - Se os esposos declararem, que querem casar-se com separação de bens, não se haverá excluída a comunhão nos adquiridos, sem expressa declaração"; e "Art. 1101 - Se os esposos declararem simplesmente, que pretendem casar-se com separação de bens, observar-se-hão as disposições dos artigos 1125º a 1129º"; bem como o Digesto Portuguez, elaborado por José Homem Corrêa Telles, em 1837: "Art. 222 – Não havendo communicação do bem entre os conjuges, devem fazer inventário ou escritura dos bens que cada um leva para o casal" (BEVILÁQUA, 1956, p. 170).

Embora o tema regime da separação de bens não tenha se originado a partir de uma ideia inédita, pois havia anteriormente outro dispositivo que ensejava idêntica prerrogativa: Ordenações Filipinas (Título XLVI do Livro IV) e possível sistemática idêntica no Código Civil Português de 1857, a análise da assimetria ocasionada na prática jurídica incitou o Judiciário a se manifestar, buscando solução ao caso, de início meramente paliativo, consolidou a Súmula 377 do STF.

O enunciado sumular alcançou a finalidade de uniformizar a situação normativa do regime da separação de bens, durante a vigência do CC/16, mas, quando da entrada em vigor do Código Civil de 2002, Súmula 377 se transformou em fator que, diferentemente de sua origem, refletia distinção entre suas espécies convencional e legal.

Neste contexto, entende-se que as origens históricas do artigo 259 do CC/16, e sua aplicabilidade cotidiana, por si já justificam o presente estudo. Na sequência, será apresentada a Separação de Bens na perspectiva da atual legislação.

Seção 3 - Separação de bens no Código Civil de 2002

O presente capítulo tem o objetivo de apresentar o regime da separação de bens a partir da óptica jurídica consubstanciada na vigência do atual Código Civil. Para tanto, o estudo divide-se entre as modalidades convencional e legal, conforme o mencionado regime.

a. Separação convencional de bens[63]

[63] Sobre o tema, correlaciona-se os artigos 1536 a 1539 e 1581 do Código Civil Francês. Ainda sobre isso, vide artigo 1363 e seguintes do BGB (Bürgerliches Gesetzbuch).

Quanto aos aspectos formais do casamento, o artigo 226, §1º da CF estabeleceu que o casamento é civil, sendo gratuita sua celebração. Tal norma não impede a celebração do casamento religioso, mas desde que seja subsequentemente homologado pelo Estado (artigo 226, §2º da CF; Lei 1.110/50; e artigos 71 a 75 da Lei 6015/73) (LÔBO, 2011).

A Constituição Federal (1988, artigo 226, § 4º) ampliou o conceito de família para além do casamento, inserindo o termo entidade familiar, definindo como se estabelecem as relações familiares e o vínculo do casamento. Conferiu proteção ao vínculo monoparental e à união estável (DIAS, 2017).

O casamento se consubstancia na doutrina como ato formal e solene. Deve ser efetivado com as portas abertas com o fito de se evitar a configuração dos vícios de consentimento. Prevalecem os Princípios da Livre União e da Monogamia (LÔBO, 2011).

Os pressupostos para o casamento[64] pressupõem a sua celebração em conformidade com a lei (artigos 1533 a 1535 do CC/02) e o livre consentimento das partes. Eventuais violações de sua forma importam em vício de nulidade (artigo 1548 e 1549) ou de anulabilidade (artigo 1550 e seguintes do CC/02) (DIAS, 2017).

Analisou que, em relação ao histórico da legislação brasileira, no que tange ao rol de regimes de bens colocados à disposição dos nubentes, sempre prevaleceu formas ou espécies de regimes. Ainda, igualmente, estaria correta a afirmação de que a possibilidade de haver a confecção dos chamados "regimes atípicos" sempre marcou presença no

---

[64] Vide artigos 217 a 219 do Código Civil Italiano: "*Art. 217 Amministrazione e godimento dei beni. Ciascun coniuge ha il godimento e l'amministrazione dei beni di cui è titolare esclusivo. Se ad uno dei coniugi è stata conferita la procura ad amministrare i beni dell'altro con l'obbligo di rendere conto dei frutti, egli è tenuto verso l'altro coniuge secondo le regole del mandato (1710, 1718). Se uno dei coniugi ha amministrato i beni dell'altro con procura senza l'obbligo di rendere conto dei frutti, egli ed i suoi eredi, a richiesta dell'altro coniuge o allo scioglimento o alla cessazione degli effetti civili del matrimonio, sono tenuti a consegnare i frutti esistenti e non rispondono per quelli consumati. Se uno dei coniugi, nonostante l'opposizione dell'altro, amministra i beni di questo o comunque compie atti relativi a detti beni risponde dei danni e della mancata percezione dei frutti. Art. 218 Obbligazioni del coniuge che gode dei beni dell'altro coniuge Il coniuge che gode dei beni dell'altro coniuge è soggetto a tutte le obbligazioni dell'usufruttuario (1001). Art. 219 Prova della proprietà dei beni Il coniuge può provare con ogni mezzo nei confronti dell'altro la proprietà esclusiva di un bene. I beni di cui nessuno dei coniugi può dimostrare la proprietà esclusiva sono di proprietà indivisa per pari quota di entrambi i coniu*gi". Em uma tradução livre: "Art. 217 Administração e uso de bens. Cada cônjuge goza e administra os bens de que seja o único proprietário. Se um dos cônjuges tiver recebido procuração para administrar os bens do outro com a obrigação de prestar contas pelos benefícios, ele é mantido em relação ao outro cônjuge de acordo com as regras do mandato (1710, 1718). Se um dos cônjuges administrou os bens do outro com procuração sem a obrigação de prestar contas dos benefícios, ele e seus herdeiros, a pedido do outro cônjuge ou após a dissolução ou extinção dos efeitos civis do casamento, são obrigados a entregar os frutos existentes e não responder pelos consumidos. Se um dos cônjuges, apesar da oposição do outro, administrar os bens deste ou, em todo o caso, praticar atos relativos a esses bens, é responsável pelos danos e pela falta de recebimento das prestações. Art. 218. Obrigações do cônjuge que goza dos bens do outro cônjuge O cônjuge que goza dos bens do outro cônjuge está sujeito a todas as obrigações do usufrutuário (1001). Art. 219. Prova de propriedade de bens O cônjuge pode provar, por qualquer meio, a propriedade exclusiva de um bem contra o outro. Os bens dos quais nenhum dos cônjuges pode provar a propriedade exclusiva são propriedade indivisa de ambos os cônjuges por uma parte igual".

ordenamento civil nacional. Essa peculiaridade fazia com que o casal não ficasse algemado apenas aos casos expressamente estabelecidos em lei (DIAS, 2017).

Lôbo (2011) alertou que os regimes tipificados em lei, por cada um dos sistemas normativos civis que marcaram ou marcam a realidade brasileira, sempre há um rol não taxativo. O atual Código Civil optou por adotar os seguintes regimes de bens típicos: "regime de comunhão parcial" (artigos 1658 a 1666); "regime de comunhão universal" (artigos 1667 a 1671); "regime de participação final nos aquestos" (artigos 1672 a 1686); e, por fim, "regime de separação de bens" (artigos 1687 e 1688)[65].

Citou que, quanto ao texto revogado no Código Civil de 1916, os regimes típicos implementados foram: "regime da comunhão universal" (artigos 262 a 268); "regime da comunhão parcial" (artigos 269 a 275); "regime da separação" (artigos 276 a 277); e o "regímen dotal" (artigos 278 a 311).

Nesse sentido, o atual Código Civil[66] estabeleceu: "Art. 1655. É nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei". Exemplificando, quando da confecção do pacto antenupcial, os consortes devem se ater aos limites da ordem pública, sendo-lhes vedado o estabelecimento de cláusulas que contrariem regras dessa envergadura, sob pena desses acordos terem nulidade absoluta (MACHADO; CHINELATO, 2017).

b. Separação legal[67]

---

[65] Lôbo (2011, p. 319), ao comparar a realidade brasileira com a alemã, afirmou: "Ao contrário dos direitos brasileiro e francês, o direito alemão limita a liberdade dos nubentes à escolha dos tipos previstos na lei, sem poder modificá-los ou construir tipo novo". Ainda, de acordo com Schluter (2002, p. 160): "vale o princípio da limitação dos tipos (*numerus clausus* dos tipos de regime de bens modelados na lei). Portanto, não pode ser acordado um regime de bens que não está previsto no Código Civil alemão, bem como não é permitido o surgimento de regime de bens mistos, nos quais elementos característicos dos diversos regimes de bens são misturados entre si".

[66] Corroborando tal entendimento, os artigos 145 do CC de 1916 e 166 do CC de 2002: "Art. 145. É nulo o ato jurídico: I. Quando praticado por pessoa absolutamente incapaz (art. 5). II. Quando for ilícito, ou impossível, o seu objeto. III. Quando não revestir a forma prescrita em lei (arts. 82 e 130). IV. Quando for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade. V. Quando a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito"; "Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção".

[67] Conferir artigo 193 do Código Civil Italiano: "*Art. 193 Separazione giudiziale dei beni. La separazione giudiziale dei beni può essere pronunziata in caso di interdizione (417) o di inabilitazione (414) di uno dei coniugi o di cattiva amministrazione della comunione. Può altresì essere pronunziata quando il disordine degli affari di uno dei coniugi o la condotta da questi tenuta nell'amministrazione dei beni mette in pericolo gli interessi dell'altro o della comunione o della famiglia, oppure quando uno dei coniugi non contribuisce ai bisogni di questa in misura proporzionale alle proprie sostanze o capacità di lavoro. La separazione può essere chiesta da uno dei coniugi o dal suo legale rappresentante. La sentenza che pronunzia la separazione*

No atual Código Civil (CC/02), não se apresentou novo conceito do casamento, mas foram estipulados requisitos de celebração, direitos e deveres dos nubentes e regras aplicáveis aos regimes de bens (DIAS, 2017). Com relação à natureza jurídica do casamento, predomina o dissenso na doutrina. Há três teorias: institucionalista, contratualista e eclética (PEREIRA, 2017).

A Teoria Institucionalista defende o ato jurídico, já que seus efeitos decorrem da lei, e não propriamente da vontade dos nubentes (GONÇALVES, 2014).

Para a Teoria Contratualista, o casamento é um contrato *sui generis*, em que se dá maior ênfase na fase anterior à formação do vínculo (antes da celebração). Tem sua base na lei e no afeto, em que a proteção estatal está na vontade entre os nubentes para o casamento, podendo ser ou não do mesmo sexo, produzindo efeitos no âmbito pessoal, social e patrimonial (GONÇALVES, 2014).

A teoria eclética considera elementos das duas anteriores (GONÇALVES, 2017). Para Monteiro (1978), o casamento deveria ser reconhecido como o fundamento da sociedade e a base da moralidade pública e privada. Miranda (2012) referiu que o casamento seria nada mais do que uma relação ética.

Para Solimene (2015, p. 188), consolidando alguns conceitos doutrinários, afirmou que "o conceito de casamento girava ao redor de lineamentos consuetudinários coincidentes: uma união de pessoas, em acordo com a lei, com fins específicos, comunhão de vida, mutua assistência, legalização das relações sexuais, reprodução, prole, educação e apoio material aos filhos". Explicou ainda que:

> "A diversidade de sexos como elemento nuclear do tipo, é matéria recentemente superada, admissível em território nacional o casamento homoafetivo. Cf. julgamentos no Col. STF, da ADPF 132/RJ e da ADI n 4.277/DF, em que o rel. Min Ayres Britto. A jurisprudência do E. STJ igualmente já se consolidou no sentido de dar interpretação extensiva ao artigo 226, §3º, da CF (confira-se o esclarecedor EResp 1.183.378/RS, em que o Rel. Min. Luiz Felipe Salomão)

---

retroagisce al giorno in cui è stata proposta la domanda ed ha l'effetto di instaurare il regime di separazione dei beni regolato nella sezione V del presente capo, salvi i diritti dei terzi. La sentenza è annotata a margine dell'atto di matrimonio e sull'originale delle convenzioni matrimoniali (2653)". Em tradução livre se lê: "Art. 193 Separação judicial de bens. A separação judicial de bens pode ser pronunciada em caso de interdição (417) ou incapacitação (414) de um dos cônjuges ou de má administração da comunidade. Também pode ser pronunciada quando a desordem dos negócios de um dos cônjuges ou a conduta deste último na administração dos bens põe em perigo os interesses do outro ou da comunidade ou da família, ou quando um dos cônjuges não contribui para as necessidades deste último. em proporção à sua substância ou capacidade de trabalho. A separação pode ser solicitada por um dos cônjuges ou seu representante legal. A sentença que profere a separação tem efeito retroativo à data da proposição do pedido e tem por efeito estabelecer o regime de separação de bens regulado no inciso V deste capítulo, sem prejuízo dos direitos de terceiros. A sentença é anotada na margem da certidão de casamento e no original dos acordos de casamento (2653)".

> orientação, aliás, incorporada pelo Conselho Nacional de Justiça, com a edição da Resolução n 175/2013" (SOLIMENE, 2015, p. 188).

Conforme Dias (2016), o viés sacramental do casamento foi minimizado pelo ordenamento jurídico nacional e internacional. No Brasil, a Emenda Constitucional n. 66 de 2010 dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolução extrajudicial do vínculo matrimonial pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

O antigo Código de Processo Civil, no artigo 1124-A, trata da separação consensual e do divórcio consensual, com a possibilidade de dissolução extrajudicial do vínculo matrimonial, observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública. No atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), a regra está repetida em seu artigo 7[68] (DIAS, 2017).

Diniz (2004) definiu "regime de bens" como normas aplicáveis às relações de cunho patrimonial e de interesse econômico durante o matrimônio ou união estável, sob o aspecto de propriedade ou da administração desses bens. Os cônjuges devem optar por um dos regimes legalmente tipificados no Código, ou outro atípico, através do pacto antenupcial ou contrato de convivência. Além de estipular, antes da celebração do casamento, quanto ao patrimônio, o que lhes aprouver (CC/02, caput do artigo 1639; e CC, 1916, caput do artigo 256)[69].

Referiu que, no casamento, a opção pelo regime deve forçosamente ser feita antes do processo de habilitação (CC/02, artigo 1525 e seguintes). E que, de acordo com o Código Civil (CC/02, artigo 1528), "é dever do oficial do registro esclarecer os nubentes a respeito dos fatos que podem ocasionar a invalidade do casamento, bem como sobre os diversos regimes de bens".

Alertou que, após escolha do regime, devem se dirigir ao Tabelionato de Notas para a lavratura do pacto por meio de escritura pública. Após sua feitura, deve tal instrumento

---

[68] "Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731l".

[69] Dispositivos: "Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. § 1o O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento". [...]; "Art. 256. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver (arts. 261, 273, 277, 283, 287 e 312) [...]".

ser registrado junto ao Cartório de Registro de Imóveis do domicílio do casal, logo após a celebração do casamento (CC/02, artigo 1657; e CC, 1916, artigo 261)[70].

Segundo Tabach (2015, p. 775), o pacto antenupcial é: "[...] o contrato em que os nubentes fazem disposições de cunho patrimonial para regular a circulação de riquezas entre o casal e entre estes e terceiros. É possível adotar algum dos regimes de bens previstos em lei ou criar um regime misto ou híbrido com regras estabelecidas pelo próprio casal".

Salientou que o pacto possui natureza negocial e solene, além de ser considerado facultativo. Este, quando confeccionado pelo casal diante do tabelião, fica sob condição suspensiva até que o casamento seja finalmente celebrado, pois a lei determina que o contrato antenupcial deve ser feito por escritura pública, para não haver nulidade, e necessariamente deve se seguir o casamento (CC/02, artigo 1639, §1º)[71], sob pena de sua ineficácia (CC/02, artigo 1653)[72]. Ainda, sobre a nulidade, o pacto não pode conter cláusulas que contradigam normas de ordem pública (CC/02, artigo 1655)[73].

Referiu que o contrato convivencial da união estável elegerá o regime de bens a ser adotado, pode ser celebrado por instrumento público ou particular, dado que a lei foi silente a esse respeito. Pode ser celebrada antes ou após o início do período de convivência do casal, e não se exige que haja seu registro junto ao Cartório de Registro Imobiliário[74].

---

[70] "Art. 1.657. As convenções antenupciais não terão efeito perante terceiros senão depois de registradas, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges"; Art. 261. "As convenções antenupciais não terão efeito para com terceiros senão depois de inscritas, em livro especial, pelo oficial do registro de imóveis do domicílio dos cônjuges (art. 256)".

[71] "Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. § 1o O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento".

[72] "Art. 1.653. É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento".

[73] "Art. 1.655. É nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei".

[74] É o que dispõe o Informativo de número 595 do STJ, relativamente ao REsp 1.459.597-SC (Rel. Min. Nancy Andrighi, por unanimidade, julgado em 1/12/2016, DJe 15/12/2016): "INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR Cinge-se a controvérsia em dizer se o contrato de convivência estatuído entre as partes, sem registro público, dispondo sobre o estabelecimento de união estável e regulando as relações patrimoniais de forma similar à comunhão universal, é válido, notadamente no que toca à comunhão universal dos bens. Inicialmente, cumpre esclarecer que aos conviventes foi outorgada liberdade para acordar sobre as relações patrimoniais do casal, podendo firmar contrato particular de convivência, desde que pautado nos requisitos de validade do negócio jurídico regulado pelo art. 104 do Código Civil: capacidade dos agentes, ocorrência de vício de vontade ou vício social, licitude do objeto e forma prescrita em lei. Quanto a esse último requisito – que para o Tribunal de origem deixou de ser observado, porquanto entendeu que incidiria, à espécie, o disposto no art. 1.640 do CC, quanto à obrigatoriedade de escritura pública –, é de se anotar que, diferentemente do que ocorreu na regulação do regime de bens dentro do casamento, o Código Civil, no que toca aos conviventes, fixou a exigência de contrato escrito para fazer a vontade destes, ou a incidência do regime de comunhão parcial de bens, na hipótese de se quedarem silentes quanto à regulação das relações patrimoniais. Em que pese a válida preocupação de se acautelar, via escritura pública, tanto a própria manifestação de vontade dos conviventes quanto possíveis interesses de terceiros, é certo que o julgador não pode criar condições onde a lei estabeleceu o singelo rito do contrato escrito. Nesse particular, é significativo destacar que nem a regulação do registro de uniões estáveis por oficial de registro civil das pessoas naturais,

Alertou que o Código Civil determina: não havendo pacto será nulo ou ineficaz[75], aplicar-se-á o regime da separação parcial de bens (CC/02, artigo 1640)[76], regra semelhante para a hipótese da união estável (CC/02, artigo 1725)[77].

Atualmente, no Brasil (CC/02), o regime obrigatório manifesta-se a partir da imposição da separação de bens nas hipóteses taxativamente elencadas pelo artigo 1641. É outra forma legal para restringir a liberdade de escolha do regime pelo Direito, quando do estabelecimento de normas, pelo Código Civil, que obrigam os consortes a adotarem, caso venham a contrair núpcias, uma determinada forma de regime[78] (FARIA; ROSENVALD, 2017).

Tepedino, Barbosa e Moraes (2012) argumentaram que, na doutrina nacional, as disposições contidas entre os artigos 1639 e 1652 do atual Código Civil (2002) constituem normas de ordem pública e, portanto, interrogáveis pela vontade das partes, configurando aquilo que se intitula "regime matrimonial primário". Essas normas disciplinam a organização e o funcionamento econômico da vida conjugal, devendo, assim, ser aplicadas de maneira idêntica a todos os casais, independentemente do regime de bens por eles escolhido.

Alertaram que, nesta abordagem doutrinária, em caso de omissão dos consortes quanto à escolha do regime de bens, ou quando esta for considerada nula ou ineficaz, incidir-se-iam as normas estabelecidas pelo denominado "regime suplementar", "supletivo" ou "legal" de bens. Portanto, o escopo central seria o de apresentar um conjunto mínimo de regras que passariam a reger a esfera patrimonial do casal durante a vida conjugal, na eventualidade de não existir, ou de não prevalecer, a manifestação de vontade nesse sentido, ou, também, quando não decorrer da lei a imposição de um determinado regime obrigatório de bens, conforme se constata no artigo 1641 do CC/02 e parágrafo único do artigo 258 do CC, 1916.

---

feita pelo CNJ, por meio do Provimento 37/14, exige que a união seja averbada no registro imobiliário correspondente ao dos bens dos conviventes. Assim, se atendidos os requisitos de validade do negócio jurídico entabulado, o contrato de convivência é válido".

[75] Essa condição está adstrita ao plano de validade ou de eficácia dos atos jurídicos em geral.

[76] "Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial. Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais esc olhas".

[77] "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".

[78] No caso do CC de 1916, o regime obrigatório também era o da separação de bens, e sua base era prevista pelo artigo 258, paragrafo único.

Para Lamenza (2017), na hipótese de não haver a elaboração do pacto antenupcial, relativo ao regime supletivo de bens, a doutrina regra: "Sem pacto antenupcial, o regime que deve constar do registro de casamento é o legal dispositivo (comunhão parcial), configurando mero erro material a referência a outro regime, a ser corrigido por mandado judicial"[79].

Lamenza (2017) asseverou que o regime de bens legal ou supletivo, adotado pelo atual Código Civil, consiste no regime da comunhão parcial, conforme se depreende do artigo 1640, caput[80]. Já diante do revogado CC, 1916, inicialmente, eram as regras do regime da comunhão universal que se transvestiam da forma supletiva do regime de bens, mas que a contar das alterações trazidas pelo artigo 50, VII, n. 7 da Lei 6515 de 1977, a comunhão parcial de bens passou a ser considerada como regime legal do sistema da época, o fato que se perpetuou até a promulgação do atual Código[81].

Lamenza (2017, p. 1440) referiu, em comentário ao artigo 1640, caput do CC/02, que:

---

[79] O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem acórdão no sentido (AC. 70006423891): "EMENTA: ALVARÁ JUDICIAL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA LAVRAR ESCRITURA PÚBLICA DE PACTO ANTENUPCIAL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ALTERAÇÃO DE REGIME. DESNECESSIDADE DE ESCRITURA PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA. 1. Ainda que igual pedido tenha sido formulado anteriormente pelo casal recorrente, inexiste coisa julgada a obstaculizar o curso do processo, já que é outra a causa de pedir e a superveniente alteração da lei civil torna viável a pretensão. 2. Não tendo havido pacto antenupcial, o regime de bens do casamento é mesmo o da comunhão parcial, sendo nula a convenção acerca do regime de bens, quando não constante de escritura pública, e constitui mero erro material na certidão de casamento a referência ao regime da comunhão universal. Inteligência do art. 1.640 NCCB. 2. A pretensão deduzida pelos recorrentes que pretendem adotar o regime da comunhão universal de bens é possível juridicamente, consoante estabelece o art. 1.639, §2º, do NCCB e as razões postas pelas partes são bastante ponderáveis, constituindo o pedido motivado de que trata a lei e que foi formulado pelo casal. Assim, cabe ao julgador a quo apreciar o mérito do pedido e, sendo deferida a alteração de regime, desnecessário será lavrar escritura pública, sendo bastante a expedição do competente mandado judicial. O pacto antenupcial é ato notarial; a alteração do regime matrimonial é ato judicial. 3. A alteração do regime de bens pode ser promovida a qualquer tempo, de regra com efeito ex tunc, ressalvados direitos de terceiros. Inteligência do artigo 2.039, do NCCB. 4. É possível alterar regime de bens de casamentos anteriores à vigência do Código Civil de 2002. Recurso provido. (SEGREDO DE JUSTIÇA)(Apelação Cível, Nº 70006709950, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em: 22-10-2003). Assunto: 1. REGIME DE BENS. ALTERACAO. POSSIBILIDADE. CABIMENTO. REQUISITOS. 2. EFEITOS. EX TUNC. EX NUNC. RETROATIVIDADE. 3. INOCORRENCIA. NAO CARACTERIZACAO. DESNECESSIDADE. 4. DISPOSICOES DOUTRINARIAS. DOUTRINA. 5. LEGISLACAO APLICAVEL. NOVO CODIGO CIVIL. (SEGREDO DE JUSTICA). Referência legislativa: CC-230 DE 1916. CC-256 INC-I DE 1916. CC-258 DE 1916. CC-1640 DE 2002. CC-1639 PAR-2 DE 2002. CC-2039 DE 2002. Jurisprudência: APC 70006423891".

[80] Artigo 1640, caput do CC/02: "Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial".

[81] Redação originária do caput do artigo 258 do CC de 1916: "Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal". Com a vigência do artigo 50, VII, n. 7 da L 6515, o mesmo dispositivo do CC de 1916 passou a estabelecer a seguinte regra: "Art. 258 - Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial".

> "O estabelecimento do regime de bens pelos nubentes constitui faculdade. Caso não a exerçam, optando pelo silêncio, estarão eles subordinados ao denominado regime legal, fixando-se o regime de comunhão parcial. Igual consequência resultará da convenção nula (estabelecida em desrespeito a princípios de ordem pública, conforme o art. 1.655 do CC) ou ineficaz (no caso de não ser celebrado o matrimônio). O regime legal estabelecido pelo CC/1916 era o da comunhão universal de bens, mas o art.50, VII, da Lei n.6.515/77, o modificou para o da comunhão parcial, o que subsiste até hoje".

Os artigos 255 a 261 do CC, 1916 e artigos 1653 a 1657 do CC/02 corroboram os requisitos que foram exigidos pela lei para a escolha do regime de bens, determinando, explicitamente, que a opção por um regime deve ser realizada através da elaboração do pacto antenupcial.

CAPÍTULO 2 - FUNDAMENTOS TEÓRICOS

Seção 1 - Condomínio e comunhão

Os conceitos de condomínio e comunhão se diferenciam. Têm ponto de contato entre eles, mas o exato sentido de tais institutos contribui no entendimento da abrangência das regras sobre “bem comum” e “bem particular”, elementos para compreender o “regime de bens” e o significado alcançado pelo termo “separação de bens” e as consequências advindas da Súmula 377 do STF (MACHADO; CINELATTO, 2017).

O termo “comunhão” é um gênero, cujo conceito traduz como sendo qualquer direito que pertença, concomitantemente, a mais de uma pessoa. Assim, dentro dessa ótica, o termo “comunhão” tem uma perspectiva ampliada, e “condomínio”, na realidade, é uma espécie, dentro gênero “comunhão” (DINIZ, 2004).

Comunhão patrimonial se afigura quando preexistente em determinado cenário e regras, cujas diretrizes tenham sido delineadas segundo os ditames do regime de bens vigente. O instituto da “comunhão” é aquele que se materializa e rege as relações entre os próprios cônjuges, no que tange ao patrimônio auferido por cada um, quer tenha se originado antes ou durante o matrimônio, mas a efetiva importância da regra, em muitos casos, passa a ser percebida quando do eventual término da relação conjugal, instante este em que se apurará os haveres do casal (MACHADO; CHINELATO, 2017).

O denominado “mancomunhão” (“Gesamte Hand”) ou “condomínio de mão única”, “fechada” ou “mão-comum”, é o estado de indivisão pela qual permanecem os haveres do casal obtidos durante o casamento, os cônjuges exercem a propriedade comum sob tais bens por inteiro e não, como alguns afirmam, por quotas ou frações ideais (PONTES DE MIRANDA, 2002).

A “mancomunhão” somente existe sob os bens do casal que se intitula “patrimônio comum”, podendo se conformar em bens que os consortes trazem de seus patrimônios individuais, ao decidirem contrair núpcias, e os bens adquiridos onerosamente durante a sociedade conjugal (aquestos) (DIAS, 2007).

Como regra, o instituto da “comunhão”, nos regimes da comunhão total e comunhão parcial, tem a existência marcada, inicialmente, na celebração do casamento (artigo 1639, §1º do CC/02) e se encerraria com o próprio término do regime de bens. No entanto, em debate da doutrina e da jurisprudência, há possibilidade de persistir hígida a comunhão, em relação ao patrimônio comum, no término formal da sociedade conjugal ou

até que se consuma no plano fático, quando da divisão dos bens que advieram eventualmente do regime de bens (NETO; SIMÃO, 2015).

A figura do "condomínio" foi definida como a espécie de comunhão que recai sobre o direito de propriedade, instituto de tradição romana que serviu de inspiração para a construção do Livro III da Parte Especial do Código Civil, intitulado "Dos Direitos das Coisas" e também denominado "copropriedade", explicada em função da evolução pela qual passou a noção de "propriedade" ao longo dos tempos (MACHADO; CHINELATO, 2017).

Historicamente, o condomínio foi concebido como direito exclusivo e exercido por uma pessoa em relação a um determinado bem. Entretanto, tal ideia, inicialmente construída pelos romanos, passou a ceder, paulatinamente, às inúmeras situações da vida cotidiana que demandavam outra perspectiva em sua definição. Portanto, a noção de "propriedade" evoluiu com a história, culminando na noção atual, de modo a permitir que único bem seja titularizado por mais de um proprietário (DIAS, 2007).

Diante do conceito de "propriedade", exigiu-se do Direito Romano medidas novas regras em seu sistema. Desenvolveu-se o chamado "condomínio românico", em que se estabeleceu a "Teoria das Propriedades Plúrimas Parciais", definida pela doutrina por Diniz (2004, p. 205):

> "'Teoria das propriedades plúrimas parciais', para a qual cada condômino só é dono apenas de sua parte ideal, havendo no condomínio diversas propriedades intelectualmente parciais, cuja reunião é que daria origem ao condomínio. [...] o instituto da 'mancomunhão' (comunhão em sentido estrito) foi adotada a teoria doutrinariamente conhecida como 'condomínio germânico', e cuja base teórica que lhe servira de sustentação ficou conhecida como Teoria da Propriedade Integral ou Total. [...] que vislumbra no condomínio um só direito, de maneira que cada condômino tem direito à propriedade sobre toda a coisa, sendo que o exercício desse direito é limitado pelo direito dos demais consortes. Adepto desta doutrina é Scialoja, ao asseverar que o condomínio constitui relação de igualdade, que mutuamente se limitam" (DINIZ, 2004, p. 205).

À primeira vista, dentro do conceito de "condomínio", utilizado pelo Direito das Coisas, percebe-se que os condôminos possuem direitos iguais sobre o bem, porém, quantitativamente diferentes em razão de suas frações ou quotas:

> "O direito de propriedade dos condôminos incide sobre todo o bem em face de terceiros, cada titular pode exercer os poderes de proprietário em toda sua extensão. Não obstante, quando confrontados entre si, o direito de cada condômino é limitado pelo dos demais, na medida de quotas ou frações ideais que nada mais são do que expressões econômicas do direito de cada condômino (MONTEIRO, p. 250).

> [...]
> Na partilha de frutos ou débitos entre condôminos, pois, deverão ser observadas as quotas de cada um (NETO; SIMÃO, 2015, t. I, p. 223)".

Ainda nesse sentido, Diniz (2004, p. 78):

> "Temos condomínio 'quando a mesma coisa pertence a mais de uma pessoa, cabendo a cada uma delas igual direito, idealmente, sobre o todo e cada uma de suas partes'. Concede-se a cada consorte uma quota ideal qualitativamente igual da coisa e não uma parcela material desta; por conseguinte, todos os condôminos têm direitos qualitativamente iguais sobre a totalidade do bem, sofrendo limitações na proporção quantitativa em que concorrem com os outros comunheiros na titularidade sobre o conjunto. Deveras, as quotas-partes são qualitativamente iguais e não quantitativamente iguais, pois sob esse prisma, a titularidade dos consortes é suscetível de variação".

Ao ser traçado um paralelo, relativamente ao tipo de teoria utilizada pelo instituto do "condomínio", para explicar a reação existente entre o próprio bem e eventuais titulares desse direito, torna-se possível afirmar que foi adotada a noção de "condomínio românico", cuja sistemática, no geral, tomaria por base as ideias trazidas pela conhecida Teoria das Propriedades Plúrimas Parciais (DINIZ, 2004).

Embora se negue a presença dos traços inerentes ao conceito de "condomínio germânico", quando se estuda o conceito de "comunhão", em seu sentido estrito, ressalta-se que a maneira pela qual o primeiro dos institutos ("comunhão", em seu sentido estrito) vem sendo aplicado hoje, diferencia-se concretamente daquela pela qual teria sido "condomínio germânico" concebido em sua origem, pelos povos germânicos (DINIZ, 2004).

No regime de bens, as regras do Direito de Família prevalecem, em contraposição ao campo do Direito das Coisas, que, em suma, possui sistema principiológico diferenciado e apto a orientar a aplicação e interpretação de suas normas de forma diversa daquela que vigora no bojo do Direito de Família. Diferentemente do "condomínio germânico", em que os bens em comunhão ficavam sob a administração de um ente diverso de seus proprietários, durante o matrimônio, o patrimônio comum ficaria diretamente submetido à administração do casal, segundo as regras, obviamente, traçadas pelo Código Civil (NETO; SIMÃO, 2015).

Os bens, que constituem a sistemática geral dos 'regimes de bens', especialmente o denominado "patrimônio comum", têm vigentes, concomitantemente, dois sistemas de regras independentes entre si, e que por vezes geram inúmeras dúvidas entre os operadores Direito. Uma dessas sistemáticas é composta de regras pertencentes ao campo do Direito

de Família e, de outro lado, também pairam sobre tais bens um sistema mantido por regras concernentes ao Direito das Coisas, cujo escopo central estaria a finalidade de apenas apontar a propriedade, sob a luz dos Direitos Reais, dos bens que compõem o grupo do "patrimônio comum" e do "patrimônio particular" (FARIA; ROSENVALD, 2017).

Seção 2 - Bem comum e bem particular

A comunhão plena de vida entre o casal (artigo 1511 do CC/02) é reconhecida quando da celebração do casamento ou da constituição da união estável. É possível identificar duas classes de efeitos emanados, estabelecidos ou pela norma ou pela vontade das partes: uma de cunho pessoal, que preconiza os direitos e obrigações do casal ("estatuto pessoal"); e, outra, de caráter patrimonial, representando o complexo normativo que rege o patrimônio dos cônjuges, intitulada, doutrinariamente, de "Estatuto Patrimonial" (FACHIN, 2006).

O estatuto patrimonial do casal é responsável por estabelecer os direitos e obrigações do casal, na esfera patrimonial, assim como determinará quais bens seriam tidos como "comum" e quais outros seriam "particulares" (FACHIN, 2006).

As normas sobre a comunicabilidade dos bens durante o casamento ou união convivencial vêm estabelecidas, principalmente, dentro das próprias regras do regime de bens adotado, resguardado ao casal a possibilidade de alterá-las mediante a confecção de pacto antenupcial ou contrato de convivência (MONTEIRO, 1978).

Identificar, adequadamente, a categoria de bens comuns e particulares tem especial relevância quando do eventual término do casamento ou união estável, ocorrido durante a vida dos nubentes ou em caso de morte de qualquer deles (NADER, 2016).

Somente os "bens" podem se classificar dentro das categorias comum ou particular. O "Bem" é todo tipo de "coisa", dotado de valor patrimonial. Os "bens" podem ser identificados como uma espécie da categoria das "coisas" (gênero). E, por "patrimônio", seria a denominação dada a um dado conjunto de bens (MONTEIRO, p. 35).

Na seara do Direito de Família, o conceito de "bem comum" ganha relevância especial, pois serve para identificar todas as coisas que, dotadas de valor econômico, passam a integrar o "patrimônio comum" do casal. Este tem por escopo apontar os bens que se comunicam, pois em havendo o término do casamento, ou união convivencial, tais bens seriam passíveis de divisão entre o casal, independentemente de estar registrado ou em poder de apenas um dos consortes. Nesse sentido, Neto (2015, p. 147) apontou na

doutrina: “o direito de família, a expressão bem comum assume um significado particular: indica todas as coisas com valor econômico que, integrando o patrimônio comum, se sujeitam à partilha no caos de dissolução do casamento ou da união estável”.

Já os “aquestos” são o conjunto de bens adquiridos durante a constância do casamento ou união estável, dotados de valor econômico. Os “bens particulares” são todos aqueles que, integrando exclusivamente à categoria do “patrimônio particular” de cada consorte, não se submete à divisão em caso de eventual término do casamento ou união estável, pois entre eles não há a comunicabilidade do casal (PEREIRA, 2009).

O conceito de bens reservados da mulher, em decorrência do Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4121/62), foi uma categoria que vigeu até a promulgação da CF-1988. Nesse período, os bens integrariam à categoria dos bens particulares da mulher (PEREIRA, 2009, p. 147-8).

Dois outros conceitos poderiam ser extraídos: o de “comunhão” (ou “mancomunhão”) e o de “condomínio”. E a presença da figura dos “bens comuns” seria de presença típica dentre os regimes da comunhão universal, comunhão parcial e participação final nos aquestos (RODRIGUES, 1980).

Tais regimes, respeitadas suas regras inerentes, podem sofrer variações entre si, sendo considerados como possuidores de normas que determinam que a comunicabilidade dos aquestos (bens onerosamente adquiridos na constância do casamento ou união estável) (RODRIGUES, 1980).

De acordo com o atual Código Civil (art. 1686 e 1687)[82], no regime da separação de bens não há “bens comuns”, somente os pertencentes à classe dos “bens particulares”, sejam estes já possuídos por cada cônjuge no momento do casamento ou, ainda, aqueles que forem adquiridos durante a vida em comum (PELUSO, 2018).

Ainda em se tratando da separação de bens, conforme a Súmula 377 do STF, a lógica dos eventos indica que a figura dos “bens comuns” passou a integrar também as regras desse regime. Enfatiza-se que a alteração abrupta do regime não se deu por lei, mas por interpretação jurisprudencial e por influência da doutrina majoritária (SIMÃO, 2008).

[82] “Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real”; “Art. 1.688. Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial”.

O regime da separação de bens, de acordo com seus lineamentos determinados pelas Ordenações Filipinas[83] e Código Civil de 1916[84], havia margem legal que possibilitava a comunicabilidade dos aquestos entre os consortes, durante a vida conjugal, mas também possibilitava às partes, por expressa manifestação de vontade formalizada em pacto antenupcial, o afastamento desse evento (BEVILÁQUA, 1976).

Em razão dessa diferença percebida, no que concerne ao regime da separação, existente entre o CC/02, CC/16 e Ordenações Filipinas, que se firmou o entendimento de se bifurcar em "separação simples" (ou "simples separação") e "separação absoluta" A primeira permitiria a existência dos aquestos e sua comunicabilidade entre os consortes; o segundo, ao contrário, não conferia, em suas regras, a ocorrência de tal fenômeno (BEVILÁQUA, 1976).

No atual ordenamento, no regime da separação de bens, como regra, não deveria existir a classe dos "bens comuns", mas a dos "bens particulares", quando se analisa a separação convencional. Entretanto, quando se refere à separação legal ou obrigatória, e em função de ainda se aplicar a Súmula 377 do STF, o regime legal passou a gozar de duas categorias de bens: "particulares" e "comuns", quando onerosamente fossem adquiridos durante o casamento ou união estável. Tal efeito ensejou em uma distorção no sistema e acabou transformando o regime em algo semelhante ao "regime da comunhão parcial de bens", por interpretação jurisprudencial, influenciada pela doutrina, mas sem a lei. Nesse sentido, ferindo o Princípio da Legalidade (artigo 5º, caput e inciso da Constituição Federal)[85] (NEVARES, 2014).

Os bens comuns são aqueles que se comunicam entre os consortes durante a vida matrimonial ou convivencial, e cuja principal consequência seria a necessidade da divisão dessa classe patrimonial entre os consortes quando do eventual término da relação. Já os bens particulares seriam aqueles que, a despeito de já pertencerem a cada cônjuge antes mesmo do casamento ou da união estável, continuaria a pertencer igualmente a eles em caso do rompimento da vida em comum, e que, por óbvio, não ensejaria sua divisão entre as partes (DIAS, 2017).

---

[83] Livro IV, Título XXVI: "salvo quando entre as partes outra cousa foi acordada e contractada, porque então se guardará o que for entre elles contractado".

[84] No CC/16, a base desse argumento tinha previsão em seu artigo 259, cuja redação era no seguinte sentido: "Art. 259. Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento".

[85] "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: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Seção 3 - Direito Obrigacional e Direito de Família

Para se compreender a dimensão da súmula 377 do STF, o conceito do "esforço comum" do Direito Obrigacional e do Direito de Família, típico do ramo jurídico obrigacional, é entendido como o esforço conjunto perfilhado por duas ou mais pessoas, determinados à consecução de certa finalidade pré-definida, que, em regra, ou envolve a aquisição de um bem ou certa atividade, ambas de caráter econômico (SIMÃO, 2006).

Os frutos obtidos da conjugação de esforços seriam partilhados de forma proporcional ao que cada participante contribuiu para que o escopo comum pudesse ser alcançado. Trata-se do reflexo do Princípio da Isonomia, em sua forma material (SIMÃO, 2006).

A isonomia formal está expressa no caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, cujo embasamento se pode extrair dos incisos XXX e XXXI do artigo 7º, do Princípio da Igualdade, ou dos artigos 170, VII, 193, 196, 295 da CF/1988 (SILVA, 2005).

O termo "esforço comum" pode ser subdividido em dois: "direto" e "indireto". Em relação ao primeiro, compreende-se como sendo a necessária e imediata contribuição da parte, de cunho econômico, que possibilita a obtenção do bem ou atividade. O esforço comum se aplica também para as obrigações de fazer e não fazer, mas se questiona o que tange a aquisição de bens. Em se tratando de um bem da vida, o "esforço comum direto" configura-se na própria contraprestação (preço) paga para sua aquisição. Já o "esforço comum indireto" se configura no empenho empreendido por qualquer das partes, integrantes da relação obrigacional, que, apesar de não se evidenciar o nexo entre sua conduta e a obtenção do bem desejado, tornar-se possível afirmar que este colaborou para sua obtenção, com os demais integrantes da relação, deixando o cenário favorável ou facilitado àquele que concretamente se apropriou do bem (SIMÃO, 2016).

A partir da inserção de tal tema, no Direito de Família, alguns problemas emergem, dado que tal aquisição também se fez de forma a diferenciar o "esforço comum" direto e indireto. Nesse sentido, conforme Simão (JUS, 2016):

> "Em interpretação literal que advém do direito das obrigações, esforço comum é a contribuição direta para aquisição do bem a ser partilhado. Imagina-se um casal em que ambos os companheiros trabalham fora do lar, com atividades remuneradas. Ambos utilizam seus proventos para pagar as despesas do lar e adquirir bens. Nessa hipótese, haveria esforço comum em razão da contribuição direta de ambos os companheiros na aquisição do bem. Para o direito de família,

> esforço comum não é apenas o direto, mas também o indireto. O Companheiro que não tem atividade remunerada fora do lar, mas que se dedica a cuidar da família e do lar contribui também, mas de maneira indireta, com a aquisição de bens".

Embora o "esforço comum" seja um instrumento típico do campo do Direito Obrigacional, o Direito de Família acabou se apropriando de seu conceito e é possível assegurar que ele pertence às duas esferas do Direito (TARTUCE, 2015).

Seção 4 - Classificação Doutrinária da Separação de Bens

Pode-se dizer que o tema "regime da separação de bens" estaria aliada, em parte, à confusão terminológica existe dentre os operadores do Direito, o que justifica a diversidade de intitulações que o regime recebeu ao longo dos anos, tanto por parte da norma quanto pelos estudiosos da matéria.

A separação em classes das espécies pelas quais se desdobra o regime da separação de bens torna lógico o argumento que aponta haver impropriedade técnica no emprego da Súmula 377 do STF, perante o ordenamento.

A súmula fora criada, originalmente, para incidir sobre a espécie de regime da separação considerada "legal", e, dentre seus efeitos, encontrava-se aquele que acaba por transformar o regime legal da separação de bens (artigo parágrafo único do artigo 258 do CC/16), que antes era "absoluto" – dado que não havia comunicação alguma de bens durante a constância do matrimônio, em um tipo denominado "separação relativa", pois eram claras as diretivas da súmula no que se refere à necessária equiparação das situações existentes entre os regimes da separação legal e convencional.

No entanto, com a promulgação do novo Código Civil, não houve a manutenção da antiga ordem normativa (CC/16) concernente à regra do artigo 259 e o regime da separação convencional, o que por si só bastaria para rechaçar a atual aplicabilidade da Súmula 377 do STF, dado que, conforme já se estudou em outra parte deste trabalho, a finalidade essencial da mencionada súmula era garantir à "separação simples legal" igualdade de tratamento, quando comparado àquilo que o artigo 259 do CC/16 reservava ao chamado regime da separação convencional (NEVARES, 2014).

Dessa forma, sob o ponto de vista técnico, ocorrendo o uso inadequado das categorias jurídicas concernentes ao regime da separação, ainda que ausente a má-fé durante a utilização incorreta das categorias jurídicas, chama-se a atenção para o fato de

que, mesmo nessas hipóteses, o Direito acabaria padecendo em decorrência das consequências daí emanadas, contribuindo-se assim com o desvirtuamento das finalidades intrínsecas dos institutos.

Em razão do indevido costume de se empregar alguns institutos jurídicos de maneira atécnica, tanto pela jurisprudência quanto doutrina, o conhecimento da correta teoria sobre o tema acaba por se perder, ou se mistura com as más-condutas. E aqui deve-se novamente ressaltar a importância da apuração histórica de alguns elementos do Direito Civil, como uma das únicas maneiras de se resgatar o que originalmente se pretendia com sua teoria.

Feitas estas considerações, a explanação será dividida a partir de três critérios de classificação: quanto à forma legal ou convencional de adoção; quanto à obrigatoriedade do regime; e, por derradeiro, quanto a amplitude ou abrangência das regras do regime.

a. Classificação quanto à forma legal ou convencional de sua adoção

Trata-se, pois, da forma como o regime da separação de bens nasce no bojo da sociedade conjugal. Isto é, configura-se em critério classificatório, que leva em conta a base ou a forma de sua acolhida pelo casal.

A rigor, as fontes viáveis são duas: a vontade ou a lei ("*ex potestate legis*"). Quando o regime é implantado pela vontade das partes, o denominamos "regime da separação convencional de bens"; por sua vez, quando há determinação legal para sua adoção, o chamamos "regime da separação legal de bens" (DINIZ, 1996, p. 191).

Importante salientar que não se deve confundir os termos "separação legal" e "separação obrigatória", como se fossem sinônimos. Embora a diferença entre tais espécies de regime se evidencie durante a explicação, afirma-se a não sinonímia dos termos que, a título ilustrativo, o regime da separação legal poderia assumir como forma "obrigatória" e "não obrigatória", a depender da situação levantada.

b. Classificação quanto à obrigatoriedade do regime

Pode-se dividir o regime da separação de bens em "separação obrigatória" e "separação não obrigatória". A adjetivação "convencional" e "legal" ou "obrigatório" e "não obrigatório", conferido ao regime típico da separação de bens, explica tão somente a forma pela qual o regime se originou para a realidade do casal, levam em conta os atributos

da gênese do regime: se advier unicamente da vontade das partes (autonomia da vontade), através da celebração de pacto antenupcial, nominamos o regime como "separação convencional" e "separação não obrigatória"; por outro lado, se a lei impuser tal regime aos consortes, dada a presença de alguma das situações expressamente tipificadas na lei, se adjetiva o regime como sendo "legal" e "obrigatória" (DINIZ, 1996, p. 191).

Logo, percebe-se que a lei optou por disciplinar de duas formas distintas a adoção do regime em estudo: uma imposta pela lei, limitadora da autonomia da vontade dos consortes e, outra, baseada na vontade e liberdade das partes.

Conforme a doutrina (PELUSO, 2013, p. 1911): "O regime em estudo pode decorrer da lei, revestindo-se de obrigatoriedade (art. 1.641) ou de convenção dos nubentes realizada pela lavratura da escritura de pacto antenupcial [...]".

O legislador entendeu ser obrigatória a adoção do regime da separação quando nas hipóteses taxativas no rol do artigo 1.641 do CC/02[86]. Pode-se dizer que se configura como verdadeira exceção em relação às regras do regime da separação de bens, na questão patrimonial do instituto do casamento[87]. O que justificaria a regra que impõe o regime da separação, em determinadas ocasiões, excepciona a premissa fundamental da autonomia privada das questões patrimoniais disponíveis dos consortes. Essa ingerência estatal na vida privada das partes é evidenciada no dispositivo do CC/02: "Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver".

c. Classificação quanto à amplitude ou abrangência das regras do regime

A presente classe tipológica se caracteriza por analisar a extensão ou graus de separação efetivamente existentes entre os bens do casal durante a vigência do regime. Em outros termos, visa-se estudar se num dado regime de separação existiria apenas a figura

---

[86] O regime da separação legal ou obrigatório, segundo determinação do atual Código Civil, previstas no artigo 1.641, impõe: quando o casamento ocorre mediante violação de alguma das causas suspensivas do casamento (artigo 1.523 do CC/02); quando um dos consortes se encontrar com 70 anos na data do casamento; e, por fim, quando o casamento se constituir mediante suprimento judicial.

[87] Sabe-se que o Direito de Família é formado, essencialmente, por normas de ordem pública (cogentes), por se relacionar diretamente com a tutela da dignidade humana. Portanto, para tais normas cogentes, seria nulo qualquer pacto ou acordo de vontades tendentes a contrariá-las. Entretanto, o Direito de Família também é considerado um ramo pertencente ao Direito Privado, e justamente por conta dessas características, parte de suas normas passam a ser dotadas das características inerentes ao ramo privado do Direito, que, nesse ponto, prevaleceria a ingerência da Autonomia Privada das partes, inclusive com a modificação das regras eventualmente previstas na lei. Exemplificando, o regime de bens e seu instrumento condutor principal enquadrariam nas regras do pacto antenupcial.

do “patrimônio particular” de cada consorte ou, se além, coexistiria também a categoria do “patrimônio comum”.

Para a presente classificação, o regime da separação pode ser qualificado de “simples” (também “restrito” ou “incompleto”) ou “absoluto” (também “total”, “completo” ou “puro”) (BEVILÁQUA, 1976, p. 210).

Algumas controvérsias existentes em torno do regime da separação de bens, dentre elas, o caso da Súmula 377 do STF se dá em razão de parcela da jurisprudência e doutrina ainda fazerem uso da terminologia “separação simples” e “separação absoluta”, como se fosse possível extrair do atual ordenamento civil (CC/02) a subdivisão do mencionado regime entre aquelas duas espécies (PONTES DE MIRANDA, 2012)[88]. Diante do texto da norma, no atual Código Civil, somente se poderia depreender a existência de uma única modalidade de regime da separação, no que concerne ao presente critério de classificação, e esta seria a “separação absoluta” (DINIZ, 1996, p. 191).

Neste sentido, pela Súmula 377 do STF haveria incidência de casos envolvendo a separação legal que, segundo a teleologia do enunciado, teria o condão de equiparar as situações jurídicas asseveradas entre regime da separação convencional e legal.

Dessa forma, Beviláqua (1976, p. 212) referiu que o “regime da simples separação de bens” inexiste perante a ordem jurídica vigente no embasamento normativo que justificasse sua persistência, conforme aplicação do verbete sumular 377 do STF. E, ainda, tornaria justificável a ideia de que, no bojo do CC/02, somente se estabeleceram regras aplicáveis apenas à modalidade dita “separação absoluta” (LÔBO, 2011, p. 355).

---

[88] Sobre o regime da separação simples, Pontes de Miranda (2012, p. 446) aludiu: “Na separação simples, ou limitada, que é regime misto, são incomunicáveis todos os bens trazidos pelos cônjuges e comunicáveis os adquiridos, salvo se houve cláusula expressa em contrário: “*omnia bona efficientur communia, exceptis is de quibus specialiter disponitur per contraentes*” (Antônio da Gama, *Decisiones*, 314; Álvaro Valasco, *Opera Omnia*, III, 3). Disse a 4) Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 4 de julho de 1950 *(OD* 71/319): “A separação parcial de bens deve ser interpretada restritivamente e em conformidade com o teor do instrumento que a institui, e se nele não são incluídos os aquestos, ipso *Jacto* passam eles à comunhão”. E continua o mesmo autor – (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado De Direito Privado. t. VIII. Atual. por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Editora RT, 2012): “Devemos pôr, agora, problema concreto: Pode o casado na situação de alguma das regras do art. 258, parágrafo único, I-IIII (art. 183, XI-XVI, 394 e 395), estabelecer comunhão de direito das coisas ou de direito das obrigações entre ele e seu cônjuge? Tal comunhão pode ser tácita? Por força do regime, há a completa separação (art. 276 e 277); mas *sobrevém* a comunicação. Quando os reinantes germânicos entenderam, na península hispânica, assentar a separação de bens, é de interpretar-se que os costumes reagiram, tanto mais quanto, aqui e ali, exsurgia o problema dos cônjuges que laboraram juntos, levantando-se dúvidas quando um dos cônjuges falecia, o que se adquiriu foi produto do trabalho de um só, ou de ambos? O que se adquiriu foi para os dois ou para um só? Esse problema dos séculos V a VIIII é o mesmo que hoje se levanta quando se indaga se são comuns os bens que se adquiriram durante o casamento, havendo comunhão de fato, fora do direito de família.

O regime da simples separação encontrou espaço para subsistir durante a vigência das Ordenações Filipinas e do CC/16, conforme a seguinte doutrina (PONTES DE MIRANDA, 2012, p. 445):

> "Direito anterior. No direito anterior, dois eram os tipos principais de separação de bens: 1 - A separação pura, que resultava de acordo dos cônjuges, e consistia na segregação completa dos bens, de cada cônjuge, quer anteriores, quer posteriores ao casamento. A separação pura era, na vigência do Decreto no 181, de 24 de janeiro de 1890, art. 89, o regime dos cônjuges separados judicialmente e que se reconciliavam. III - A separação restrita, ou simples, que consistia na incomunicabilidade de todos os direitos e obrigações que a cada um dos cônjuges pertencia ao tempo do casamento, comunicando-se os frutos e rendimentos deles provenientes, e os bens adquiridos na constância da sociedade conjugal".

Portanto, compreender a diferença entre os regimes da separação simples e a absoluta torna-se imprescindível para compreender o tema central do trabalho. E, a partir disso, se poderá confirmar a tese de que, a introdução de regras pertencentes ao regime da simples separação diante da atual ordem vigente, seja através da aplicação da Súmula 377 ou da persistência da doutrina, gera um inevitável desiquilíbrio entre os institutos correlacionados ao tema.

Durante a vigência das Ordenações Filipinas, o regime da simples achava-se autorizado pelo Livro IV, Título XXVI, que afirmava: "[...] salvo quando entre as partes outra cousa foi acordada e contractada, porque então se guardará o que for entre elles contractado".

Durante esse período, a Lei de 24 de setembro de 1864, por meio de seu artigo 3º, parágrafo 1º, também fazia alusão ao suporte dado ao regime pelo sistema da época, que dizia: "pelos contractos antenupciaes exclusivos da communhão" (PEREIRA, 1945, p. 164).

A doutrina explicava o seguinte (PEREIRA, 1945, p. 163-164):

> "É lícito aos esposos estipularem nas convençõçs antenupciaes o pacto de separação de bens. Este pacto pôde ser: Expresso, como quando declarão as partes — que se querem casar com separação de bens, ou com exclusão da communhão, ou que seus bens serão incommunicaveis. Ou tácito, quando resulta virtualmente de cláusulas incompatíveis com a communhão, como é a de que cada um dos cônjuges administrará seus bens e só responderá pelas dividas que contrahir".

Ainda sobre o regime da simples separação, continua explicando a doutrina (PEREIRA, 1945, p 164)[89]:

> "O pacto de simples separação de bens traz como conseqüência a incommunicnbilidade de todos os bens que cada um dos cônjuges possue ao tempo do casamento; communicão- se, porém, os fructos e rendimentos delles provenientes e os adquiridos na constância do matrimônio, não havendo cláusula expressa em contrario.
> O que caracterisa este regimen e constitue-lhe o typo, é a simples incommunicabilidade de bens. Pôde elle comtudo ser modificado pela adjuncção de cláusulas que declarem communicaveis uma certa classe de bens, ou que dêm aos incommunicaveis a natureza de inalienáveis".

Já em se tratando do CC/16, ao estabelecer a possibilidade de os consortes contraírem núpcias com a adoção do regime matrimonial da separação de bens, este poderia ser: separação pura, quando proveniente de acordo dos nubentes, e consistiria na separação completa dos bens anteriores e posteriores ao casamento, o que possibilita que cada consorte seja proprietária de sua parte, incluindo os bens e rendimentos que deles advierem; e a separação limitada ou simples, quando, a despeito de haver a incomunicabilidade dos bens, direitos e obrigações dos bens que cada consorte já possuísse no instante da celebração do casamento, comunicar-se-iam os frutos e rendimentos destes que adviessem durante a vida em comum (BEVILÁQUA, 1976, p. 210),

Ainda nessa ordem, Pontes de Miranda (2012, p. 445) explicou:

> "O Código Civil também admite esses dois tipos principais de separação. O Projeto primitivo estatual, como tipo principal, a separação pura. O Projeto adotado pela Comissão Especial da Câmara (art. 267) inseriu a seguinte regra, que fazia ser o ordinário, não o regime da separação pura, como quisera Clovís Bevilacqua, mas o da separação simples ou restrita: 'Se o regime não for o da comunhão, no silencio do contrato prevalecerão os princípios dessa quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento'. No Senado Federal, Rui Barbosa corrigiu a forma e a sua redação é a do atual art. 259 do Código Civil: 'Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os principios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento (?!)'".

A regra que prevalecia durante a vigência do anterior Código Civil era no seguinte sentido: segundo seu artigo 259, seria admissível aos nubentes a adoção do regime intitulado "separação absoluta", desde que estes, de forma expressa no pacto, excluíssem a

---

[89] Lafayette (PEREIRA, 1945, p. 166) afirmava prevalecer o regime da separação absoluta no que concerne ao Decreto 181 de 1890. Dizia: "O primeiro -desses typos era o do art. 189 do Decreto numero 181 de 1890, assim redigido: 'Os cônjuges divorciados podem reconciliar-se em qualquer tempo, mas não restabelecer o regimen de bens que, uma vez partilhados, serão administrados e alienados sem dependência de autorização do marido ou outorga da mulher'".

comunicabilidade dos aquestos; caso contrário, incidiriam as regras da "separação simples" e os bens onerosamente adquiridos durante o casamento se comunicariam (BEVILÁQUA, 1976, p. 210-212).

Conclui-se que, além da compatibilidade com a ordem jurídica vigente à época das Ordenações Filipinas, tal subdivisão do regime também possuía fundamento legal para existir durante a vigência do CC/16, principalmente no que tange ao artigo 259, mas que, já adiantando, não encontraria qualquer tipo de embasamento normativo perante a vigência do atual ordenamento regido pelo CC/02 (DINIZ, 1996, p. 191).

As regras do atual ordenamento jurídico do regime da separação de bens tem única modalidade: a separação absoluta de bens (artigos 1687 e 1688) (FARIAS; ROSENVALD; CHAVES, 2017).

A Súmula 377 inseriu o extinto regime da separação simples. Isso, embora de imediato não aparente grave problema, certamente acarreta o desequilíbrio de todo um sistema de normas que foram construídas sem a presença do citado regime. E, pior, a presença hoje, segundo a doutrina majoritária e Tribunais, do regime da separação simples, deu-se por intermédio de interpretação jurisprudencial, e não por lei, como deveria ser em um sistema jurídico positivo.

Quando se considera o cenário presente à época da edição do enunciado sumular do STF, em que estava vigente o CC/16, havia lógica nos fundamentos apresentados pelo STF. Em relação ao regime da separação, a sociedade contava com um fator de desiquilíbrio originado do mencionado artigo 259 do CC/16, e que, inclusive, foi um dos fortes motivos que influenciaram o Supremo a editar a estudada súmula.

Assim, ao se considerar o que determinava o artigo 259 do CC/16, juntamente com a disposição da Súmula 377 do STF, obtinha-se, sob a vigência do anterior Código Civil, a divisão do regime da separação de bens em "simples" e "absoluto". Quanto àquela modalidade, poderia apresentar dois embasamentos jurídicos: o primeiro, sendo considerado "separação convencional simples", tinha previsão no artigo 259 do CC/16; e a "separação legal simples", que decorria dos efeitos gerados a partir da incidência da Súmula 377, sob a ordem do artigo 258, parágrafo único do CC/16. Já a "separação absoluta" tinha previsão também no artigo 259, mas desde que houvesse a inserção, pelos cônjuges, de cláusula em pacto antenupcial, estipulando a incomunicabilidade dos aquestos (tratava-se da "separação convencional absoluta") (BEVILÁQUA, 1976, p. 212)[90].

[90] Percebe-se que, ao se presumir que a Súmula 377 do STF, incidiria em todas as ocasiões em que a separação legal obrigatória do parágrafo único do artigo 258 fosse aplicada, não haveria mais na prática a

Em suma, pode-se afirmar que, sob o CC/16, o regime da separação de bens assim se dividia: “separação convencional” ou “legal”; “separação obrigatória” ou “não obrigatória”; e “separação absoluta” ou “relativa”.

A partir do atual Código Civil, houve a manutenção de muitos institutos e regras do Direito anterior, foram muitas alterações em diversas áreas. Em relação à matéria aqui estudada, a não manutenção da regra prevista no revogado artigo 259 do CC/16, o que assumirá importância basilar para a afirmação: de uma perspectiva técnico-jurídica, sob a vigência do CC/02, não restou mais qualquer embasamento normativo suficiente que permitisse concluir pela subsistência da bipartição do regime da separação de bens em “simples” ou “absoluto”.

De acordo com a nova ordem civil instaurada, o artigo que era responsável por transformar a separação convencional em “simples” (artigo 259 do CC/16), caso inexistisse expressa convenção dos cônjuges em contrários, desaparece do ordenamento. Dessa forma, o regime da separação de bens, ainda que pudesse ser classificado e nomeado como “convencional” ou “legal”, ou ainda “obrigatório” e “não obrigatório”, somente assumiria a forma de “separação absoluta”, deixando de existir a figura da “separação simples”. Sucintamente se pode arrematar que, diante do CC/02, é possível extrair as seguintes espécies de regime: “separação convencional” ou “legal” e “separação obrigatória” ou “não obrigatória” (MADALENO, 2011).

Com a prevalência da posição jurisprudencial, segundo a qual a Súmula 377 do STF continua a ter utilidade, tornar-se imprescindível acrescer, ao lado das modalidades do regime da separação, aceitas pelo atual CC/02, os tipos: “separação simples” e “absoluta” (LÔBO, 2011).

A expansão do rol das espécies de regime da separação admitidas no Código Civil, por intermédio da Súmula 377 do STF, ocasiona graves consequências de cunho negativo para a estabilidade e concisão do ordenamento jurídico, no que concerne às duas espécies de regime da separação de bens. Tendo em vista que há uma variedade de formas de se referir ao mesmo regime de bens (separação de bens), tais designações estariam contribuindo com a perspectiva de existir independência ou autonomia dentre a sua categoria e o regime da separação originariamente previsto pelo CC/02.

---

modalidade de regime intitulada de “separação legal absoluta”. Os casos concretos concernentes a tal tema passaram a reger-se pela figura da “separação legal simples”, justamente em decorrência dos efeitos emanados do citado enunciado sumular do STF.

O fato se agrava quando se percebe que, parte da doutrina contemporânea, ao invés de investigar as fontes que deram origem ao regime, apenas replicam informações contidas em outras obras, o que se tornar fator de risco para replicação de informações tecnicamente inadequadas a respeito do tema.

Em função de a jurisprudência ser influenciada pela doutrina, além do papel político assumido pelos Tribunais Superiores, a técnica jurídica é relegada em prol de uma solução de caráter explicitamente político, aliada aos novos instrumentos vinculantes consagrados pelo atual Código de Processo Civil, perpetuando a praxe de se utilizar equivocadamente os termos para se referir ao regime da separação, conforme debate do uso da Súmula 377 do STF, quanto ao regime da separação de bens.

Diniz (2006)[91] analisou os dois primeiros critérios de classificação. Não obstante reservem intitulações técnicas variadas ao regime da separação de bens (a saber: "convencional" ou "legal", para o primeiro critério, e "obrigatória" ou "não obrigatória", para o segundo), em ambos os casos, referem-se sempre ao único regime de bens, com previsão legal nos artigos 1687 e 1688 do CC/02. Sob o prisma da técnica, nada de irregular se verificaria nos referendados temas.

O regime considerado pelos dois mencionados critérios de classificação continua a ser observado diante de sua unicidade. Uno, porém, podendo se apresentar com denominações diversificadas a depender do critério de classificação adotado, que tão somente fragmenta o regime em classes de acordo com as características preponderantes levadas em consideração.

Com relação à última espécie classificatória[92], que atribui ao regime da separação designações como "simples" e "absoluta", nota-se que não estaria havendo, tecnicamente, a classificação do instituto, mas sim, diante de suas diretrizes, a intitulação de dois tipos autônomos de regime, em relação aos quais o presente critério consideraria pertencer à mesma espécie de regime (separação de bens).

Primeiramente, ainda em relação ao último critério de classificação, não se pode dizer que a atividade desenvolvida pelos estudiosos do Direito, até chegar aos tipos "separação simples" em "absoluta", enquadraria na atividade de classificar.

Diante das particularidades atribuídas a cada instituto: "separação simples" e "separação absoluta", tornar-se impraticável considerá-los como concernentes a um mesmo

---

[91] Os tipos classificatórios seriam aqueles que levam em conta a forma legal ou convencional de adoção e o que considera o fator obrigatoriedade de sua acolhida no bojo do casamento.
[92] Trata-se daquela que considera a amplitude ou abrangência das regras de separação do regime.

regime da separação de bens. Na realidade, o problema da questão estaria reunido sobre a designação “separação simples”, não se relaciona à categoria de regime, guardando proximidade com “comunhão parcial de bens”.

Com relação à “separação absoluta”, percebe-se que tal intitulação se referiria ao regime da separação de bens em sua forma clássica e originária, conforme previsão do Legislador na lei, e, segundo o qual, durante a constância do casamento, os bens pertencentes a cada consorte continuariam em total separação e seriam administrados individualmente por cada um, prevalecendo a ampla liberdade de suas disposições (com a exceção de alguns casos previstos na norma) (BEVILÁQUA, 1976, p. 212).

Desse modo, o último dos critérios de classificação, acaba por criar outro regime de bens totalmente independente daquele que se está analisando. A “separação simples” preveria, dentre suas regras, a possibilidade de comunicação dos aquestos – bens onerosamente adquiridos por qualquer dos consortes durante a constância do casamento, peculiaridade esta que escapole totalmente das particularidades inerentes ao regime da separação de bens.

Classificar um instituto é considerar os atributos que lhes seriam inerentes e, a partir da eleição de um ou alguns deles, subdividir tal elemento em categorias que possuem ou não. Em qualquer atividade classificatória para o Direito, não existe criação de atributos ou regras para determinado desdobramento em espécies, mas deve haver a consideração daqueles que já pertencem ao instituto a ser estudado e que se encontrem consolidados.

Em reforço a essa tese, parcela da doutrina que entendia que o regime da separação simples guardava mais proximidade com o regime da comunhão parcial do que com o da separação propriamente dita. No mesmo sentido, a separação simples, com exceção de sua denominação (“separação” simples), em nada se identifica com o regime jurídico da separação de bens (BEVILÁQUA, 1976, p. 212).

Em relação aos dois primeiros critérios de classificação, o regime de separação é “legal” ou “convencional”; e “obrigatório” e “não obrigatório”, não se verifica qualquer irregularidade no que tange à técnica empregada por suas tipologias de classificação. No entanto, figurou claro que a atividade de atribuir ao citado regime os termos “simples” e “absoluto” padeceria de aceitação no plano da técnica jurídica e não condiria com a função inerente de classificar.

Os termos “simples” e “absoluto”, atribuídos ao regime da separação de bens, foram delineados pelo CC/16, principalmente em razão de seu artigo 259. No entanto, o atual Código Civil prevê o regime da separação de bens dentre os artigos 1687 e 1688, e

optou por não apresentar disposição normativa que dispunha o artigo 259, revogado do Código anterior. Em seu regime classificatório, para todos os efeitos, consiste ainda em espécie única (MADALENO, 2011).

Assim, atualmente, à luz da técnica do Direito, seria incabível utilizar as designações "simples" e "absoluta" como referência ao regime da separação de bens. Não obstante, verifica-se na praxe, o contrário disso: a doutrina e a jurisprudência, majoritariamente, são consideradas e tendem a confirmar a divisão do regime entre tais modalidades (simples e absoluta), sobretudo, quando insistem na utilização da Súmula 377 do STF.

Em ponto de vista técnico do Direito, a partir do CC/02, o principal argumento que impediria o emprego da teoria que utiliza a tese de repartição do regime da separação em "simples" e "absoluto", seria a classificação das espécies de regime, o que não se confundiria com a mera separação de bens (MADALENO, 2011).

As piores consequências alavancadas ao Direito estariam em outra perspectiva, oriundas também dos efeitos da atécnica jurídica. Em função de haver o desdobramento da separação de bens em duas modalidades independentes e diferentes entre si (separação simples e absoluta), em decorrência de mera atividade interpretativa, no que concerne a atuação de parte da doutrina e do Poder Judiciário, com a reiterada prática de utilização da Súmula 377 do STF, nota-se, neste cenário, o fato de se estar criando regime de bens, independentemente de previsão legal (SIMÃO, 2016).

O regime de bens, adstrito ao Direito de Família, lida, principalmente, com os aspectos patrimoniais do casamento, seria imprescindível a existência formal de lei, desde que houvesse razoabilidade e proporcionalidade, para que o Estado pudesse se imiscuir legitimamente em tal esfera privada para limitá-la. A base substancial pode ser encontrada a partir do inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, quando se observa a ofensa ao Princípio Constitucional da Legalidade[93].

Quanto à Separação dos Poderes (artigos 2º e 22, I da Constituição Federal[94]), percebe-se a atuação reiterada de órgãos superiores do Poder Judiciário, contribuindo com

---

[93] Eis o dispositivo: "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: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

[94] Artigos: "Art. 2º - São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário"; "Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho".

a perpetuação da ideia de existência de dois regimes de separação (simples e absoluto), conforme se pode observar, ilustrativamente, com a questão da Súmula 377 do STF.

Desse modo, as implicações à esfera do Direito, inclusive de cunho constitucional, nos dias atuais, defende a tese de coexistência das formas "simples" e "absoluta" do regime da separação, como se fossem dois regimes autônomos.

Existem efetivamente dois regimes da separação de bens? Da leitura do Código Civil (artigos 1639 a 1688), conclui-se que o presente sistema optou por quatro modalidades típicas de regime de bens[95], dentre estas, subsiste único tipo: "regime da separação de bens", conforme os artigos 1687 e 1688 do CC/02. Logo, no Código Civil consta apenas uma espécie de regime da separação de bens (LEITE, 2018).

Conforme o CC/02, artigos 1687 e 1688, durante a vigência do casamento coexistirão dois patrimônios totalmente distintos e incomunicáveis, pertencentes exclusivamente a cada um dos consortes, que detêm a livre administração e disposição desses bens. Em observação à tal regra, alguns autores afirmaram tratar-se de "ausência de regime patrimonial" no casamento. É perceptível que não houve qualquer referência a possível hipótese de comunicabilidade dos aquestos obtidos durante o casamento por qualquer dos cônjuges (LÔBO, 2011).

Quanto ao CC/16, artigo 259[96], seria possível afirmar, diante do anterior Código Civil, que o regime da separação de bens era subdividido em duas modalidades distintas: "separação absoluta" e "separação simples". Em relação ao primeiro, subsistiam regras que direcionavam o patrimônio dos consortes a um estágio de plena incomunicabilidade; o segundo tipo (separação simples), vislumbrava-se que, diante do artigo 259, coexistiam normas pertinentes ao regime típico da separação e da comunhão de bens (BEVILÁQUA, 1976).

A Súmula 377 do STF continua tendo aplicabilidade na doutrina e jurisprudência, ainda que se tenha o atual CC/02. Uma das condições lógicas para se aplicar essa teoria se relaciona ao fato de que se deve, necessariamente, presumir a existência, perante o atual ordenamento jurídico, de duas modalidades do regime da separação de bens, intituladas: "separação absoluta" e "separação relativa" (CAHALI, 2004).

Nesse sentido, com relação aos tipos independentes de regime da separação de bens do atual sistema (CC/02), à luz da interpretação predominante em parcela da

[95] O atual Código Civil disciplinou os seguintes regimes típicos de bens: Comunhão Parcial (artigos 1658 a 1666), Comunhão Universal (artigos 1667 a 1671), Regime de Participação Final nos Aquestos (artigos 1672 a 1686) e, por fim, a Separação de Bens (artigos 1687 e 1688).
[96] O artigo 259 do CC/16, Art. 259.

jurisprudência, sobretudo o STF, e doutrina, diferem-se daquela consignada na fundamentação da estrutura normativa do ordenamento jurídico, sem outras influências interpretativas por parte dos operadores do direito.

Dessa forma, coexistem, perante o ordenamento civil contemporâneo, duas espécies distintas e autônomas de regime da separação, intituladas: “separação simples” e “separação absoluta”.

Nesta perspectiva, constata-se que a interpretação que se projetou sobre o atual ordenamento se aproxima da maneira pela qual o Dito Civil, idealizado por Clóvis Beviláqua, foi edificado por meio do CC/16 (SIMÃO, 2016).

A polêmica experimentada pela sociedade concretamente, conforme a doutrina aponta, advém da inconsistência técnica do uso da expressão “separação simples”, vista como uma das denominações encarregadas para identificar uma das duas espécies pelas quais se subdivide o regime da separação de bens.

Portanto, seria de todo modo correto considerar que a “separação relativa”, sob o ponto de vista de suas características, guarda forte semelhança com o regime da comunhão parcial. Inclusive, a afirmação no sentido da separação simples guardar mais afinidade com o regime da comunhão do que propriamente com um da separação seria verdadeira. Nesse sentido, o ponto mais evidente que ainda o conectaria à classe do regime da separação de bens seria a palavra “separação” contida em sua denominação técnica (MADALENO, 2011).

Por conta dessa idiossincrasia gerada em relação ao regime da separação simples e sua denominação, parte da doutrina, inclusive a clássica e contemporânea ao CC/16, teceu muitas críticas em torno desse equívoco terminológico, conforme Clóvis Beviláqua (1976, p. 212) ressaltou:

> “A separação limitada pode variar conforme a dosagem que recebe de outros regimes. É seu tipo, entretanto, o regime que nossos civilistas, impropriamente, denominam de simples separação; no qual a fortuna trazida por cada cônjuge se mantem distinta e incomunicável, mas se comunicam os frutos e rendimentos dela, assim, como os bens adquiridos na constância do matrimônio”.

Paulo Lôbo (2001, p. 355) explicitou que:

> “As regras dos arts. 1.687 e 1.688 do Código Civil são aplicáveis tanto à separação legal ou obrigatória (art. 1.641) quanto à separação convencional. O pacto antenupcial, mediante o qual os nubentes escolhem o regime de separação convencional, pode estipular alterações a essas regras. Todavia, se as alterações

> importarem inclusão de qualquer modo de comunhão, deixará de ser regime de separação, em sua pureza".

Portanto, restou demonstrado que a questão concernente à terminologia técnica utilizada para fazer alusão ao regime da separação de bens guarda ainda hoje muitas polêmicas. Pretendeu-se dar ênfase à importância do uso tecnicamente correto dos ternos jurídicos, pois muitas discussões poderiam ser resolvidas simplesmente à luz do próprio conceito técnico empregado adequadamente.

Embora aparentemente se trate de simples terminologia, em muitos casos, mudar ou alterar o seu uso em outros institutos jurídicos não introduz gravame em seu funcionamento, diferente de quando o tema se adstringe ao regime da separação. Nesse caso, a utilização de cada termo pode carrear a mudança da própria estrutura e do regime jurídico atinente ao regime de bens.

Na prática, o que se observa é a falta de importância quanto ao tratamento da questão. Em parte, a confusão gerada na própria doutrina influencia os Tribunais Superiores e propaga a praxe do mal-uso dos termos em relação ao regime da separação de bens.

Diante da essência do regime da separação de bens, em sua forma legal, obrigatória ou convencional, não haveria que se cogitar da existência de patrimônio comum, pois se estaria diante de típico caso de separação de bens (poderia se cogitar, somente, na existência de figura do patrimônio particular, pertencente a cada um dos consortes). No entanto, de acordo com a releitura efetivada pelos Tribunais Superiores em conjunto com o enunciado sumular de número 377 do STF, no caso da separação obrigatória ou legal, em típico caso de distorção do sistema, passou-se a considerar a existência da figura do patrimônio comum e particular, aproximando-se tal regime do tipificado regime da comunhão parcial de bens (LÔBO, 2011).

Nesse sentido, sobre a espécie legal do regime da separação, Nevares (2020, p. 4) ressaltou o que a doutrina:

> "[...] O regime da separação de bens é aquele em que não há patrimônio comum entre os cônjuges, permanecendo os bens sob a administração de seu titular, que os pode alienar ou gravar de ônus real livremente, consoante o disposto no art. 1.687 do Código Civil. Consoante a disciplina do referido regime de bens, tanto o marido como a mulher devem contribuir para as despesas da família na proporção de seus rendimentos, salvo se houver estipulação contrária no pacto antenupcial (Código Civil, art. 1.688).
> Trata-se, portanto, de regime de bens em que os cônjuges mantêm vidas econômicas distintas. Desse modo, não há patrimônio comum, mas apenas o patrimônio particular de cada um dos cônjuges, que têm liberdade de administrá-

> lo ou aliená-lo, respondendo cada um pelas dívidas que contrair, não havendo qualquer solidariedade".

Ao se tratar do regime da separação legal ou obrigatória, no que tange ao patrimônio dito comum (aquestos), por se relacionar ao ramo do Direito de Família, deveria ser o esforço comum presumido e, portanto, sua prova, desnecessária, para que houvesse a meação (DIAS, 2017).

Em sentido prático e lógico, diante das próprias regras do regime de bens, decorreria a comunicabilidade do patrimônio apontado pela lei, tendo-se por escopo principalmente evitar que, com o referido término do matrimônio, fossem discutidas questões decorrentes de quem contribuiu concretamente para a aquisição dos bens. Na maioria dos casos a prova do esforço comum é difícil e custosa, notadamente quando se leva em conta que a mulher, há poucas décadas, não gozava de autonomia financeira em relação ao marido e poucas tinham profissão (DIAS, 2017).

Neste sentido, dispensava-se a prova do esforço comum no caso concreto, bastando haver a prova de que o bem tenha sido adquirido por qualquer um dos consortes durante a vigência do casamento. Conforme STJ (REsp 154.896/RJ):

> "DIREITO CIVIL. REGIME LEGAL DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS. AQÜESTOS. SÚMULA 377. ESFORÇO COMUM. 1. A viúva foi casada com o de cujus por aproximadamente 40 (quarenta) anos, pelo regime da separação de bens, por imposição do art. 258, parágrafo único, I, do Código Civil de 1916. 2. Nestas circunstâncias, incide a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal que, por sinal, não cogita de esforço comum, presumido neste caso, segundo entendimento pretoriano majoritário. 3. Recurso especial não conhecido. (REsp 154.896/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 20/11/2003, DJ 01/12/2003, p. 357)".

Na mesma perspectiva, também àquela época, o STJ (REsp 1171820/PR) tinha a mesma posição[97:]

---

[97] Vide Resp 1163074/PB:"RECURSO ESPECIAL - AÇÃO ANULATÓRIA DE AVAL - OUTORGA CONJUGAL PARA CÔNJUGES CASADOS SOB O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS - NECESSIDADE - RECURSO PROVIDO. 1. É necessária a vênia conjugal para a prestação de aval por pessoa casada sob o regime da separação obrigatória de bens, à luz do artigo 1647, III, do Código Civil. 2. A exigência de outorga uxória ou marital para os negócios jurídicos de (presumidamente) maior expressão econômica previstos no artigo 1647 do Código Civil (como a prestação de aval ou a alienação de imóveis) decorre da necessidade de garantir a ambos os cônjuges meio de controle da gestão patrimonial, tendo em vista que, em eventual dissolução do vínculo matrimonial, os consortes terão interesse na partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento. 3. Nas hipóteses de casamento sob o regime da separação legal, os consortes, por força da Súmula n. 377/STF, possuem o interesse pelos bens adquiridos onerosamente ao longo do casamento, razão por que é de rigor garantir-lhes o mecanismo de controle de outorga uxória/marital para os negócios jurídicos previstos no artigo 1647 da lei civil 4. Recurso especial provido. (REsp 1163074/PB, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 04/02/2010)".

> "DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. UNIÃO ESTÁVEL ENTRE SEXAGENÁRIOS. REGIME DE BENS APLICÁVEL. DISTINÇÃO ENTRE FRUTOS E PRODUTO. 1. Se o TJ/PR fixou os alimentos levando em consideração o binômio necessidades da alimentanda e possibilidades do alimentante, suas conclusões são infensas ao reexame do STJ nesta sede recursal. 2. O regime de bens aplicável na união estável é o da comunhão parcial, pelo qual há comunicabilidade ou meação dos bens adquiridos a título oneroso na constância da união, prescindindo-se, para tanto, da prova de que a aquisição decorreu do esforço comum de ambos os companheiros. 3. A comunicabilidade dos bens adquiridos na constância da união estável é regra e, como tal, deve prevalecer sobre as exceções, as quais merecem interpretação restritiva, devendo ser consideradas as peculiaridades de cada caso. 4. A restrição aos atos praticados por pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos representa ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. 5. Embora tenha prevalecido no âmbito do STJ o entendimento de que o regime aplicável na união estável entre sexagenários é o da separação obrigatória de bens, segue esse regime temperado pela Súmula 377 do STF, com a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, sendo presumido o esforço comum, o que equivale à aplicação do regime da comunhão parcial. 6. É salutar a distinção entre a incomunicabilidade do produto dos bens adquiridos anteriormente ao início da união, contida no § 1º do art. 5º da Lei n.º 9.278, de 1996, e a comunicabilidade dos frutos dos bens comuns ou dos particulares de cada cônjuge percebidos na constância do casamento ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão, conforme previsão do art. 1.660, V, do CC/02, correspondente ao art. 271, V, do CC/16, aplicável na espécie. 7. Se o acórdão recorrido categoriza como frutos dos bens particulares do ex-companheiro aqueles adquiridos ao longo da união estável, e não como produto de bens eventualmente adquiridos anteriormente ao início da união, opera-se a comunicação desses frutos para fins de partilha. 8. Recurso especial de G. T. N. não provido. 9. Recurso especial de M. DE L. P. S. provido. (REsp 1171820/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 27/04/2011)."

Em síntese, pode-se concluir que prevalecia o entendimento no sentido de ser dispensável a prova em concreto do esforço comum para que houvesse comunicabilidade dos aquestos dentro do regime da separação de bens (legal ou obrigatório). No entanto, tal desnecessidade de prova dava-se em função de haver, na lei, presunção absoluta da presença do esforço conjunto no que concerne à aquisição de qualquer bem por parte de quaisquer consortes, dispensando-se a sua prova em concreto.

CAPÍTULO 3 - ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA SEPARAÇÃO DE BENS

Seção 1 - Aplicabilidade atual da Súmula 377

Para compreender a aplicabilidade atual da Súmula 377 e como o STJ chegou a tal conclusão, deve-se acompanhar a evolução do assunto em âmbito jurisprudencial. Prevalece uma solução diametralmente diversa[98]. Os efeitos gerados pela Súmula 377 transformaram-se em típico regime da comunhão parcial. O centro da questão está no fato de haver, ainda hoje, esforços para se manter hígida a aplicação da Súmula 377 do STF, que foi editada com vistas a ser utilizada em outras condições que não mais subsistem.

Antes da Súmula 377 do STF, na vigência do CC/16, a posição dominante sobre o tema era no sentido de ser desnecessária a prova do esforço comum para fins de comunicabilidade dos aquestos dentro daquele regime. Após a Súmula, deu-se início, dentro dos Tribunais Superiores, a uma corrente de pensamento que entende ser imprescindível a prova do esforço comum no bojo do regime da separação de bens (legal ou obrigatório).

Tal entendimento não estava uniformizado naquele período, conforme julgado do STJ[99] (EREsp 1171820/PR):

> "EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS (CC/1916, ART. 258, II; CC/2002, ART. 1.641, II). DISSOLUÇÃO. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE. PARTILHA. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. PRESSUPOSTO DA PRETENSÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS. 1. Nos moldes do art. 258, II, do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos (matéria atualmente regida pelo art. 1.641, II, do Código Civil de 2002), à união estável de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, impõe-se o regime da separação obrigatória de bens. 2. Nessa hipótese, apenas os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum na sua aquisição, devem ser objeto de partilha. 3. Embargos de divergência conhecidos e providos para negar seguimento ao recurso especial (EREsp 1171820/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 21/09/2015)".

A união estável de sexagenários é aplicável à regra da imposição do regime da separação de bens. É o fato de se ter utilizado a Súmula 377 do STF para fins de

[98] Estabelecido pelo STJ, por meio de sua 2ª Seção, nos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.623.858.

interpretação da norma, que expressamente afirmou a necessidade de se provar o esforço comum, no que tange a comunicabilidade dos bens advindos no âmbito do regime da separação legal ou obrigatória. A prova do esforço comum não era algo naturalmente associado à própria utilização da Súmula. Inclusive, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou no sentido de que, quanto a sua súmula, seria dispensada a prova do esforço comum, por ser este presumivelmente existente no bojo do Regime legal de separação legal de bens (Súmula 377), conforme o REsp 154.896/RJ estabelece:

> DIREITO CIVIL. REGIME LEGAL DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS. AQÜESTOS. SÚMULA 377. ESFORÇO COMUM. 1. A viúva foi casada com o de cujus por aproximadamente 40 (quarenta) anos, pelo regime da separação de bens, por imposição do art. 258, parágrafo único, I, do Código Civil de 1916. 2. Nestas circunstâncias, incide a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal que, por sinal, não cogita de esforço comum, presumido neste caso, segundo entendimento pretoriano majoritário. 3. Recurso especial não conhecido. (REsp 154.896/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 20/11/2003, DJ 01/12/2003, p. 357)".

No mesmo sentido, tem-se os seguintes julgados com base no artigo 5o, §1o, da Lei 9.278/96[100]:

> "CIVIL. FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO INCONTROVERSOS. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 5º, § 1º, da Lei 9.278/96 CONFIGURADA. PARTILHA DE FRUTOS E/OU RENDIMENTOS ADQUIRIDOS ANTES DA UNIÃO ESTÁVEL. BENS ADQUIRIDOS POR HERANÇA E COM RECURSOS PROVENIENTES DE MODO EXCLUSIVO DO VARÃO. INCOMUNICABILIDADE TAMBÉM INCONTROVERSA DOS BENS PRINCIPAIS. IMPOSSIBILIDADE DE DIVISÃO DOS FRUTOS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO ACESSÓRIO SEGUIR A SORTE DO PRINCIPAL. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA RESTABELECIDA. PRECEDENTE. 1. Viola o § 1º, do artigo 5º, da Lei 9.278/96 a determinação de partilhar frutos e/ou rendimentos advindos de bens herdados e/ou doados antes do reconhecimento da união estável. 2. Encontrando-se incontroversa a questão alusiva à incomunicabilidade dos bens principais herdados, por decorrência lógica, a incomunicabilidade também se aplica aos bens acessórios, seguindo o brocardo de que "Acessorium sequitur suum principal". 3. Recurso Especial conhecido e provido, a fim de cassar o v. acórdão do eg. Tribunal a quo e restabelecer a sentença de primeiro grau. (REsp 775.471/RJ, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUARTA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 31/08/2010)".
>
> "RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA.
> AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. ART. 1.641, II, DO CÓDIGO CIVIL (REDAÇÃO ANTERIOR À LEI Nº 12.344/2010). REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO LEGAL. NECESSIDADE DE PROVA DO

[100]-Trata-se dos seguintes acórdãos do STJ: REsp 775.471/RJ e Esp 1403419/MG.

> ESFORÇO COMUM. COMPROVAÇÃO. BENFEITORIA E CONSTRUÇÃO INCLUÍDAS NA PARTILHA. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. É obrigatório o regime de separação legal de bens na união estável quando um dos companheiros, no início da relação, conta com mais de sessenta anos, à luz da redação originária do art. 1.641, II, do Código Civil, a fim de realizar a isonomia no sistema, evitando-se prestigiar a união estável no lugar do casamento. 2. No regime de separação obrigatória, apenas se comunicam os bens adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum, sob pena de se desvirtuar a opção legislativa, imposta por motivo de ordem pública. 3. Rever as conclusões das instâncias ordinárias no sentido de que devidamente comprovado o esforço da autora na construção e realização de benfeitorias no terreno de propriedade exclusiva do recorrente, impondo-se a partilha, demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que é inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça. 4. Recurso especial não provido. (REsp 1403419/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 14/11/2014)".

No mesmo sentido, o REsp 775.471/RJ::

> "CIVIL. FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO INCONTROVERSOS. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 5º, § 1º, da Lei 9.278/96 CONFIGURADA. PARTILHA DE FRUTOS E/OU RENDIMENTOS ADQUIRIDOS ANTES DA UNIÃO ESTÁVEL. BENS ADQUIRIDOS POR HERANÇA E COM RECURSOS PROVENIENTES DE MODO EXCLUSIVO DO VARÃO. INCOMUNICABILIDADE TAMBÉM INCONTROVERSA DOS BENS PRINCIPAIS. IMPOSSIBILIDADE DE DIVISÃO DOS FRUTOS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO ACESSÓRIO SEGUIR A SORTE DO PRINCIPAL. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA RESTABELECIDA. PRECEDENTE. 1. Viola o § 1º, do artigo 5º, da Lei 9.278/96 a determinação de partilhar frutos e/ou rendimentos advindos de bens herdados e/ou doados antes do reconhecimento da união estável. 2. Encontrando-se incontroversa a questão alusiva à incomunicabilidade dos bens principais herdados, por decorrência lógica, a incomunicabilidade também se aplica aos bens acessórios, seguindo o brocardo de que "Acessorium sequitur suum principal". 3. Recurso Especial conhecido e provido, a fim de cassar o v. acórdão do eg. Tribunal a quo e restabelecer a sentença de primeiro grau. (REsp 775.471/RJ, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUARTA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 31/08/2010)".

E, ainda, o REsp 1403419/MG do STJ:

> "RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. ART. 1.641, II, DO CÓDIGO CIVIL (REDAÇÃO ANTERIOR À LEI Nº 12.344/2010). REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO LEGAL. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. COMPROVAÇÃO. BENFEITORIA E CONSTRUÇÃO INCLUÍDAS NA PARTILHA. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. É obrigatório o regime de separação legal de bens na união estável quando um dos companheiros, no início da relação, conta com mais de sessenta anos, à luz da redação originaria do art. 1.641, II, do Código Civil, a fim de realizar a isonomia no sistema, evitando-se prestigiar a união estável no lugar do casamento. 2. No regime de separação obrigatória, apenas se comunicam os bens adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum, sob pena de se desvirtuar a opção legislativa, imposta por motivo de ordem publica. 3. Rever as conclusões das

> instancias ordinárias no sentido de que devidamente comprovado o esforço da autora na construção e realização de benfeitorias no terreno de propriedade exclusiva do recorrente, impondo-se a partilha, demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que é inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula no 7 do Superior Tribunal de Justiça. 4. Recurso especial não provido".

Ao se analisar os fundamentos utilizados pelo STJ[101], verificou-se que o intuito do julgado foi permitir efetiva diferenciação entre os regimes da separação de bens e da comunhão parcial, distinção que acabou se perdendo na vigência da Súmula 377 do STF.

A utilização do enunciado sumular 377 do STF introduziu requisito extra, antes inexistente, justamente a questão da necessidade de se provar o esforço comum no bojo do regime da separação de bens (legal ou obrigatória), conforme se assevera da explicação de Rizzardo (2011, p. 123):

> "Cabe definir, então, se a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento ou da união depende ou não da comprovação do esforço comum, ou seja, se esse esforço deve ser presumido ou precisa ser comprovado. Noutro giro, se a comunhão dos bens adquiridos pode ocorrer, desde que comprovado o esforço comum, ou se é a regra. Tem-se, assim, que a adoção da compreensão de que o esforço comum deve ser presumido (por ser a regra) conduz à ineficácia do regime da separação obrigatória (ou legal) de bens, pois, para afastar a presunção, deverá o interessado fazer prova negativa, comprovar que o ex-cônjuge ou ex- companheiro em nada contribuiu para a aquisição onerosa de determinado bem, conquanto tenha sido a coisa adquirida na constância da união. Torna, portanto, praticamente impossível a separação dos aquestos. Por sua vez, o entendimento de que a comunhão dos bens adquiridos pode ocorrer, desde que comprovado o esforço comum, parece mais consentânea com o sistema legal de regime de bens do casamento, recentemente confirmado no Código Civil de 2002, pois prestigia a eficácia do regime de separação legal de bens. Caberá ao interessado comprovar que teve efetiva e relevante (ainda que não financeira) participação no esforço para aquisição onerosa de determinado bem a ser partilhado com a dissolução da união (prova positiva)".

Em âmbito doutrinário, com alguma consistência, há o fato de inexistir consenso entre os estudiosos. Rizzardo (2011, p. 110) defendeu a comunicação dos bens amealhados durante o matrimônio e afirmou: "A questão, no entanto, era e continuará sendo um tanto controvertida, lembrando que coincidem o direito antigo e o atual a respeito".

Outros se mostram ortodoxamente contra, utilizando a Súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal, justificando que, na constância do casamento com regime de separação legal de bens, comunicam-se os bens adquiridos. Como se observa, busca-se imprimir certa flexibilidade ao sistema de separação ordenado por lei, ou de separação obrigatória, e não ao convencional. Conforme referiu Pereira (2017, p.210):

---

[101] Julgamento do EREsp 1171820/PR.

> "[...] se o Código instituiu a comunicabilidade 'no silêncio do contrato' [referindo-se ao art. 258], 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. Não o fez, e ainda proibiu a doação de um cônjuge a outro, o que revela o propósito, interdizendo as liberalidades, de querer uma separação pura de patrimônios. [...] Este objetivo ainda vem corroborado pela legislação subsequente: no momento em que votou a Lei n° 4.121, de 1962, e conhecendo a controvérsia, podia o legislador estatuir desde logo a comunhão de aquestos nos casos de separação obrigatória. Longe disto, e ao revés, preferiu atribuir à viúva o usufruto de parte do espólio, a romper as linhas do regime de separação[102]".

Já Diniz (1996, p. 79), após retratar a posição doutrinária e jurisprudencial divergente, inclinou-se em sentido contrário:

> "Parece-nos que a razão está com os que admitem a comunicabilidade dos bens futuros, no regime de separação obrigatória, desde que sejam produto do esforço comum do trabalho e economia de ambos, ante o princípio de que entre os consortes se constitui uma sociedade de fato, como se infere no Código Civil, art. 1.276, alusivo às sociedades civis e extensivo às sociedades de fato ou comunhão de interesses"[103].

O fator determinante da comunhão dos aquestos está na conjugação de esforços que se verifica durante a sociedade conjugal, ou na *affectio societatis*, desejo de constituir e de permanecer em união. Para Monteiro (1978, p. 210):

> "[...] o estabelecimento de verdadeira sociedade de fato, ou comunicação de interesses entre os cônjugues. Não há razão para que os bens fiquem pertencendo exclusivamente a um deles, desde que representam trabalho e economia de ambos. É a consequência que se extrai do art.1.376 do Código Civil, referente às sociedades de fato ou comunhão de interesses".

O art. 1.376 não tem disposição equivalente no atual Código Civil. A jurisprudência salientou razões idênticas (PELUSO, 2018, p. 1431):

> "Embora o regime dos bens seja o da separação, consideram-se pertencentes a ambos os cônjuges, metade a cada um, os bens adquiridos na constância da sociedade conjugal com o produto do trabalho e da economia de ambos. Não há razão para que tais bens fiquem pertencendo exclusivamente ao marido. Não é de se presumir que só o marido ganhe dinheiro e possa adquirir bens. Nas famílias pobres a mulher trabalha e aufere recursos pecuniários, havendo casais em que só ela sustenta a família".

---

[102] O art. 258, no texto mencionado, está substituído pelo art. 1.640 do atual Código Civil.
[103] O art. 1.276 encontra regra equivalente no art. 641 do Código Civil de 2002.

A interpretação se alastrou pelos pretórios de todo o País e do Supremo Tribunal Federal, embora, não raramente, entendimentos diferentes se fazem sentir. Gomes (1999 p. 119) apontava mais razões, reportando-se em doutrina antiga:

> "A matéria suscita controvérsia doutrinária e enseja dissídio jurisprudencial. Sustentam, dentre outros, que a separação é absoluta: Savóia de Medeiros, Oliveira e Castro, Clóvis Beviláqua, Pontes de Miranda, Carvalho Santos e Caio Mário. Do outro lado, encontram-se Eduardo Espínola, Vicente Ráo, Philadelpho de Azevedo, Francisco Morato e Cândido de Oliveira. A ideia de que a comunicação dos bens adquiridos na constância do matrimônio anularia o efeito protetor da exigência da separação cede diante do princípio de que, entre os cônjuges, e até entre os concubinos, se constitui uma societas generales questuaria, sendo os aquestos produto do esforço comum.
> [...]
> No regime de separação legal, a exegese mais correta é a que sustenta a comunicabilidade dos aquestos, quando formados pela atuação comum do marido e da mulher. Se na sociedade de fato prevalece tal solução, quanto mais no casamento, que é um Plus, em uma união institucionalizada e protegida por todos os ordenamentos jurídicos. Esta posição encontra inspiração na equidade e na lógica do razoável, que foi formada pelos motivos subjacentes da Súmula n° 377. Com isso, atinge-se efetivamente o desiderato da lei, feita em uma época em que os matrimônios realizados por interesse eram mais frequentes, que é desestimular as uniões meramente especulativas".

O STJ, ao examinar Embargos de Divergência em sede de Recurso Especial (EREsp 1623858/MG), em 2008, apreciou a matéria e decidiu, conclusivamente, no sentido de haver a necessidade de se provar o esforço comum no bojo da separação obrigatória para se ter a comunicação dos aquestos. Em razão da importância da decisão, apresenta-se o referido acordão:

> "EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. CASAMENTO CONTRAÍDO SOB CAUSA SUSPENSIVA. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS (CC/1916, ART. 258, II; CC/2002, ART. 1.641, II). PARTILHA. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. PRESSUPOSTO DA PRETENSÃO. MODERNA COMPREENSÃO DA SÚMULA 377/STF. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS. 1. Nos moldes do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, ao casamento contraído sob causa suspensiva, impõe-se o regime da separação obrigatória de bens. 2. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição. 3. Releitura da antiga Súmula 377/STF (No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento), editada com o intuito de interpretar o art. 259 do CC/1916, ainda na época em que cabia à Suprema Corte decidir em última instância acerca da interpretação da legislação federal, mister que hoje cabe ao Superior Tribunal de Justiça. 4. Embargos de divergência conhecidos e providos, para dar provimento ao recurso especial. (EREsp 1623858/MG, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/05/2018, DJe 30/05/2018)".

Diante desse julgado, que unificou atualmente o entendimento a respeito da matéria (2ª Seção do STJ), podem-se extrair algumas conclusões: hoje, quando presente o regime da separação de bens (obrigatória ou legal), fora o fato de ainda prevalecer a entendimento quanto à incidência da Súmula 377, mesmo diante do atual Código Civil, exigiria a efetiva prova do esforço comum para que um dos cônjuges possa se beneficiar da partilha do patrimônio adquirido onerosamente por seu companheiro, durante a vigência do casamento ou união estável.

No sentido de haver a descaracterização do regime da separação de bens, quando se passa a exigir a prova concreta do esforço comum, pode-se mencionar o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> "APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. VARÃO SEXAGENÁRIO AO TEMPO DO INÍCIO DO RELACIONAMENTO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 377 DO STF. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DESSE ENUNCIADO. PARTILHA MEDIANTE PROVA DE CONTRIBUIÇÃO DOS BENS HAVIDOS NA VIGÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. 1. Não há vício material na norma do inciso II do art. 1.641 do CCB, uma vez que a própria Constituição Federal - e, destacadamente, a Lei no 10.741/03 - estabelece necessidade de proteção especial e diferenciada às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos- em consonância com o intuito da regra do Código Civil (na redação anterior à atual, que torna obrigatório o regime de separação de bens somente a partir dos 70 anos). 2. Aplica-se às uniões estáveis a regra de separação obrigatória/legal de bens, sob pena de tratamento privilegiado dessa entidade familiar. Precedente do STJ. 3. Incidente, também, por decorrência, a Súmula no 377 do STF, em sua interpretação restritiva, que exige prova de contribuição, aos moldes de uma sociedade de fato. Entender em sentido diverso significa descaracterizar o próprio regime de separação de bens, porquanto, ao fim e ao cabo, a presunção de contribuição seria uma forma de burlar a regra, transformando esse regime em uma verdadeira comunhão parcial. 4. Não há nos autos mínima comprovação de que a autora tenha efetivamente contribuído na aquisição dos bens que pretende partilhar, o que leva à improcedência do pleito. Por maioria, negaram provimento (TJRS, Apelação Cível no 70043554161, 8a CC, julgado em 04.08.2011)".

Ao se analisar os fundamentos utilizados pelo EREsp 1623858/MG do STJ, torna-se importante ressaltar:

I. Quando o STJ reafirmou a necessidade da prova do esforço comum na separação obrigatória, referiu a necessidade premente de se proceder à distinção entre os regimes da separação obrigatória e da comunhão parcial, haja vista que desde a edição da Súmula n. 377, tais regimes de bens passaram a se equiparar em termos práticos no que concerne aos efeitos gerados durante o matrimônio (em ambos os regimes haveria a comunhão dos bens onerosamente adquiridos por qualquer dos

consortes e a separação daqueles bens considerados particulares, de acordo com rol expresso em lei); e

II. o fato de ter se valido do argumento da necessidade de discussão e prova do "esforço comum", para fins de comunicabilidade dos bens onerosamente adquiridos na constância do casamento, muito embora se possa compreender a intenção do STJ em proceder a diferenciação dos regimes, deve-se ressaltar que não agiu sob o ponto de vista técnico.

Ao invés se afastar a incidência da Súmula n. 377 do STF, preferiu continuar com a sua aplicação e pretendeu corrigir a distorção gerada ao sistema por meio de novos fundamentos. Ocorre que, tais argumentos, também não podem ser considerados tecnicamente corretos, à luz do Direito. Com o referido acórdão, foi inserido, no seio do Direito de Família, matéria tipicamente discutida nas obrigações: necessidade de se provar o esforço comum para que houvesse a comunicabilidade dos aquestos.

Embora não fosse tecnicamente correta a aplicação da Súmula n. 377 do STF, atualmente, e nem a exigência da prova do esforço comum no âmbito do regime da separação obrigatória ou legal de bens, o que se pode concluir a respeito do tema, de acordo com o entendimento pacificado pelo STJ, seria o seguinte[104]:

---

[104] Pode-se, assim, dividir a doutrina em dois grupos (TARTUCE, 2015, p. 911) : i) 1º grupo – entende haver a inaplicabilidade da súmula: Silvio Rodrigues ; Francisco Cahali ; José Fernando Simão ; a referida corrente tem por fundamento o fato de não ter havido a manutenção de regra semelhante àquela contida no revogado artigo 259 do CC/16; ii) 2º grupo – entende estar aplicável a súmula: Nelson Nery e Rosa Nery ; Zeno Veloso ; Rodrigo Toscano de Brito ; Paulo Lôbo ; Maria Berenice Dias ; Maria Helena Diniz ; Eduardo de Oliveira Leite ; Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald; Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Palmplona Filho, Silvio Venosa, Flávio Tartuce; a presente corrente se embasa no argumento da necessidade de evitar o enriquecimento sem causa no bojo do regime. Destaca-se que dentre alguns autores há entendimento no sentido de se dispensar a prova do esforço comum, como ocorre no caso de Paulo Lôbo e Maria Berenice Dias." Por ora, em síntese, em sede na doutrina, embora não se possa afirmar um consenso, é possível vislumbrar a preponderância da corrente que atualmente defende a plena aplicabilidade da Súmula 377 do STF. Já ao se averiguar a posição jurisprudencial em torno do tema, percebe-se que a corrente majoritária pende para a atual aplicabilidade da súmula (TARTUCE, 2015). Nesse ponto, importante enfatizar que se torna possível, inclusive, afirmar que o posicionamento da jurisprudência se encontra pacificado. Tal façanha se deu em razão de decisão prolatada pelo STJ em sede de Embargos de Divergência em Recurso Especial (EREsp 1171820/PR). Nesse diapasão, é possível perceber que o STJ, antes mesmo de proferir a aludida decisão em sede de Embargos de Divergência, demonstrava afinidade no que tange à aplicação da Súmula 377 perante o atual Ordenamento Jurídico. Para ilustrar, cita-se o REsp 1689152/SC, em cujo acórdão ficou evidenciado, inclusive, o argumento relativamente à aplicação da súmula independentemente da não mais coexistência na atual Ordem de regra semelhante àquela que trazia o artigo 259 do CC/16. Ainda, importante se faz consignar que, no que tange a atuação dos demais Tribunais Superiores e Estaduais do Brasil, percebe-se que o entendimento que tem prevalecido, relativamente à questão da aplicabilidade da Súmula 377 hodiernamente, seria aquele mesmo que, recentemente, fora unificado pelo STJ em sede de Embargos de Divergência. Nessa toada (TARTUCE, 2015, p. 96): TJCE, Apelação 676-75.2009.8.06.0167/1, 5.a Câmara Cível, Rel. Des. Francisco Suenon Bastos Mota, DJCE 19.08.2011, p. 52; TJRS, Apelação Cível 628181-06.2010.8.21.7000, Campina das Missões, 8.a Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 24.02.2011, DJERS 09.03.2011; TJGO, Apelação Cível 112258-0/188, Goiatuba, Rel. Des. Kisleu Dias

- quanto ao regime da separação convencional de bens, não se consideraria prova de esforço comum, isso por uma razão simples - inexistem aquestos nesse tipo de regime, por haver uma separação pura de bens (aqui todos os bens do casal se enquadrariam na categoria de "bens particulares");

- quanto ao regime da separação legal ou obrigatória, percebe-se que os bens do casal se dividiriam em duas classes - em função de se aplicar o entendimento do enunciado sumular de número n. 377 do STF, a dos "bens comuns" e a dos "bens particulares". E apenas no que atina à classe dos "bens comuns", de acordo com o atual entendimento jurisprudencial, poderia discutir a necessidade de se comprovar o esforço comum.

Seção 2 - A incidência da Súmula 377 na união estável

O tema concernente à união estável sempre esteve envolto de muita discussão e divergência, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, principalmente quando há referência ao confronto que sempre permeou a linha divisória entre tal instituto e o do casamento, especialmente, no que concerne ao campo normativo erigido pela Constituição Federal e pelas normas infraconstitucionais a seu respeito.

Pretende-se, nesse campo, desenvolver o estudo adstrito à questão atinente a aplicabilidade da Súmula 377 do STF aos casos configuradores de união estável entre pessoas idosas. No entanto, o regime da separação obrigatória de bens, em razão da idade dos conviventes, aplica-se à união estável (artigo 1641, II do CC/02 e artigo 258, parágrafo único, II do CC/16), mas o verbete sumular 377 do STF tem aplicação aos casos envolvendo a união estável?

Esse instituto, antes, não obstante fosse inegável sua presença no âmbito dos costumes sociais, durante toda trajetória histórica social brasileira, quase sempre permaneceu à margem do Direito e do próprio corpo social, não havendo, sequer, preocupação no sentido de regulamentar os deveres e prerrogativas daqueles considerados "companheiros" (LÔBO, 2011).

De todo modo, não possuía o devido reconhecimento estatal e, sob essa perspectiva, não passava de uma mera relação interpessoal de caráter informal, imprópria para a

---

Maciel Filho, DJGO 04.03.2008, p. 187 e TJMG, Apelação Cível 1.0528.07.004241-1/0011, Prata, 6.a Câmara Cível, Rel. Des. Antônio Sérvulo, j. 04.11.2008, DJEMG 12.12.2008.

constituição da família legítima, que, para esse instante da história, apenas poderia ser constituída através da celebração do casamento.

Dessa maneira, as uniões não formadas pelo matrimônio não eram acolhidas apropriadamente pelo Direito e, quando muito, e somente depois de se passado tempos, conquistou pela técnica da analogia algumas consequências jurídicas relacionadas a seara do Direito Obrigacional. Ratificando essa explicação, aludia a doutrina (DIAS, 2016, p. 239):

> "Apesar da rejeição social e do repudio do legislador, vínculo afetivos fora do casamento sempre existiram. O Código Civil de 1916, com o proposito de proteger a família constituída pelos sagrados laços do matrimônio, omitiu-se em regular as relações extramatrimoniais. E foi além. Restou por puni-las. Tantas reprovações, contudo, não lograram coibir o surgimento de relações afetivas extramatrimoniais. Não há lei, nem do deus que for, nem dos homens, que proíba o ser humano de buscar a felicidade. As uniões surgidas sem o selo do casamento eram identificadas com o nome de concubinato".

Ainda naquela época, em função do crescimento do número de demandas em que se buscava do Poder Judiciário o reconhecimento da união estável de forma apropriado pelo Direito, deu-se início no âmbito dos Tribunais Pátrios a utilização de uma forte corrente de pensamento em que se passou a conceder aos casos que fossem apresentados de união estável algumas prerrogativas inéditas, porém, de forma "camuflada" (DIAS, 2016).

Como exemplo, a denominada "indenização por serviços domésticos prestados", valor que objetivava substituir a função dos alimentos e era fornecido em casos envolvendo ex-companheiro que, por não possuir profissão ou qualquer outro meio de subsistência material, poderia vir a sofrer com a falta de recursos decorrente, pois ele dependia economicamente do outro companheiro.

Segundo a doutrina, outro argumento também utilizado para a sua concessão era a necessidade de se evitar o enriquecimento sem causa, pois uma das partes da relação (via de regra, o homem) poderia se beneficiar, eventualmente, dos trabalhos domésticos e da dedicação da ex-companheira, mas sem que houvesse direito da outra parte a qualquer forma de retribuição contraprestativa.

A jurisprudência, ao se deparar com o crescente número de casos relacionados ao tema, como uma forma de evitar a perpetuação de injustiças nos casos concretos que lhes eram apresentados, passou a reconhecer a união estável como uma típica "sociedade de fato". A partir disso, passou-se a aplicar ao instituto algumas regras inerentes às próprias sociedades empresariais, sendo que os companheiros seriam vistos como verdadeiros

“sócios”, e o patrimônio amealhado durante a vida em comum seria dividido da mesma forma como ocorria com a “divisão de lucros” na atividade empresarial. Nesse instante, se promulgou, inclusive, a Súmula de número 380 do STF[105], cujo teor será estudado a seguir[106].

Avançando-se no tempo, no Brasil, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, com a decisão da Assembleia Constituinte Originária de erigir a família como base da sociedade (artigo 226, *caput*[107]), finalmente foi dado, ao menos segundo a literalidade do texto constitucional, reconhecimento e proteção estatal à união estável mantida entre homem e mulher (artigo 226, § 3º).

Importante enfatizar que a Constituição quis, a partir de seu texto, conferir especial proteção à família, esta que poderia se manifestar quer pela via matrimonial quer pela da união estável. Entretanto, não se poderia asseverar que, por intermédio daquele texto, houvesse a pretensão do legislador constituinte de conferir maior proteção a alguma daquelas formas de constituição de família em detrimento da outra. Não se poderia interpretar a ordem escolhida pela Carta Constitucional, quando menciona o casamento, em primeiro lugar, e somente ao final inclui a união estável, como sendo fator de desequiparação, pois, conforme entende parte da doutrina, houve, a partir da Carta Constitucional de 1988, verdadeira equiparação entre os modelos de família, ainda que se possa afirmar haver diferenças óbvias entre elas (DIAS, 2016). Paulo Lôbo (2001)[108]: inclusive, entende-se a existência de uma “cláusula geral de inclusão”, conforme se depreende de suas palavras:

---

[105] Eis o teor da mencionada súmula: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

[106] Explica a doutrina Paulo Lôbo (2011, p. 169): “A jurisprudência brasileira, tangenciando os óbices legais, procurou construir soluções de justiça para essas situações existenciais, configurando verdadeiro uso alternativo do direito, ante a pressão incontornável da realidade social. A principal vítima foi a mulher, estigmatizada como concubina, tendo em vista a cultura patriarcal que impedia ou inibia seu acesso ao mercado de trabalho, o que a deixava sob a dependência econômica do homem, enquanto merecesse seu afeto. A mulher separada de fato ou solteira que se unia a um homem, com impedimento para casar, além do estigma, era relegada ao mundo dos sem direitos, quando dissolvido o concubinato, pouco importando que derivasse de convivência estável e que perdurasse por décadas, normalmente com filhos. Desconsideravam-se não apenas os aspectos existenciais dessa relação familiar, como a criação dos filhos e sua dedicação ao progresso do companheiro, mas os aspectos patrimoniais, para cuja aquisição e manutenção a companheira tinha colaborado, assumindo as responsabilidades familiares e a estabilidade que ele necessitava para desenvolver suas atividades. As soluções equitativas, que levaram em conta o evidente enriquecimento sem causa do companheiro, desembocaram na dé- cada de 60 do século XX nas Sumulas 380 e 382 do STF, com os seguintes enunciados: [...]”

[107] Estabelece o mencionado dispositivo: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. [...]

[108] CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 3., 2001, Belo Horizonte. ENTIDADES FAMILIARES CONSTITUCIONALIZADAS: PARA ALÉM DO "NUMERUS CLAUSUS". Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família - Ibdfam, 2001. 19 p. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/193.pdf. Acesso em: 11 maio 2020.

> "O objeto da norma não é a família, como valor autônomo, em detrimento das pessoas humanas que a integram. Antes foi assim, pois a finalidade era reprimir ou inibir as famílias 'ilícitas', desse modo consideradas todas aquelas que não estivessem compreendidas no modelo único (casamento), em torno do qual o direito de família se organizou. 'A regulamentação legal da família voltava-se, anteriormente, para a máxima proteção da paz doméstica, considerando-se a família fundada no casamento como um bem em si mesmo, enaltecida como instituição essencial'. O caput do art. 226 é, consequentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade".

A intenção da nova Carta Constitucional conferiu o *status* de "entidade familiar" ao instituto da união estável, o que ocorreu, na prática, e também segundo os Tribunais Superiores, foi que não se abandonou o antigo costume de rotulá-la como sendo "sociedade de fato", inclusive continuando-se a aplicar a antiga Súmula 380 do STF. Explica a doutrina (DIAS, 2016, p. 241):

> "A especial proteção constitucional conferida à união estável de nada ou de muito pouco serviu. Apesar de a doutrina ter afirmado o surgimento de novo sistema jurídico de aplicação imediata, não sendo mais possível falar em sociedade de fato, o mesmo não aconteceu com os tribunais. A união estável permaneceu no âmbito do direito das obrigações. Nenhum avanço houve na concessão de direitos, além do que já vinha sendo deferido. A Sumula 380 continuou a ser invocada. As demandas permaneceram nas varas cíveis. Também em matéria sucessória não houve nenhuma evolução. Persistiu a vedação de conceder herança ao companheiro sobre- vivente e a negativa de assegurar direito real de habitação ou usufruto de parte dos bens".

Ainda, mesmo diante do novo texto da CF/88, de onde se extrai proteção do Estado a outras entidades familiares diversas das formadas pelo casamento, o que se pôde observar durante anos, na praxe, foi que se continuou dando primazia à "família matrimonial" em detrimento de outras.

Dessa maneira, principalmente durante o período de início de vigência da Carta Constitucional de 1988, era perceptível, principalmente na seara da jurisprudência, um imenso cuidado de se manter a figura do casamento sempre em patamar superior ao da união estável. Isso se refletia, precipuamente, quando se discutia no judiciário a concessão ou não de certos privilégios ou direitos que, de acordo com os antigos costumes, eram adstritos apenas ao campo do casamento, à união estável. Era evidente a preocupação de se manter o instituto do casamento em patamares superiores, pois imaginava-se, nesse período, que a paridade com relação à união estável desaguaria no desprestígio ou o rebaixamento do matrimônio como uma instituição legitima a constituir a família. Tal linha

de pensamento tinha por base a parte final da redação do § 3º do artigo 226 da CF/88 que estipulava ser dever da lei a facilitação da conversão da união estável em casamento[109].

Ainda na década de 1980, tendo em vista a falta de efetividade na aplicação da norma contida na CF/88, foram publicadas duas normas a respeito do tema. A primeira delas, considerada a primeira a tratar do assunto em âmbito infraconstitucional, foi a Lei 8971 de 1994. Tal norma regulamentava o tema concernente aos alimentos e sucessão. Guardava em seu interior resquícios de preconceito, pois reconhecia a união estável apenas entre pessoas solteiras, judicialmente separadas ou divorciadas, excluindo os separados de fato.

Dentre seus artigos, definiu dois requisitos essenciais para sua configuração, de natureza objetiva, sendo um relacionado ao tempo mínimo de vida em comum (mais de 5 anos) e, o segundo, atinente a existência ou não de prole comum (artigo 1º, caput)[110].

A legislação decidiu equiparar o direito sucessório dos cônjuges e dos companheiros, conforme artigo 1611 do CC/16[111] e do artigo 2º da Lei 8.971[112] e artigo 7º

---

[109] Corroborando a explicação, o acórdão proferido no REsp 1.090.772 da 3ª Turma do STJ: "RECURSO ESPECIAL - UNIÃO ESTÁVEL - APLICAÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS, EM RAZÃO DA SENILIDADE DE UM DOS CONSORTES, CONSTANTE DO ARTIGO 1641, II, DO CÓDIGO CIVIL, À UNIÃO ESTÁVEL - NECESSIDADE - COMPANHEIRO SUPÉRSTITE - PARTICIPAÇÃO NA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO FALECIDO QUANTO AOS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL - OBSERVÂNCIA - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1790, CC - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - O artigo 1725 do Código Civil preconiza que, na união estável, o regime de bens vigente é o da comunhão parcial. Contudo, referido preceito legal não encerra um comando absoluto, já que, além de conter inequívoca cláusula restritiva ("no que couber"), permite aos companheiros contratarem, por escrito, de forma diversa; II - A não extensão do regime da separação obrigatória de bens, em razão da senilidade do de cujus, constante do artigo 1641, II, do Código Civil, à união estável equivaleria, em tais situações, ao desestímulo ao casamento, o que, certamente, discrepa da finalidade arraigada no ordenamento jurídico nacional, o qual se propõe a facilitar a convolação da união estável em casamento, e não o contrário; IV - Ressalte-se, contudo, que a aplicação de tal regime deve inequivocamente sofrer a contemporização do Enunciado n. 377/STF, pois os bens adquiridos na constância, no caso, da união estável, devem comunicar-se, independente da prova de que tais bens são provenientes do esforço comum, já que a solidariedade, inerente à vida comum do casal, por si só, é fator contributivo para a aquisição dos frutos na constância de tal convivência; V - Excluída a meação, nos termos postos na presente decisão, a companheira supérstite participará da sucessão do companheiro falecido em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da convivência (período que não se inicia com a declaração judicial que reconhece a união estável, mas, sim, com a efetiva convivência), em concorrência com os outros parentes sucessíveis (inciso III, do artigo 1790, CC). VI - Recurso parcialmente provido. (REsp 1090722/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 30/08/2010)"

[110] Eis a redação do dispositivo citado da Lei 8971 de 1994: "Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade. Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva".

[111] Dispunha o artigo 1611 do CC/16: "Art. 1.611. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se ao tempo da morte do outro não estavam desquitados".

[112] Eis a redação do artigo da Lei 9.271: "Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições: I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou

da Lei 9.278[113]. Entretanto, com a entrada em vigor do novo Código Civil de 2002, de acordo com seu artigo 1790[114], o legislador decidiu desequiparar o regime sucessório que incidia em relação àqueles submetidos às regras do casamento e aqueles que tão somente formariam família a partir das regras da união estável.

Pouco tempo depois, promulgou-se a Lei 9278 de 1996, que representou enormes avanços no campo da união estável. Dentre suas características estava o fato de não haver mais a previsão de prazo mínimo para qualificar a convivência, assim como ficou expressamente consignada a possibilidade de sua configuração quando estivesse presente a separação de fato em relação a qualquer dos conviventes (artigo 1º[115]). Outro avanço dessa lei foi a de prever expressamente a Vara da Família[116] para dirimir conflitos envolvendo o tema (artigo 9º[117]), assim como também estabeleceu uma presunção relativa da existência de esforço comum no que confere ao patrimônio amealhado pelos conviventes durante a vida em conjunto (artigo 5º[118]).

Em continuação à análise da evolução histórica à partir da ótica da legislação infraconstitucional, entra em cena o atual Código Civil, revogando-se tacitamente as duas leis acima tratadas. Tendo sido inovador, quando comparado ao anterior CC/16, que nada

---

comuns; II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes; III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança".

[113] Da redação do artigo 7º da Lei 9.278 consta o seguinte: "Art. 7° Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos. Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família".

[114] "Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694) I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança".

[115] "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".

[116] Com relação à questão processual atinente à competência, estabeleceu o atual CPC: "Art. 693. As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação. Parágrafo único. A ação de alimentos e a que versar sobre interesse de criança ou de adolescente observarão o procedimento previsto em legislação específica, aplicando-se, no que couber, as disposições deste Capítulo".

[117] Eis a redação do artigo: "Art. 9° Toda a matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça".

[118] Determinava o dispositivo citado da Lei 9278: "Art. 5° Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito. § 1° Cessa a presunção do caput deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união. § 2° A administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito".

previu a respeito do tema, introduziu a matéria dentro do Título III do Livro IV ("Do Direito de Família") mediante o título "Da União Estável". Explica a doutrina que a razão de tê-la inserido o legislador tão somente nos últimos capítulos do Livro de Direito de Família, antes apenas da tutela e curatela (Título IV), estaria no fato de que a somente com a publicação da CF/88 é que a matéria passou a ser, finalmente, reconhecida e tutelada pelo Estado, de forma ostensiva, sendo que o CC/02, naquele tempo, já se encontrava em fase de elaboração. Nessa perspectiva, explica a doutrina (DIAS, 2016, p. 243):

> "O Código Civil incluiu a união estável no último capítulo do livro do direito das famílias, antes da tutela e da curatela. A justificativa é que o instituto só foi reconhecido pela Constituição quando o Código já estava em elaboração. Limitou-se a reproduzir a legislação que existia, reconhecendo como estável (CC 1.723) a convivência duradoura, publica e contínua de um homem e de uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família. Socorre-se o legislador da ideia de família como parâmetro para conceder efeitos jurídicos à união estável, o tratamento não é igual. Há direitos que são deferidos somente aos cônjuges".

Dessa maneira, quando se comparava a forma de tratamento que conferia o CC/02 ao casamento e a união estável, tornava-se perceptível, mais uma vez, a referendada mentalidade que mesclava intencionalmente fatores discriminatórios entre os institutos[119]. A despeito de ambas as formas de constituição familiar serem merecedoras de idêntica forma de proteção pelo Estado, o rebaixamento da união estável estampada no CC/02 ficava clarividente, pois teria este reservado tão somente três sucintos dispositivos para dar azo a toda regulamentação da matéria (artigos 1723 a 1726), seja o viés de ordem pessoal ou patrimonial.

Mas, ainda sob o enfoque dado pelo atual Código à matéria, outros dispositivos esparsos pelo seu corpo teriam feito alusão à matéria da união estável, conforme explana a doutrina (DIAS, 2016, p. 243):

> "Fora do capítulo específico, outros dispositivos fazem referência à união estável. É reconhecido o vínculo de afinidade entre os conviventes (CC 1.595) e mantido o poder familiar a ambos os pais (CC 1.631), sendo que a dissolução da união não altera as relações entre pais e filhos (CC 1.632). Aos companheiros

[119] Isso também foi explicado pela doutrina da seguinte forma (LÔBO, 2016, p. 170): "Finalmente, o Código Civil de 2002 sistematizou toda a matéria relativa à união estável, revogando-se, em consequência, a legislação anterior. Toda- via, a preferência evidente do legislador pelo casamento fez com que nem sempre haja tratamento isonômico para as duas entidades, sendo inadmissível que sua inserção no Código tenha sido feita após as relações de direito patrimonial. Melhor seria que as matérias contidas nos arts. 1.723 a 1.727 fossem distribuídas, de acordo com sua natureza, entre os direitos pessoais e os patrimoniais, como se fez com o casamento. Afinal, as relações de parentesco, o poder familiar, o direito de filiação, a guarda dos filhos, por exemplo, são comuns ao casamento e à união estável, e até mesmo à União monoparental˜.

> são assegurados alimentos (CC 1.694) e o direito de instituir bem de família (CC 1.711), assim como é admitido que um seja curador do outro (CC 1.775)".

Avançando-se com os estudos, somente após infindáveis embates e diversas interpretações conferidas ao tema, uma nova corrente interpretativa, que passa a equiparar a união estável ao casamento, sob diversos aspectos, começa a ganhar força no âmbito dos Tribunais Superiores. Tal mudança de perspectiva, que passou a se dar de maneira paulatina, até os dias atuais, não se consolidou de forma concreta em sua plenitude, não sendo raro, portanto, encontrar, ainda, entendimentos contrários à tal equiparação.

Não obstante exista ainda certa renitência por parte de alguns, o tema ganhou um aliado desde que foi promulgado o atual Código de Processo Civil (Lei 13105 de 2015). Isso porque tal diploma deu enorme ênfase aos institutos dos precedentes vinculantes, o que acaba, em última análise, forçando os resistentes a acatar aquilo que fora decidido dentro dessa sistemática.

Superada a evolução do tema relacionado à união estável em sede de legislação, quando se perquire a maneira pela qual o tema se desenrolou na esfera jurisprudencial, fica evidente que, da mesma forma, a mudança na forma de se interpretar o assunto se deu de maneira lenta e paulatina. Para ilustrar, citam-se algumas ações importantíssimas para a construção do atual cenário que circunda a união estável: ADI 132 do STF[120], proposta; RE 646.721 do STF[121]; Recurso Extraordinário 878.694[122]; dentre outros.

---

[120] Foi uma das primeiras demandas significativas sobre a matéria, e tinha por objetivo avaliar a compatibilidade do artigo 1723 do CC/02 perante a novel ordem instituída pela CF/88 no que tange à legitimidade como entidade familiar das chamadas "uniões homoafetivas". O Supremo Tribunal, em votação unanime, conferiu interpretação conforme à Constituição do mencionado dispositivo do Código Civil, tendo sido estabelecida a seguinte tese no julgado: [...] "6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva" [...].

[121] Possuía o escopo de apreciar a constitucionalidade do artigo 1790 do CC/02 frente ao que determina o §3º do artigo 226 da CF/88, tendo em vista que a partir de sua vigência, o sistema sucessório estabelecido na lei em relação ao cônjuge (casamento) e ao companheiro (união estável) sofreu uma profunda desequiparação por parte do legislador. Como resultado, o STF estabeleceu a seguinte tese em seu julgamento: "no sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002". Eis a ementa integral do RE 646.721 do STF: "Ementa: Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Aplicação do artigo 1.790 do Código Civil à sucessão em união estável homoafetiva. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hetero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a "inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um

Após o estudo de sua evolução, no âmbito da lei e das decisões dos Tribunais Superiores nacionais, dá-se início, a partir desse ponto, ao estudo da união estável no que tange ao seu conceito, sua natureza jurídica e seus principais requisitos de constituição.

Torna-se importante afirmar que a própria denominação "união estável" se afigurou algo recente, tendo em vista que, antes disso, era comum se fazer referência ao instituto como "concubinato"[123], termo este que, dada a carga negativa que hoje carrega, deve ter

---

novo e autonomizado núcleo doméstico", aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011) 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso. 3. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 4. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: "No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002". RE 646721, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-204 DIVULG 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017)".

[122] A interposição do Recurso Extraordinário 878.694 teve por objeto estabelecer alguns critérios de segurança jurídica, no tocante a aplicação daquilo que fora estabelecido no bojo do RE 646.721. Resumidamente, o STF estabeleceu a seguinte ideia em sua decisão: o entendimento firmado no RE 646.721 somente teria incidência aos casos de inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. Não obstante esse rol de temas apreciados pelo STF em matéria de união estável, percebeu-se que na doutrina e jurisprudência, concomitantemente à esse processo de desenvolvimento do tema, uma nova corrente interpretativa da união estável ganhava força e se enraizou por diversos outros seguimentos e tópicos do Direito Civil. De acordo com essa nova corrente de pensamento, a partir dos fundamentos corroborados pelo STF durante o julgamento do RE 646.721, iniciou-se um processo de interpretação de várias outras pontos que despontariam interesses tanto ao casamento quanto à união estável, e assim se iniciou um processo crescente de aplicação de regras de maneira isonômica tanto para o casamento quanto para união estável, passando-se assim considerar-se como ilegítima a discriminação da união estável em relação ao casamento. Diante desse peculiar cenário, o STF pretendeu corrigir a distorção de interpretação que estava sendo dada à fundamentação dada perante o julgamento do RE 646.721, o que em outras palavras significaria dizer que o STF afastou a tese de ter equiparado completamente os institutos do casamento e união estável para todo e qualquer fim, delimitando expressamente o objeto de julgamento daquele RE apenas à análise do artigo 1790 e 1829 do CC/02 diante do texto constitucional do §3º do artigo 226 da CF/88. Eis a ementa do referido julgado (Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário 878.694): "Ementa: Direito Constitucional e Civil. Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Aplicabilidade do art. 1.845 e outros dispositivos do Código Civil às uniões estáveis. Ausência de omissão ou contradição. 1. Embargos de declaração em que se questiona a aplicabilidade, às uniões estáveis, do art. 1.845 e de outros dispositivos do Código Civil que conformam o regime sucessório dos cônjuges. 2. A repercussão geral reconhecida diz respeito apenas à aplicabilidade do art. 1.829 do Código Civil às uniões estáveis. Não há omissão a respeito da aplicabilidade de outros dispositivos a tais casos. 3. Embargos de declaração rejeitados. (RE 878694 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-238 DIVULG 08-11-2018 PUBLIC 09-11-2018)".

[123] Segundo explica Paulo Lôbo (2011) o termo "concubinato" vem do latim *concubinatus*, advindo da conjugação de *cum* (com) e *cubare* (dormir).

seu uso restrito a algumas situações especiais e que não se confundiriam com o instituto da união estável.

Antes de sua atual rotulagem (união estável), a relação de convivência, informal, mantida pelo casal, e que não era chancelado pelo casamento, se intitulava "concubinato" em função da forte influência exercida pela Igreja Católica na época. Tal termo, depreciativo, era definido como relações imorais e ilícitas, que desafiavam a sacralidade do matrimônio (LÔBO, 2011). Em continuidade, Lôbo explicou (2011, p. 167-168):

> "A influência da Igreja Católica, inclusive durante o período da República — autoproclamada laica —, impediu as tentativas de projetos de lei em se atribuir alguns efeitos jurídicos ao concubinato, máxime em razão do impedimento legal ao divórcio, que apenas em 1977 ingressou na ordem jurídica brasileira. A ausência do divorcio foi responsável pelo crescimento exponencial das relações concubinárias".

Ressalta-se que o termo "concubinato", no período que compreende desde antes da promulgação da CF/88 até posteriormente com a Lei 6.515 de 1977 (Lei do Divórcio), recebeu duas definições distintas: o "concubinato puro", este constituído através da união de pessoas livres e aptas ao casamento, e o "concubinato adulterino", sendo este, por sua vez, utilizado para tachar uniões entre pessoas que estavam impedidas de se casarem.

A designação "união estável", para se referir à união livre de pessoas solteiras, ou separadas de fato, judicialmente ou divorciadas, somente teve sua consolidação após longa jornada explicitada em sua evolução no contexto histórico nacional. Quanto a terminologia adotada pela legislação para se referir ao instituto, a doutrina explica o seguinte (DIAS, 2016, p. 244):

> "Os termos mais usados nos textos legais para identificar os sujeitos de uma união estável são companheiros (L 8.971/94) e convivente (L 9.278/96). O Código Civil prefere o vocábulo companheiro, mas usa também convivente. O Código de Processo Civil usa exclusivamente a palavra companheiro. [....]".

Ainda quanto à terminologia adstrita ao tema, explica a doutrina que não se deve haver por sinônimo o conceito de "união civil", Conforme se depreende das seguintes palavras (PEREIRA, 2019, p. 1197):

> "Expressão criada para nomear as relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo. Utilizada pela primeira vez na Dinamarca, em 1989, Lei nº 372, e depois na França, em 1999, na lei que instituiu o Pacto Civil de Solidariedade – PACS, em que se concedia direitos civis às uniões homossexuais. Era uma forma acanhada de atribuir direitos a essas relações, pois ainda não eram tratadas na esfera do Direito de Família,

> mas na esfera do Direito Obrigacional. Embora ainda usada em alguns países, ela perdeu o seu sentido na medida em que vários ordenamentos jurídicos reconheceram legislativamente ou jurisprudencialmente as uniões entre pessoas do mesmo sexo no âmbito do Direito de Família, equiparando em todos os direitos às relações heteroafetivas, inclusive o casamento civil. E para desestigmatizar ainda mais, o ordenamento jurídico brasileiro adotou a expressão cunhada pela doutrinadora gaúcha, Maria Berenice Dias: uniões homoafetivas".

O atual Código Civil, que não chegou a definir a união estável, se limitou a fornecer os requisitos necessários para ela se consolidar. Tais informações constam do seu artigo 1723[124].

As críticas que por ventura pudessem ser conjecturadas ao que propôs o CC/O2 a respeito do tema, torna-se importante reconhecer seu mérito, se comparado ao que dispunha as duas revogadas legislações anteriores (Lei 9278 de 1996, que visou regulamentar o §3º do artigo 226 da Constituição Federal, e a Lei 8971 de 1994, cujo objetivo era estabelecer as normas concernentes aos alimentos e sucessão dos companheiros - haja vista que, quando de sua vigência, nada estabelecia a esse respeito o CC/16)[125], pois muito embora também não se pudesse encontrar em seus âmago uma definição adequada do instituto da união estável, ao menos quanto aos requisitos estabelecidos para sua configuração, poderia se identificar enorme avanço.

A dificuldade está em se construir conceito tecnicamente exato, e que reflita o atual papel representado por qualquer instituto do Direito. Contudo, esta tarefa se torna mais complexa ao se reportar ao tema da união estável, que, em sua essência, nasce da simples convivência do casal, um fato jurídico que, evoluindo, passa à categoria de ato jurídico, dada a vontade da norma de consubstanciar esse efeito. Por desnecessitar de qualquer formalidade, ou mesmo de manifestação de vontade expressa, sua consolidação fática ainda carece de um momento exato no tempo, sendo imprescindível uma investigação conjunta de todo período convivencial, para que se ateste sua concreta existência, sendo o

---

[124] Dispõe o mencionado dispositivo do CC/02: "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. § 1 o A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521 ; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. § 2 o As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável".

[125] O artigo 1º da Lei 9278 de 1996 estabelecia o seguinte: "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". Já com relação à Lei 8971 de 1994, seu artigo 1º tinha a seguinte redação: "Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade. Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva".

requisito temporal (tempo mínimo para sua configuração) o elemento de menor importância para tanto. Para definição de união estável, Paulo Lôbo (2011, p. 169)[126] explicou:

---

[126] Ainda sobre isso, a doutrina (PEREIRA, 2018, p. 1197-1204): "É a expressão adotada pela Constituição da República de 1988 para designar uma das formas e possibilidades de constituição de família, além do casamento e das famílias monoparentais, descritas exemplificativamente pelo art. 226, § 3º. O primeiro registro desta expressão no Direito brasileiro foi feito em 1975 pelo desembargador paulista e doutrinador, Edgard de Moura Bittencourt, em seu livro *Concubinato*. É a convivência *more uxório*, ou melhor, é a relação afetivo-amorosa entre duas pessoas, não incestuosa, com estabilidade e durabilidade, vivendo sob o mesmo teto ou não, constituindo família sem o vínculo do casamento civil. Historicamente, foi também chamada de mancebia, amigação, barregã, concubinato etc. É um casamento de fato. Essa noção não está longe daquela que se diz popularmente para designar uma relação de duas pessoas que se apresentam como marido e mulher, como se casados fossem: "Quem ama com fé, casado é." Embora não sejam rígidos, podemos apontar como elementos que integram ou que caracterizam a união estável a durabilidade da relação, a existência de filhos, aquisição patrimonial em comum, a relação de dependência econômica, *affectio societatis*, coabitação, lealdade, notoriedade, a comunhão de vida, enfim, tudo aquilo que faça a relação parecer um casamento. É a posse de estado de casado. Não é necessário que todos esses elementos estejam presentes para que se configure uma união estável, são apenas indícios. O importante, ao analisar cada caso, é saber se na somatória dos elementos está presente ali um núcleo familiar, ou, na linguagem do art. 226 da Constituição Federal, uma entidade familiar. Uma das dificuldades de se delinear o conceito de união estável é que muitas vezes ela se confunde com namoro. Até o advento da Lei nº 8.971/94, o conceito de união estável era determinado pelo prazo de cinco anos. Embora esta lei não tenha sido revogada expressamente, a tentativa do conceito estabelecida em seu art. 1º, revogado pela Lei nº 9.278/96, assim dizia: *A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade. Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva*. Este conceito mais "fechado" provocou injustiças e mostrou-se contraditório. É que o prazo rígido de cinco anos, embora tenha sido referenciado nos costumes e em leis previdenciárias, mostrou-se equivocado. Pode ser que uma relação de apenas dois, três ou quatro anos, já pudesse ser caracterizada como família, ao passo que uma relação de mais de dez anos, por exemplo, não necessariamente seja família, mas apenas namoro. Até porque namoro não tem prazo de validade, isto é, pode-se namorar eternamente. Foi assim que a Lei nº 9.278/96, acertadamente, abriu o conceito: *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. 1º). Da mesma forma, o Código Civil brasileiro de 2002 manteve o conceito mais aberto. Apesar da dificuldade para aplicação aos casos concretos, um conceito mais aberto pode evitar julgamentos injustos. E assim, o art. 1.723 do CCB manteve a mesma ideia da Lei nº 9.278/96, ou seja, não delineou um prazo rígido como estabelecido na Lei nº 8.971/94. A regulamentação da união estável e do concubinato é um paradoxo. Por um lado, a interferência do Estado neste tipo de relacionamento vai acabando com a liberdade das pessoas de não se casarem, pois quanto mais se regulamenta, mais a aproxima do casamento e, consequentemente, ela vai deixando de existir para se tornar um quase casamento. Por outro lado, a falta de normas pode ocasionar injustiças, uma vez que da relação de afeto e da comunhão de vida entre duas pessoas nascem efeitos e consequências que merecem regulamentação, especialmente para proteger a parte economicamente mais fraca. Uniões livres, união estável, ou simplesmente concubinato sempre existiram, embora tenham sido tratadas à margem da lei, e, portanto, consideradas ilegítimas. A História das uniões estáveis, ou direito concubinário como tradicionalmente designado, tem suas raízes na França. Por isto se diz que a pátria do direito concubinário é a França. Foi lá, pela primeira vez, em 1892, que o tribunal reconheceu o esforço indireto de uma mulher na constituição do patrimônio. Da teoria do enriquecimento ilícito aplicado àquele caso, foi um passo para o reconhecimento destas relações como sociedade de fato. Foi assim que, no Brasil surgiu, na década de 1960, a Súmula 380 do STF: *Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum*. E, da teoria da sociedade de fato para as concepções do Direito de Família foi uma evolução rápida. Em geral, a informalidade, informalidade deste casamento de fato propicia que as partes não procedam aos registros formais daquilo que intencionalmente fazem: comunhão de vida e de interesses. A vida e o esforço comum acarretam propósitos de cooperação. Estabelece-se, então, uma sociedade conjugal de fato. É um contrato-realidade. É a relação que se vai constituindo pouco a pouco, é algo nascido do fato, ou criado pelo fato, ao

> "A união estável é a entidade familiar constituída por homem e mulher que convivem em posse do estado de casado, ou com aparência de casamento (*more uxório*). É um estado de fato que se converteu em relação jurídica em virtude de a Constituição e a lei atribuírem-lhe dignidade de entidade familiar própria, com seus elencos de direitos e deveres. Ainda que o casamento seja sua referência estrutural, é distinta deste; cada entidade é dotada de estatuto jurídico próprio, sem hierarquia ou primazia".

Com relação aos requisitos tipificados na lei para a sua constituição, sob o viés daqueles positivos, hodiernamente o CC/02 (artigo 1723) estabelece o seguinte: existir união entre duas pessoas (requisito subjetivo)[127], devendo ser esta desenvolvida de forma

---

contrário do casamento civil, cujas regras e consequências são predeterminadas. Em outras palavras, o concubinato-união estável deixou o Direito Obrigacional Obrigacional e encontrou seu respaldo no Direito de Família. O marco normativo para essas concepções foi a Constituição da República de 1988, que fez uma verdadeira revolução no Direito de Família, absorvendo a evolução social, ao estabelecer que há várias formas de se constituir família, inclusive pela união estável. Uma vez caracterizada a união estável, decorrem direitos pessoais e patrimoniais. No aspecto pessoal, é como no casamento. Pode-se registrá-la no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais (Provimento nº 37/14 CNJ), pode-se adotar o sobrenome do outro, e regulamenta-se guarda e convivência de filhos (Art. 1.724, CCB), que aliás independe de relação conjugal dos pais. Diferencia-se do casamento apenas porque não se altera, oficialmente, o estado civil, embora seja recomendável anunciar-se, para maior segurança jurídica dos negócios, como convivente ou vivendo em união estável, como tem exigido alguns cartórios nas escrituras e registros de imóveis. No aspecto patrimonial, em relação à comunicação de bens é idêntico ao casamento: se não foi feito contrato escrito de união estável, que pode ser por instrumento particular ou escritura pública, estabelecendo-se regras próprias, o regime de bens é o da lei, ou seja, o da comunhão parcial de bens (Art. 1.725, CCB). Se a união se dissolver pela morte de uma das partes, além da meação, o companheiro sobrevivo tem direito real de habitação (Art. 7º, parágrafo único, Lei nº 9.278/96) e à herança dos bens deixados pelo falecido, desde que adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Neste aspecto, reside aí a grande diferença de direitos entre as duas formas de se constituir família. No casamento, o cônjuge é herdeiro necessário e herda de acordo com as regras próprias do casamento (Art. 1.829, CCB). Na união estável, a (o) companheira(o) não necessariamente será herdeira(o) pois também segue regras próprias e específicas da união estável (Art. 1.790, CCB). Entretanto, em 2017 o STF julgou inconstitucional o art. 1.790 do CCB/2002, que estabelecia uma ordem de vocação hereditária diferente para as uniões estáveis hetero e homoafetiva. A decisão foi proferida no julgamento dos Recursos Extraordinários (REs) 646.721 e 878.694, ambos com repercussão geral reconhecida, aprovando a seguinte tese, válida para ambos os processos: "No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no art. 1.829 do Código Civil." DISPOSITIVOS NORMATIVOS CR – Art. 226. CC – Arts. 793, 1.642, 1.723, 1.724, 1.725, 1.726, 1.727, 1.790 – vide REs 646.721 e 878.694 –, 1.803. Lei nº 8.971/94 – Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Lei nº 9.278/92 – Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Súmulas: 35, 380 e 382 do STF. Provimento nº 37/14 CNJ – Dispõe sobre registro de União Estável no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais".

[127] Enfatiza o STJ (RESP 1157273) que a monogamia se caracterizaria elemento base da atual sociedade brasileira. Vide o Informativo jurisprudencial do STJ de número 435 de 17 a 21 de maio de 2010: "FAMÍLIA. UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS. PENSÃO. *In casu*, o de cujus foi casado com a recorrida e, ao separar-se consensualmente dela, iniciou um relacionamento afetivo com a recorrente, o qual durou de 1994 até o óbito dele em 2003. Sucede que, com a decretação do divórcio em 1999, a recorrida e o falecido voltaram a se relacionar, e esse novo relacionamento também durou até sua morte. Diante disso, as duas buscaram, mediante ação judicial, o reconhecimento de união estável, consequentemente, o direito à pensão do falecido. O juiz de primeiro grau, entendendo haver elementos inconfundíveis caracterizadores de união estável existente entre o de cujus e as demandantes, julgou ambos os pedidos procedentes, reconhecendo as uniões estáveis simultâneas e, por conseguinte, determinou o pagamento da pensão em favor de ambas, na proporção de 50% para cada uma. Na apelação interposta pela ora recorrente, a sentença foi mantida. Assim, a questão está em saber, sob a perspectiva do Direito de Família, se há viabilidade jurídica a amparar o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas. Nesta instância especial, ao apreciar o REsp, inicialmente se observou que a análise dos requisitos ínsitos à união estável deve centrar-se na conjunção de

pública, continua e duradoura, com o objetivo de se constituir família. (*affectio maritatis*). Mas ao lado destes, há o requisito de ordem negativa, consistente este na necessidade de inexistir qualquer dos impedimentos previstos pelo artigo 1521, entretanto não se aplicando aquele com esteio em seu inciso IV (pessoa casada e separada judicial ou faticamente (art 1723, §1º).

---

fatores presentes em cada hipótese, como a affectio societatis familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, a fidelidade, entre outros. Desse modo, entendeu-se que, no caso, a despeito do reconhecimento, na dicção do acórdão recorrido, da união estável entre o falecido e sua ex-mulher em concomitância com união estável preexistente por ele mantida com a recorrente, é certo que o casamento válido entre os ex-cônjuges já fora dissolvido pelo divórcio nos termos do art. 1.571, § 1º, do CC/2002, rompendo-se, definitivamente, os laços matrimoniais outrora existentes. Destarte, a continuidade da relação sob a roupagem de união estável não se enquadra nos moldes da norma civil vigente (art. 1.724 do CC/2002), porquanto esse relacionamento encontra obstáculo intransponível no dever de lealdade a ser observado entre os companheiros. Ressaltou-se que uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade, que integra o conceito de lealdade, para o fim de inserir, no âmbito do Direito de Família, relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descurar do fato de que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. Assinalou-se que, na espécie, a relação mantida entre o falecido e a recorrida (ex-esposa), despida dos requisitos caracterizadores da união estável, poderá ser reconhecida como sociedade de fato, caso deduzido pedido em processo diverso, para que o Poder Judiciário não deite em solo infértil relacionamentos que efetivamente existem no cenário dinâmico e fluido dessa nossa atual sociedade volátil. Assentou-se, também, que ignorar os desdobramentos familiares em suas infinitas incursões, em que núcleos afetivos justapõem-se, em relações paralelas, concomitantes e simultâneas, seria o mesmo que deixar de julgar com base na ausência de lei específica. Dessa forma, na hipótese de eventual interesse na partilha de bens deixados pelo falecido, deverá a recorrida fazer prova, em processo diverso, repita-se, de eventual esforço comum. Com essas considerações, entre outras, a Turma deu provimento ao recurso, para declarar o reconhecimento da união estável mantida entre o falecido e a recorrente e determinar, por conseguinte, o pagamento da pensão por morte em favor unicamente dela, companheira do falecido. REsp 1.157.273-RN, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 18/5/2010." Ainda, o STJ no Resp 1348458 expressamente afirmou a possibilidade de haver, para fins de união estável, a convivência entre pessoas do mesmo sexo. Sob essa perspectiva não mais poderia haver o uso dos termo "união homoafetiva", pois todas as suas formas devem ser vistas como "união estável" apenas. A ementa do mencionado julgado: "DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO CONCOMITANTE. DEVER DE FIDELIDADE. INTENÇÃO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. AUSÊNCIA. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1º e 2º da Lei 9.278/96. 1. Ação de reconhecimento de união estável, ajuizada em 20.03.2009. cRecurso especial concluso ao Gabinete em 25.04.2012.2. Discussão relativa ao reconhecimento de união estável quando não observado o dever de fidelidade pelo de cujus, que mantinha outro relacionamento estável com terceira. 3. Embora não seja expressamente referida na legislação pertinente, como requisito para configuração da união estável, a fidelidade está ínsita ao próprio dever de respeito e lealdade entre os companheiros. 4. A análise dos requisitos para configuração da união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a affectio societatis familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, e também a fidelidade. 5. Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade - que integra o conceito de lealdade e respeito mútuo - para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descurar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. 6. Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade. 7. Na hipótese, a recorrente não logrou êxito em demonstrar, nos termos da legislação vigente, a existência da união estável com o recorrido, podendo, no entanto, pleitear, em processo próprio, o reconhecimento de uma eventual uma sociedade de fato entre eles. 8. Recurso especial desprovido (REsp 1348458/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/05/2014, DJe 25/06/2014)".

Quanto ao fato de ser estabelecido por lei requisitos para que se constitua a união estável, justamente por ser esta um instituto de cunho fático e informal, critica-se tal postura do legislador, conforme se depreende do seguinte excerto doutrinário (LÔBO, 2011, p. 171):

> "Critica-se o paradoxo da regulamentação, pois "regulamentar o concubinato seria praticamente acabar com ele, matá-lo em sua essência, que é exatamente não estar preso às regras do casamento"; mas a não regulamentação não se confunde com a não proteção do Estado158. Restou o concubinato adulterino (uma das pessoas é casada — ou as duas — e mantém o casamento), ou relacionamento paralelo ao casamento, que se converteu em concubinato, simplesmente, e que o direito brasileiro resiste em considerar entidade familiar, remetendo-o à solução obrigacional pré-constitucional".

Assim, é importante rememorar a proposta apresentada pelo presente capítulo: se afirmou, de início, que duas eram as questões laterais a serem abordadas aqui, antes de se responder à indagação central desse ponto (se a Súmula 377 do STF teria aplicabilidade aos casos de união estável). A primeira das questões já fora tratada, passando-se, portanto, à abordagem da segunda delas: aplica-se à união estável o regime da separação obrigatória de bens em razão da idade dos conviventes (artigo 1641, II do CC/02 e artigo 258, parágrafo único, II do CC/16)?

Nesse diapasão, reservou-se para o presente instante a abordagem das características patrimoniais que rodeiam o tema da união estável. Assim, diante do que determina o artigo 1725 do CC/02[128], incidir-se-ia as regras alusivas ao regime da comunhão parcial de bens, salvo regra expressa em sentido contrário estabelecido pelos conviventes por meio de contrato.

O legislador optou por equiparar a união estável ao casamento, no que diz respeito ao regime legal ou supletivo de bens aplicável a ambos os institutos. Todas as regras concernentes ao regime matrimonial da comunhão de bens devem ser igualmente aplicáveis à hipótese de união estável, o que permite concluir que desde o início de vigência deste instituto, os bens adquiridos onerosamente por qualquer dos companheiros ingressam automaticamente na comunhão, sendo eles considerados bens comuns, independentemente da titularidade que deles constar perante os órgãos registrais competentes.

---

[128] Determina o aludido dispositivo: "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".

Em razão de se ter expressamente adotada a comunhão parcial como o regime legal ou supletivo, perante a sistemática normativa da união estável, é possível afirmar que aqui exista uma presunção legal, de ordem absoluta (*juris et de jure)*, no que concerne à prova do esforço comum para a aquisição dos bens ditos "comuns" entre companheiros. Tal concepção já foi, inclusive, corroborada pelo STJ, conforme se constata a partir da leitura do EREsp 736.627/PR (Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/06/2008, DJe 01/07/2008)[129].

Não obstante, embora hodiernamente a regra atinente á presunção de existência do esforço comum no bojo do regime patrimonial, aplicável à união estável, prepondere entre o entendimento da doutrina e jurisprudência, é importante consignar que isso, sob o viés do Direito de Família, somente se consolidou a partir da promulgação do atual Código Civil, dado que, antes disso, a regra aplicável indicava ser imprescindível a comprovação do dito esforço conjunto para que houvesse a comunicabilidade dos bens que onerosamente fossem adquiridos durante a convivência do casal.

Com relação à hipótese de aplicação do regime da separação obrigatória de bens (artigo 1641, II do CC/02 e artigo 258, parágrafo único, II, do CC/16) aos casos de união estável configurada entre sexagenários ou septuagenários, idade essa que variou ao longo dos anos desde a promulgação do CC/16 até a presente data, após a reforma do inciso II do artigo 1641 do CC/02 pela Lei 12.344 de 2010, importa consignar que hodiernamente prevalece o entendimento de que as regras a respeito do regime obrigatório da separação de bens, em razão da idade, que foram estabelecidos para o instituto do casamento, deveriam ser estendidas aos casos de uniões estáveis que se enquadrassem diante daquelas regras. Tal é o entendimento que hoje prevalece no STJ, por intermédio de sua 2ª Seção (composta da 3ª e 4ª Turma[130]), conforme se pode depreender do seguinte julgado (Resp 1171820):

---

[129] "EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. UNIÃO ESTÁVEL. EFEITOS SUCESSÓRIOS. 1. Para partilha dos bens adquiridos na constância da união estável (união entre o homem e a mulher como entidade familiar), por ser presumido, há dispensa da prova do esforço comum, diz o acórdão embargado. 2. Os acórdãos apontados como paradigmas, por outro lado, versam essencialmente hipóteses de casamento (modo tradicional, solene, formal e jurídico de constituir família), conduzindo ao não conhecimento dos embargos, dado que as situações versadas são diversas. 3. A união estável não produz, como pacífico entendimento, efeitos sucessórios e nem equipara a companheira à esposa. Com o matrimônio conhece-se quais os legitimados à sucessão dos cônjuges. Na união estável há regras próprias para a sucessão hereditária. 4. Sob diversos e relevantes ângulos, há grandes e destacadas diferenças conceituais e jurídicas, de ordem teórica e de ordem prática, entre o casamento e a união estável. 5. Embargos de divergência não conhecidos. (EREsp 736.627/PR, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/06/2008, DJe 01/07/2008)".

[130] Para ilustrar o posicionamento de cada uma das mencionadas Turmas do STJ, trazem-se os seguintes acórdãos: "DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. ART. 258, § ÚNICO, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. 1. Por força do art. 258, § único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art.

"DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. UNIÃO ESTÁVEL ENTRE SEXAGENÁRIOS. REGIME DE BENS APLICÁVEL. DISTINÇÃO ENTRE FRUTOS E PRODUTO. 1. Se o TJ/PR fixou os alimentos levando em consideração o binômio necessidades da alimentanda e possibilidades do alimentante, suas conclusões são infensas ao reexame do STJ nesta sede recursal. 2. O regime de bens aplicável na união estável é o da comunhão parcial, pelo qual há comunicabilidade ou meação dos bens adquiridos a título oneroso na constância da união, prescindindo-se, para tanto, da prova de que a aquisição decorreu do esforço comum de ambos os companheiros. 3. A comunicabilidade dos bens adquiridos na constância da união estável é regra e, como tal, deve prevalecer sobre as exceções, as quais merecem interpretação restritiva, devendo ser consideradas as peculiaridades de cada caso. 4. A restrição aos atos praticados por pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos representa ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. 5. Embora tenha prevalecido no âmbito do STJ o entendimento de que o regime aplicável na união estável entre sexagenários é o da separação obrigatória de bens, segue esse regime temperado pela Súmula 377 do STF, com a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, sendo presumido o esforço comum, o que equivale à aplicação do regime da comunhão parcial. 6. É salutar a distinção entre a incomunicabilidade do produto dos bens adquiridos anteriormente ao início da união, contida no § 1º do art. 5º da Lei n.º 9.278, de 1996, e a

---

1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou mulher maior de cinquenta. 2. Nesse passo, apenas os bens adquiridos na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum, devem ser amealhados pela companheira, nos termos da Súmula n.º 377 do STF. 3. Recurso especial provido. (REsp 646.259/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 24/08/2010)"

"RECURSO ESPECIAL - UNIÃO ESTÁVEL - APLICAÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS, EM RAZÃO DA SENILIDADE DE UM DOS CONSORTES, CONSTANTE DO ARTIGO 1641, II, DO CÓDIGO CIVIL, À UNIÃO ESTÁVEL - NECESSIDADE - COMPANHEIRO SUPÉRSTITE - PARTICIPAÇÃO NA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO FALECIDO QUANTO AOS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL - OBSERVÂNCIA - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1790, CC - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - O artigo 1725 do Código Civil preconiza que, na união estável, o regime de bens vigente é o da comunhão parcial. Contudo, referido preceito legal não encerra um comando absoluto, já que, além de conter inequívoca cláusula restritiva ("no que couber"), permite aos companheiros contratarem, por escrito, de forma diversa; II - A não extensão do regime da separação obrigatória de bens, em razão da senilidade do de cujus, constante do artigo 1641, II, do Código Civil, à união estável equivaleria, em tais situações, ao desestímulo ao casamento, o que, certamente, discrepa da finalidade arraigada no ordenamento jurídico nacional, o qual se propõe a facilitar a convolação da união estável em casamento, e não o contrário; IV - Ressalte-se, contudo, que a aplicação de tal regime deve inequivocamente sofrer a contemporização do Enunciado n. 377/STF, pois os bens adquiridos na constância, no caso, da união estável, devem comunicar-se, independente da prova de que tais bens são provenientes do esforço comum, já que a solidariedade, inerente à vida comum do casal, por si só, é fator contributivo para a aquisição dos frutos na constância de tal convivência; V - Excluída a meação, nos termos postos na presente decisão, a companheira supérstite participará da sucessão do companheiro falecido em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da convivência (período que não se inicia com a declaração judicial que reconhece a união estável, mas, sim, com a efetiva convivência), em concorrência com os outros parentes sucessíveis (inciso III, do artigo 1790, CC). VI - Recurso parcialmente provido. (REsp 1090722/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 30/08/2010)"

> comunicabilidade dos frutos dos bens comuns ou dos particulares de cada cônjuge percebidos na constância do casamento ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão, conforme previsão do art. 1.660, V, do CC/02, correspondente ao art. 271, V, do CC/16, aplicável na espécie. 7. Se o acórdão recorrido categoriza como frutos dos bens particulares do ex-companheiro aqueles adquiridos ao longo da união estável, e não como produto de bens eventualmente adquiridos anteriormente ao início da união, opera-se a comunicação desses frutos para fins de partilha. 8. Recurso especial de G. T. N. não provido. 9. Recurso especial de M. DE L. P. S. provido. (REsp 1171820/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 27/04/2011)"

Visto isso, ao se constatar que, conforme se extrai do entendimento majoritário da jurisprudência, como o regime da separação obrigatória de bens tem incidência pratica nos casos envolvendo união estável, se configura igualmente parte desse entendimento o fato de que as regras da Súmula 377 do STF também tem sua aplicação.

Outro ponto afirmado pelo Resp 1171820 do STJ, ainda sobre o caso da incidência das regras legais do regime obrigatório de bens em função da idade, quando configurada união estável, foi aquele atrelado à necessidade ou não de se comprovar o esforço comum, no que diz respeito à comunicabilidade dos bens adquiridos onerosamente durante a união dos conviventes.

O que prevaleceu no STJ, conforme verificado no acórdão acima, e reafirmada pela decisão proferida nos Embargos de Declaração em Recurso Especial 1171820 (EResp 1171820), foi a de que seria prescindível a prova em concreto do esforço comum para fins de determinação da comunicabilidade dos bens que onerosamente fossem adquiridos durante a união convivencial. Eis o acordão por último relatado:

> "EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS (CC/1916, ART. 258, II; CC/2002, ART. 1.641, II). DISSOLUÇÃO. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE. PARTILHA. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. PRESSUPOSTO DA PRETENSÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS. 1. Nos moldes do art. 258, II, do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos (matéria atualmente regida pelo art. 1.641, II, do Código Civil de 2002), à união estável de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, impõe-se o regime da separação obrigatória de bens. 2. Nessa hipótese, apenas os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum na sua aquisição, devem ser objeto de partilha. 3. Embargos de divergência conhecidos e providos para negar seguimento ao recurso especial. (EREsp 1171820/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 21/09/2015)".

Há um entendimento minoritário em sede doutrinária de seria ináplicável as regras do regime da separação obrigatória de bens aos casos de união estável, tendo-se em vista que tal instituto já se encontraria devidamente normatizado pelo ordenamento, o que não deixaria espaço para se estender tais regras consubstanciadas pelos artigos 1641, II do CC/02 e artigo 258, parágrafo único, II do CC/16.

Outro argumento levantado por esse pensamento se baseia na premissa de que, por se configurar tipicamente norma restritiva de direitos, aquelas relacionadas ao regime da separação obrigatória de bens, não se poderia conferir interpretação extensiva, mas, ao contrário disso, haveria a necessidade de se restringir o alcance desse instituto apenas para casos em que suas regras expressamente apontassem, que, no caso concreto dos artigos 1641 do CC/02; e 258, parágrafo único do CC/16, estaria correlacionado ao cenário erigido pelo "casamento". Como fundamento dessa posição, para os casos dos sexagenários ou septuagenários, que decidissem conformar união estável familiar entre eles, haveria a incidência, em caso de ausência de pacto, das regras do regime legal ou supletivo aplicável à união estável, que de acordo com artigo 1723 do atual Código Civil, seria o regime da comunhão parcial de bens.

Nesse sentido minoritário, alega a doutrina o seguinte (LÔBO, 2011, p. 182):

> "Não se aplica à união estável o regime legal obrigatório de separação de bens, previsto no art. 1.641 do Código Civil, porque diz respeito exclusivamente ao casamento. É cediço no direito brasileiro que norma restritiva de direito não pode ter interpretação extensiva. Consequentemente, a pessoa com mais de 60 anos que ingressar na união estável submete-se igualmente ao regime legal supletivo da comunhão parcial de bens".

A despeito de se conformar posição minoritária hoje, havia entendimento no STJ de que, ainda quando se aplicasse aos sexagenários o regime da comunhão parcial de bens, na condição de regime legal ou supletivo, seria prescindível a efetiva prova do esforço comum para fins de determinação da comunicabilidade dos bens adquiridos durante a convivência do casal. A título ilustrativo, pode-se citar o EREsp 736.627/PR do STJ[131] (Rel. Ministro

[131] Vide: "EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. UNIÃO ESTÁVEL. EFEITOS SUCESSÓRIOS.1. Para partilha dos bens adquiridos na constância da união estável (união entre o homem e a mulher como entidade familiar), por ser presumido, há dispensa da prova do esforço comum, diz o acórdão embargado. 2. Os acórdãos apontados como paradigmas, por outro lado, versam essencialmente hipóteses de casamento (modo tradicional, solene, formal e jurídico de constituir família), conduzindo ao não conhecimento dos embargos, dado que as situações versadas são diversas. 3. A união estável não produz, como pacífico entendimento, efeitos sucessórios e nem equipara a companheira à esposa. Com o matrimônio conhece-se quais os legitimados à sucessão dos cônjuges. Na união estável há regras próprias para a sucessão hereditária. 4. Sob diversos e relevantes ângulos, há grandes e destacadas diferenças conceituais e jurídicas, de ordem teórica e de ordem prática, entre o casamento e a união estável. 5. Embargos de divergência não conhecidos. (EREsp

FERNANDO GONÇALVES, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/06/2008, DJe 01/07/2008).

Antes de dar seguimento ao tema, é importante sublinhar o seguinte efeito advindo do próprio entendimento preponderante sobre a matéria: como não restaram duvidas a respeito da incidência das regras dos artigos 1641, II do CC/02 e artigo 259, parágrafo único, II, do CC/16 às uniões estáveis consolidadas entre sexagenários ou septuagenários, a depender da regra da lei no instante de sua conformação, quando o próprio STJ reafirma que deve concomitantemente a tal regra incidir as diretrizes da Súmula 377 do STJ, o efeito último gerado por esse pensamento acabaria por transformar o "regime da separação obrigatório de bens" em algo semelhante ao que se denomina hoje também de "comunhão parcial de bens".

Dizendo-se de outra forma, quando se afirma que deve ser aplicado aos casos de união estável as regras do regime da separação obrigatória de bens, em função da idade, mas juntamente com as atenuantes erigidas através da redação da Súmula 377 do STJ, o que se obteria, ao final, seria um resultado equivalente ao que a doutrina minoritária hoje insiste em defender: o de que deveria ser aplicado aos idosos em união estável as regras do regime legal ou supletivo incidente na hipótese, que de acordo com o atual Código (artigo 1723), se constituiria como sendo o regime da comunhão parcial de bens. Importante lembrar, para o correto entendimento desse pensamento, que atualmente ao se fazer incidir as diretrizes do enunciado 377 do STF aos casos de separação obrigatória de bens em razão da idade dos nubentes, o que se obteria a título prático seria a transformação do regime da separação em típico regime da comunhão parcial de bens.

Dessa maneira, após todo o conjunto de informações que aqui se apresentou, é possível afirmar, em conclusão, que ainda prevalece o entendimento de que a Súmula 377 do STF tem incidência nos casos envolvendo união estável, tendo em vista que tal pensamento se configura mero desdobramento do fato de que, à tais uniões, o regime da separação obrigatório, em função da idade dos conviventes, também possuiria reconhecida aplicabilidade na prática.

736.627/PR, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/06/2008, DJe 01/07/2008)".

Seção 3 - Alteração do regime de bens na separação obrigatória

Foi somente a partir da entrada em vigor do atual Código Civil que o ordenamento pátrio passou a admitir durante o casamento a alteração do regime de bens, mediante autorização judicial e em pedido motivado de ambos os cônjuges (LÔBO, 2011).

A norma prevista no artigo 1639, §2º do CC/02[132] inovou, sem dúvidas, ao afastar o antigo Princípio da Imutabilidade do Regime[133], cuja base estava assentada sob o revogado CC/16 (artigo 230 do CC/16[134]), para implementar o denominado Princípio da Mutabilidade Motivada (CAÚS BRANDÃO, 2007, p. 255-259).

A regra de inalterabilidade do regime de bens, que vigia sob a égide do anterior Código, era justificada pela doutrina a partir de dois argumentos: o primeiro indicava a existência de certo temor, por parte da lei, de ocorrer a mudança do regime por meio de pressão exercida pelo marido sob a esposa; o segundo era no sentido de se temer que a alteração do regime, no curso do casamento, fosse utilizado como expediente fraudatório para prejudicar eventuais terceiros credores do casal.

Salienta-se que, com relação ao primeiro dos fundamentos elencados, à época do revogado Código Civil, havia certo sentido no fato de o legislador ter se preocupado com a figura da esposa. Importante rememorar que, tal lógica argumentativa advinha principalmente das características que a família e sociedade da época apresentavam. Em razão de um modelo de pensamento vigente à época, típica do início do século XX, e marcada pela figura do marido como sendo o chefe da família e único provedor material do lar, sendo a esposa apenas responsável pelos afazeres domésticos e manutenção diária dos membros do grupo familiar, possuindo total dependência da figura do homem, em termos econômicos, pois, em regra, era inapta para desempenhar no mercado de trabalho qualquer atividade que lhe pudesse ser fonte de renda.

Ambos os argumentos deixaram de ter sentido ou embasamento diante da atual sociedade brasileira. Inclusive, Rémy. Droit Cabrillac (2002)[135] referiu que o histórico do tema relativo à liberdade de escolha do regime matrimonial, segundo a vontade dos

---

[132] Determina o artigo 1639 do CC/02: "Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. § 1 o O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento. § 2 o É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiro".

[133] Diferentemente do que, à época, estabelecia o legislador alemão (paragrafo 1432) e suíço (artigo 180).

[134] Estabelece o artigo 230 do CC/16 que o regime de bens seria "irrevogável". Vide: "Art. 230. O regimen dos bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável".

[135] CABRILLAC, Rémy. **Droit Civil**: Les régimes matrimoniaux. Paris: Montchrestien, 2002.

consortes, demonstra que o motivo da regra seria a de encorajar a celebração do próprio casamento, razão pela qual não se fala em mera “liberdade de escolha do regime”, mas sim em “liberdade de convenção matrimonial”.

Assim, também, Simão (PROFESSORSIMAO, 2014) explicou a doutrina contemporânea:

> “As duas razões deixaram de ser reais óbices à mudança. A primeira em decorrência da mudança da própria sociedade que, no decorrer do Século XX, assistiu à emancipação da mulher e à efetiva igualdade constitucional. A segunda das razões foi resolvida pelo legislador com simplicidade: a mudança é ineficaz se prejudicar terceiros (art. 1639, par. 2o do CC). Esta ineficácia perante terceiros terá por consequência a inutilidade da mudança fraudatória”.

Evidenciou-se que, com relação ao segundo argumento, inexistem atualmente fundamentos suficientes, a partir de um enfoque técnico-jurídico, para ampará-lo como se fosse um problema a ser necessariamente desvendado. Isso porque é possível afirmar que terceiros, eventualmente credores do casal ou de qualquer dos consortes, nunca seriam prejudicados em relação à seus eventuais créditos pelo simples fato de transcorrer a alteração do regime de bens entre os devedores. Explica-se tal cenário a partir das próprias regras de Direito Intertemporal e que têm por base atualmente os artigos 5º, XXXVI da CF/88 e 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei no 4.657, de 4 de setembro de 1942). Pelo fato de os efeitos em concretos emanados do tema “regime de bens” estarem situados dentro do plano da eficácia dos atos jurídicos, de acordo com a tradicional teoria de Pontes de Miranda, ainda que nada fosse estabelecido em relação à proteção dos interesses de terceiros, no seio do §2º do artigo 1639 do CC/02, ainda assim os interesses de terceiras pessoas, eventualmente credoras, não restariam prejudicados em função da superveniente mudança de regime de bens pelo casal (NADER, 2004).

Estaria correto, portanto, afirmar que grande parcela das controvérsias que por ventura emergissem acerca do tema “regime de bens” tenderiam a uma solução que seria obtida diretamente da teoria que situa esse tema dentro da seara do Direito Intertemporal. Portanto, para desvendar tais questionamentos, mais importante do que verificar o tema “regime de bens” como plano de fundo, seria o fato de estar essa matéria correlacionada ao seguimento do Direito Intertemporal.

Dessa maneira, a eficácia dos atos implicaria na incidência, com relação a um dado ato ou negócio da norma que estivesse em vigor naquele momento, independente de ser esta a mesma que vigia no instante de sua criação.

Diferente regra seria aplicada se a presente hipótese se constituísse matéria adstrita aos requisitos de existência ou de validade do ato, pois, nesse caso, o Direito Intertemporal indicaria a aplicação das leis vigentes ao tempo da constituição do ato, ainda que posteriormente revogada por outra norma (ultratividade da lei). Nesse último caso, o ato jurídico perfeito impediria que nova lei o regulamentasse, devendo ser aplicada a mesma regra em vigor quando de sua confecção.

Sobre os planos dos efeitos em matéria de casamento, são as palavras da doutrina (LÔBO, 2011, p. 136):

> "A eficácia é o último plano de realização do ato jurídico, após os planos da existência (ingresso no mundo do direito como fato jurídico, com a concretização de todos os elementos do suporte fático) e da validade (o ato é são, imune a nulidade e a anulabilidade). Como todo ato jurídico, o casa- mento tem por finalidade irradiar seus efeitos próprios, principalmente na relação entre os cônjuges. Sob o título "da eficácia do casamento" o Código Civil tutela os direitos e deveres entre os cônjuges, por opção legislativa, mas seu raio de alcance é maior, abrangendo a relação com os filhos e com ter- ceiros, tratados em capítulos distintos".

Vale esclarecer que a matéria regime de bens se adstringe à categoria das "relações jurídicas continuativas", sendo esta uma antítese da categoria dos atos jurídicos perfeitos. As relações jurídicas continuativas são aquelas que se iniciam sob a égide de uma determinada lei e continuam a viger após o início de uma outra. Tais relações continuativas no tempo se relacionam diretamente com o plano da eficácia do ato e, por isso, deve prevalecer como regra o "Princípio do *Tempus Regit Actum*".

Pode-se dizer que o "Princípio do Tempus Regit Actum", que rege a matéria regime de bens, estabelece como diretiva central que deve ser aplicada a um determinado ato sempre a norma em vigor naquele exato instante, não importando se esta se configura naquela mesma em vigor quando de sua em constituição (artigo 6º, caput da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB – estabelecida pelo Decreto-Lei 4.657 de 1942)[136].

---

[136] Como exceções ao Princípio do Tempus Regit Actum" se tem o fenômeno da ultratividade e da retroatividade da lei. Tais hipóteses de exceção somente ocorrem quando não ofenderem o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido (artigo 6º, §2º da LINDB).

Importante que se explique, ainda, que Direito Brasileiro se adota, como regra geral, o "Princípio da Irretroatividade da Norma", conforme se extrai da seguinte leitura:

> "Art. 5º da CF/88 - 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": [...] "XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada";
> [...]
> "Art. 6º, caput da LINDB - A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1957)".

No entanto, a mencionada regra do sistema não assume caráter absoluto e comporta exceções. Tais regras excepcionais, que se corporificam através das figuras da ultratividade e retroatividade da norma, aplicam-se apenas aos casos em que a nova lei não viola o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Sobre tal obtém-se o seguinte artigo:

> "Art. 6º da LINDB – A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1957) § 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957) § 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aquêles cujo comêço do exercício tenha têrmo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957) § 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)".

Ressalta-se, ainda, apenas a teoria aplicável ao direito comum haveria relevância, pois englobaria a matéria regime de bens. A depender do ramo do direito, as regras sobre Direito Intertemporal podem sofrer substancial mudança. Como exemplo, o Direito Penal, em que a Constituição Federal e o Código Penal estabelecem ser regra basilar dessa seara o Princípio do *Tempus Regit Actum*, admitindo-se a retroatividade benéfica da norma penal, não atingiria fatos pretéritos a denominada *novatio leges in pejus* (ou *lex gravior*), mas retroagiria a hipótese de *novatio legis in mellius* (ou *lex mitior*) e de *abolitivo criminais* (artigo 5º, LV da CF/88 e artigo 1º do Código Penal)[137].

---

[137] Eis os dispositivos mencionados: "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: [...] XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu"; "Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos interiores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado".

Em relação ao presente tema, prevalece o entendimento na jurisprudência quanto à possibilidade de alteração do regime de bens mesmo quando constituído sob a égide do revogado código, embora seja possível encontrar posição dissonante em alguns Tribunais Estaduais. Em sentido favorável à mudança, têm-se:

> "Direito civil. Família. Casamento celebrado sob a égide do CC/16. Alteração do regime de bens. Possibilidade. - A interpretação conjugada dos arts. 1.639, § 2º, 2.035 e 2.039, do CC/02, admite a alteração do regime de bens adotado por ocasião do matrimônio, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido. - Assim, se o Tribunal Estadual analisou os requisitos autorizadores da alteração do regime de bens e concluiu pela sua viabilidade, tendo os cônjuges invocado como razões da mudança a cessação da incapacidade civil interligada à causa suspensiva da celebração do casamento a exigir a adoção do regime de separação obrigatória, além da necessária ressalva quanto a direitos de terceiros, a alteração para o regime de comunhão parcial é permitida. - Por elementar questão de razoabilidade e justiça, o desaparecimento da causa suspensiva durante o casamento e a ausência de qualquer prejuízo ao cônjuge ou a terceiro, permite a alteração do regime de bens, antes obrigatório, para o eleito pelo casal, notadamente porque cessada a causa que exigia regime específico. - Os fatos anteriores e os efeitos pretéritos do regime anterior permanecem sob a regência da lei antiga. Os fatos posteriores, todavia, serão regulados pelo CC/02, isto é, a partir da alteração do regime de bens, passa o CC/02 a reger a nova relação do casal. - Por isso, não há se falar em retroatividade da lei, vedada pelo art. 5º, inc. XXXVI, da CF/88, e sim em aplicação de norma geral com efeitos imediatos. Recurso especial não conhecido. (REsp 821.807/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/10/2006, DJ 13/11/2006, p. 261)."
> [...]
> "CASAMENTO Regime de bens Alteração Art. 1.641, II, do Código Civil que exige a adoção do regime da separação de bens no casamento para pessoas maiores de setenta anos Inexigibilidade na hipótese em exame Vontade dos requerentes que deve ser respeitada Ausência de prejuízos a terceiros Alteração que produzirá efeitos ex nunc Pedido acolhido Recurso provido. De imediato, anota-se que a Lei no 12.344/10 alterou a daquele artigo para fixar a obrigatoriedade da adoção do regime da separação de bens no casamento para pessoas maiores de 70 (setenta anos). Inexigível, pois, na hipótese em exame já que os apelantes não atingiram a idade limite (1a Câmara de Direito Privado, Apelação no 0003991- 54.2012.8.26.0554, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. 12 de março de 2013)".
> [...]
> "Deve ser resguardada a liberdade de alteração do regime matrimonial de bens aos Apelantes da mesma forma que o é assegurado aos demais indivíduos. A alteração do referido artigo resulta justamente do aumento da expectativa de vida da população e dos avanços da medicina, o que prevê seja o cidadão capaz de decidir sobre atos da vida civil com segurança e autonomia, mesmo tendo idade mais elevada" (Apelação no 3003873-94.2010.8.26.0037 Araraquara, v.un., 9a Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Piva Rodrigues, j. 12/7/11)".
> [...]
> "Ora, ao meu sentir, equivocou-se o douto Juízo a quo, ao entender que o regime de bens imposto aos nubentes no momento do casamento perfaz ato jurídico perfeito, impassível de posterior modificação com fulcro no art. 1.639, §2o, do Código Civil. Diante da alteração implementada pela Lei no 12.344/2010, inexistiria a imposição do regime de separação legal, caso os Apelantes contraíssem núpcias antes de 08 de abril de 2014, data em que o varão alcançaria

> 70 (setenta) anos de idade, razão pela qual o limite de idade previsto na norma anterior não é causa de improcedência do presente pedido de alteração de regime de bens, deduzido em 28 de janeiro de 2011. Na verdade, o desaparecimento da causa da imposição do regime de separação legal de bens, na constância do casamento, não impede a alteração do regime de bens, pois, diante do permissivo legal do art. 1.639, §2o, do Código Civil, o regime bens não é imutável, não havendo que se falar em ato jurídico perfeito sob tal aspecto" (5a Câmara Cível, Apelação Cível 1.0079.11.005378-6/001, Rel. Des. Leite Praça, j. 1/12/2011)".

No entanto, contrário a alteração do regime, tem-se:

> "Apesar da manifestação espontânea dos cônjuges em querer alterar o atual regime de bens para o da comunhão parcial, a idade atual do cônjuge varão impede tal procedimento, pois tem mais de 70 anos de idade (fls. 7 e 10), o que obriga, necessariamente, o regime ser o da separação total de bens. Obviamente que, para a pretendida alteração, também não poderão existir óbices legais à adoção do regime pretendido" (7a Câmara Cível, Agravo no 70053128088, Des. Liselea schifino robles ribeiro, j. 27 de fevereiro de 2013).

Em suma, independentemente de regra expressa nesse sentido (§2º do artigo 1639 do CC/02), credores eventuais cujos créditos foram constituídos segundo o anterior regime de bens, continuariam sendo regidos por ele, mesmo que os consortes tenham mudado de regime no curso do casamento. Somente os novos créditos que foram constituídos diante do novo regime é que seriam atingidos por este.

Analisando as regras do §2º do artigo 1639 do CC/02[138,] que estabeleceu o Princípio da Mutabilidade Motivada, torna-se possível, para fins didáticos, o desdobramento do dispositivo em quatro requisitos que devem ser observados cumulativamente pelos interessados em alterar o regime de bens: (i) propositura de ação judicial de jurisdição voluntária para fins de obtenção de autorização judicial, oportunidade esta que o Estado-Juiz analisará a procedência dos motivos invocados pelas partes, assim como se os demais requisitos do pedido estariam sendo por eles observados; (ii) consenso entre os nubentes quando a alteração; (iii) o pedido de alteração deve ser motivado; (iv) da mudança de regime de bens não pode resultar prejuízo algum a terceiros.

Com relação ao primeiro dos requisitos da lei (i), o legislador preferiu determinar que os interessados em mudar de regime de bens ingressassem com a devida ação judicial de jurisdição voluntária, para fins de obtenção da autorização judicial.

---

[138] Rememorando, o dispositivo mencionado: "Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. § 1o O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento. § 2o É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros".

Não há dúvida que essa opção legislativa, em manter a mudança de regime sob o controle do Estado, atualmente, inexistindo a possibilidade de fazê-lo por procedimento extrajudicial, tem o objetivo de controlar eventuais abusos por parte dos interessados.

Entretanto, em tempos modernos, a lei constante do §2º do artigo 1639 merece ser revista, principalmente quando se leva em conta que temas como divórcio consensual e inventário já podem ser realizados totalmente na via extrajudicial, conforme se depreende da leitura dos artigos 610 e 733 do atual Código de Processo Civil (CPC/15)[139]. A Respeito dessa exigência de se ingressar com ação judicial, para alterar regime de bens, Simão (PROFESSORSIMAO, 2014) analisou a doutrina da seguinte forma:

> "O que se nota é a opção pelo controle do Estado quanto à mudança de regime, em nítida redução da autonomia privada. Esta opção é questionável, mormente após as mudanças sofridas que admitem o divórcio extrajudicial nos termos da lei 11.441/07. Se o próprio divórcio, existindo filhos menores ou incapazes, fica fora da alçada do Poder Judiciário, por que a simples mudança de regime passa por este crivo? Melhor seria mudar a lei. Mas, atualmente, lei existe e é clara: a mudança será judicial, sob pena da invalidade".

E, ainda em âmbito doutrinário, explica-se a mencionada regra da seguinte forma (MACHADO, 2017, p. 81):

> "O CC/1916, em seu art. 230, indicava que o regime de bens entre os cônjuges, com vigência iniciada na data do casamento, era irrevogável. Pela regra estabelecida no $ 2° do art. 1.639 do CC, tem-se a mutabilidade desse regime, desde que pleiteada judicialmente por ambos os cônjuges, que deduzirão o pedido fundamentadamente perante o magistrado. Este analisará o requerimento elaborado e sua justificativa - evitando-se descer a minúcias que possam invadir a seara da privacidade do casal - e, acolhendo as razões, deferirá o pleito, ressalvados os direitos de terceiros. Discute-se se é possível essa mutabilidade em relação a casamentos celebrados na vigência do CC/1916. Isso porque o art. 2.039 do atual CC indica que o regime de bens nos matrimônios em questão é o estabelecido pelo Código anterior. Todavia, entende-se que a mutabilidade é possível inclusive nesses casamentos anteriores ao CC/2002, até mesmo para que seja respeitada a igualdade entre as pessoas (casamentos celebrados antes e durante a vigência do atual Código) e para que não se excluam de apreciação

[139] Eis os dispositivos do CPC/15: "Art. 610. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial. § 1º Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras. § 2 o O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial"; "Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731. § 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras. § 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial".

> pelo Poder Judiciário de questões referentes a lesão ou ameaça a direito (art. 5º, caput e XXXV da Magna Carta)".

A mudança de regime se verifica no âmbito da união estável. Prevalece o entendimento na doutrina de que, a despeito de não haver dúvidas quanto a possibilidade de os conviventes poderem também alterar o regime de bens vigente durante a vida em comum, mediante aplicação analógica do §2º do artigo 1639 do CC/02, a alteração prescinde de prévio manejo de ação judicial, pois se aceitaria que toda formalidade fosse concluída na via extrajudicial, por simples elaboração de contrato escrito. Essa peculiar característica pode ser bem compreendida se for levado em conta que, a despeito da tendência em se equiparar casamento e únicas estável, tais institutos não são idênticos, sendo inúmeras as suas diferenças, podendo-se citar aqui a característica da informalidade, que se consubstancia em toda a estrutura da união estável, ao contrário do que se verifica com o casamento, assim, justifica a desnecessidade de se manejar ação judicial para efeitos de mudança de regime quando se tratar de hipótese de conviventes em união estável. Nesse sentido, Machado (2017) se refere à doutrina:

> "Chama-se a atenção para o fato de que, tratando-se de união estável, os companheiros podem fazer a alteração do regime de bens por contrato escrito (art. 1.725 do CC), não havendo necessidade de sujeição às mesmas formalidades que estão sujeitos os cônjuges".

Sobre o procedimento judicial de jurisdição voluntária, previsto pelo CPC/15, tem-se o seguinte dispositivo[140]:

> "Art. 734. A alteração do regime de bens do casamento, observados os requisitos legais, poderá ser requerida, motivadamente, em petição assinada por ambos os cônjuges, na qual serão expostas as razões que justificam a alteração, ressalvados os direitos de terceiros. § 1o Ao receber a petição inicial, o juiz determinará a intimação do Ministério Público e a publicação de edital que divulgue a pretendida alteração de bens, somente podendo decidir depois de decorrido o prazo de 30 (trinta) dias da publicação do edital. § 2o Os cônjuges, na petição inicial ou em petição avulsa, podem propor ao juiz meio alternativo de divulgação da alteração do regime de bens, a fim de resguardar direitos de terceiros. § 3o Após o trânsito em julgado da sentença, serão expedidos mandados de averbação aos cartórios de registro civil e de imóveis e, caso qualquer dos cônjuges seja empresário, ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins".

O segundo requisito extraído das regras do §2º do artigo 1639 consubstancia na necessidade de haver pleno consenso entre os consortes no que atina a alteração do regime

[140] No revogado Código de Processo Civil (CPC/73) inexistia igual previsão.

de bens que até então vigia no casamento. Quanto a isso, dispensa-se maiores comentários a seu respeito, pois não poderia um dos cônjuges compelir o outro a aceitar a mudança de regime durante a vida matrimonial, dado que o casamento se configura em instituto que tipicamente se concentra da livre e espontânea vontade das partes, tanto quanto aos aspectos pessoais quanto patrimoniais de seus efeitos. Outro item que corrobora a necessidade do pleno consenso entre os cônjuges estaria no fato de a ação judicial, necessária para se pleitear a alteração do regime, localiza-se na esfera processual da jurisdição voluntária, e em decorrência dessa natureza não permitiria discussão ou produção de provas a respeito de quaisquer divergências eventualmente verificadas entre as partes.

Com relação ao requisito da necessidade de fundamentação do pedido, como condição legal para mudança do regime de bens, o juiz que o apreciar não poderá adentrar ao seu mérito propriamente dito. De fato, tal condição de motivação se configura em simples condição formal, mas que, independentemente de seu conteúdo, não poderia impedir a procedência do pedido perante o Judiciário, sob pena de, em caso contrário, haver indevida imissão do Estado na esfera privada e de autonomia das partes interessadas. Na verdade, pode se interpretar tal requisito de motivação como sendo uma forma de viabilizar ao magistrado a constatação de existir o consenso entre os nubentes requerentes, entretanto, a motivação de forma alguma pode servir de empecilho à procedência da ação, ainda porque a própria norma nada estabeleceu a seu respeito, ficando sua delimitação quase que totalmente à mercê da interpretação por parte dos operadores do Direito.

O último dos requisitos do artigo 1639, §2º, ressalta que a abordagem do tema foi feita em linhas pretéritas, inclusive no que tange à própria conclusão obtida no sentido de inexistir qualquer risco de prejuízo a dívidas de terceiros com relação à mudança do regime de bens durante a constância do matrimônio.

Para a presente pesquisa, é relevante a análise específica do regime da separação de bens e a possibilidade de sua alteração durante o matrimônio (artigo 1639, §2º do CC/02). Abaixo, está a distinção entre as regras aplicáveis à modalidade “convencional” e “legal” do regime da separação.

a. Da mudança de regime a partir da separação convencional de bens

O tratamento do aludido tema, no que concerne ao regime da separação convencional de bens, não guarda acentuada importância, o que dispensaria maiores debates ao seu redor na presente pesquisa.

O motivo que dispensaria um estudo mais elaborado a seu respeito se relaciona com o fato de inexistir maiores polêmicas ou divergências a seu respeito, com exceção apenas daqueles que se adstringe apenas à sua teoria geral, conforme se extrai da explicação inicial do presente capítulo.

Sendo o regime da separação uma de suas espécies relacionadas à modalidade "convencional", disso se poderia extrair inexistir qualquer empecilho legal ou jurisprudencial para que ocorra a sua mudança para qualquer outra espécie de regime de bens, desde que respeitados os requisitos preestabelecidos pelo §2º do artigo 1639 do CC/02.

Restringe-se o regime da separação convencional, no que concerne à sua forma de adoção, apenas à manifestação de vontade dos consortes, não havendo imposição da lei ou supressão da vontade dos nubentes por intermédio da norma jurídica.

b. Da mudança de regime a partir da separação legal de bens

Embora se possa afirmar a ocorrência de um avanço, no tocante à nova regra da mutabilidade motivada do regime de bens, previsto no artigo 1639 do atual Código Civil, quando comparado com a "irrevogabilidade" deste que constava da revogada norma do artigo 230 do CC/16, fato é que relativamente a certos temas, algumas polêmicas emergiram a partir da promulgação do atual Código.

A divergência verificada em torno dessa matéria seria percebida em relação à seguinte indagação: seria admitida a alteração de regime, segundo regra do §2º do artigo 1639 do CC/02, quando os nubentes estivessem casados sob o regime da separação obrigatória de bens? Muito embora, num primeiro instante, possa parecer ser impossível alterar o regime, quando este decorra justamente de imposição legal, a resposta concreta a ser dada a tal questionamento dependerá, na verdade, da situação em concreto e de qual motivo previsto na lei se vale o regime para sua determinação[141].

---

[141] Os motivos que segundo a lei deve ser imposto o regime da separação de bens têm por base o seguinte dispositivo do atual Código Civil: "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

Dessa forma, a resposta que inicialmente poderia ser aqui aduzida se relacionaria à hipótese de ser possível a alteração do regime (artigo 1639, §2º do CC/02), mesmo quando se tratar da separação obrigatória de bens, quando ficasse demonstrado que, durante o matrimônio, a causa que preexistia quando de sua celebração, e que serviu para determinar a imposição desse regime, deixara de existir.

Portanto, para essa hipótese seria imprescindível que os consortes ingressassem com a necessária ação e houvesse em seu bojo a prova devida da extinção da causa que teria ensejador a imposição do regime (artigo 1641, I e III do CC/02). Nesse mesmo sentido, preconiza a doutrina (SIMAO, 2020):

> "Isso porque se a causa suspensiva vier a desaparecer, durante o curso do casamento, a proteção almejada pela lei torna-se desnecessária e os cônjuges terão todo o direito de pleitear a alteração do regime. Retomemos os exemplos analisados. Se o viúvo, depois de casado pelo regime da separação obrigatória, fizer o inventário dos bens de sua primeira esposa, partilhando-os entre os herdeiros, poderá requerer ao Juízo a alteração do regime, pois com a mudança ninguém sofrerá qualquer tipo de prejuízo.
> Da mesma forma o tutor que se casa com a pupila pela separação obrigatória, e, posteriormente, presta conta de sua administração e se verifica que a mesma foi idônea e irrepreensível. Os cônjuges poderão, normalmente, requerer a alteração do regime da separação obrigatória para outro que lhes aprouver.
> Em conclusão, toda vez que desaparecer a causa ou motivo que impôs aos nubentes o regime da separação obrigatória prevista no artigo 1641 do Código de 2002, poderão os cônjuges pleitear a alteração do regime da separação obrigatória de bens, com base no § 2o do artigo 1649".

Ainda, no mesmo sentido da doutrina estaria o seguinte enunciado da III Jornada do Conselho da Justiça Federal (CJF):

> "ENUNCIADO 262 DO CJF (III JORNADA) - Arts. 1.641 e 1.639: A obrigatoriedade da separação de bens, nas hipóteses previstas nos incs. I e III do art. 1.641 do Código Civil, não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs".

Entretanto, não se encontra a mesma simplicidade na explicação quando o caso for concernente ao regime da separação obrigatório em função da idade do nubente (artigo 1641, II do CC/02). Isso porque, por se tratar de norma de ordem pública, cogente, portanto, não poderia ser afastada pela simples vontade dos cônjuges ou mesmo do juiz.

Uma forma excepcional, porém, de se poder alterar o regime, ainda que se tratasse da imposição do regime em razão da idade, se adstringiria à hipótese de ser reconhecida

---

pessoa maior de sessenta anos; II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei no 12.344, de 2010) III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial."

pelo juiz a inconstitucionalidade da regra consubstanciada pelo artigo 1641, II do CC/02. Tal teoria que sustenta haver afronta ao texto constitucional, quando em razão da idade, se impõe o regime da separação, acarretando ofensa a diversos direitos e prerrogativas de ordem fundamental da pessoa, é defendida tanto por parte da doutrina quanto por certa parcela da jurisprudência nacional, conforme se vislumbrou do CAPITULO ao se tratar especificamente desse tema.

Nessa mesma perspectiva, cita-se um outro fundamento utilizado na doutrina e que chegou inclusive a ganhar espaço na jurisprudência de alguns Tribunais Estaduais, cuja base estaria assentada na possibilidade de ocorrer a alteração do regime de bens, ainda que tenham os consortes casados sob a égide do regime da separação obrigatória de bens. O caso cuida de outra forma de afastamento das regras legais de imposição do regime sem que, contudo, seja imprescindível alegar sua inconstitucionalidade.

De acordo com o entendimento do legislador nacional ("*mens legislatoris*"), a efetiva necessidade de imposição do regime da separação de bens. Logo, quando se conclui no sentido da ausência de tais fatores, permite-se o afastamento da regra de incidência do regime da separação, dado que, ao se ponderar a análise teológica do instituto, no caso em tela, o regime obrigatório não cumpriria mais as finalidades que originalmente lhe teriam sido propostas e que serviriam de base para justificar sua existência, dentro do atual ordenamento jurídico pátrio. SIMÃO (CARTAFORENSE, 2008) analisou a doutrina:

> "Entretanto, a questão sofreu forte mudança com a decisão da 5a Câmara de Direito Privado relatada pelo Desembargador Benedito Silvério Ribeiro (Apelação cível sem revisão 540.808-4/0-00). No caso sob julgamento, o casal casado pelo regime da separação obrigatória pretendia alterar o regime para a comunhão universal de bens. Em síntese, o casamento ocorreu em setembro de 2001, quando o varão já contava com 65 anos de idade. Os filhos da esposa e dois dos filhos do marido não se opuseram à mudança, mas dois dos filhos exclusivos do varão se opuseram sob o fundamento de não haver previsão legal para a modificação pretendida, invocando, ainda, que, tendo o pai avançada idade, não reuniria condições para avaliar o regime que o melhor lhe aprouvesse. Em suas razões de decidir, o Desembargador Silvério Ribeiro entendeu que, apesar de o regime ter ocorrido na vigência do Código Civil de 1916, por força do art. 2045, era possível a mudança do regime de bens, já que se trata do plano da eficácia do casamento e, assim, 'deve resultar o entendimento de que o regime de bens será regido pela lei da época da celebração do matrimônio, se não for alterado por vontade expressa dos cônjuges'. Continua a o julgado: 'O fato de se tratar de regime compulsório, imposto pela lei, no caso do maior de 60 anos de idade, do mesmo modo, não afasta a possibilidade de alteração do regime. Aliás, não se pode olvidar que essa formalidade não se justifica frente ao novo ordenamento civil, até porque impõe tutela excessiva do Estado sobre pessoa considerada maior e capaz plenamente para todos os atos da vida civil'".

O acórdão acima ainda se valeu de um dos desdobramentos do argumento concernente à interpretação teleológica do instituto da separação obrigatória de bens, com o mesmo escopo de se poder confirmar a possibilidade de alteração dor regime de bens, mesmo que o casal esteja submetido a um regime que fora imposto pela lei (separação obrigatória em razão da idade – artigo 1641, II do CC/02). No caso analisado pelo Tribunal de justiça de São Paulo, o casal, ao celebrar o casamento, já teria estabelecido a vida em comum, em momento anterior, através da união estável. Nesse diapasão, estabelece a regra do artigo 45 da Lei 6515 de 2010 que, ainda que o casamento seja celebrado quando um dos nubentes já apresentasse idade avançado, não se deve aplicar a regra de imposição ao do regime da separação de bens (artigo 258, paragrafo único, II do CC/16 e artigo 1641, II do CC/02).

Naquele caso, de acordo com uma interpretação teleológica da norma, não foi constatada a existência de qualquer justificativa que indicasse a necessidade de imposição do regime da separação (artigo 258, paragrafo único, II do CC/16 e artigo 1641, II do CC/02), mesmo porque o citado casal teria iniciado a vida comum antes mesmo da conversão daquela união estável em casamento, o que de fato afastaria qualquer alegação no sentido de existir risco de ocorrência do chamado "golpe do baú", ou dede qualquer outro argumento utilizado comumente pelo regime para sua imposição, quando fosse efetivamente celebrada a conversão em casamento.

Ainda foi afirmado naquela fundamentação supra (apelação cível sem revisão 540.808-4/0-00 do Tribunal de Justiça de São Paulo) que o artigo 45 da Lei 6515 perdera seu atributo de norma transitória, o que viabilizaria sua aplicação ainda atualmente. Eis a redação do dispositivo:

> "Art 45 - Quando o casamento se seguir a uma comunhão de vida entre os nubentes, existentes antes de 28 de junho de 1977, que haja perdurado por 10 (dez) anos consecutivos ou da qual tenha resultado filhos, o regime matrimonial de bens será estabelecido livremente, não se lhe aplicando o disposto no artigo 258, parágrafo único, no II, do Código Civil".

Nessa linha de pensamento, posteriormente a publicação daquele julgado, foi editado o Enunciado de número 261 do CJF, cuja redação determina o seguinte:

> "ENUNCIADO 261 DO CJF (III JORNADA) – 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"

Quando se analisa a questão da possibilidade de alteração do regime da separarão de bens imposta em razão da idade de um dos nubentes, deve-se cogitar a hipótese de ocorrer mudança na lei de modo que reste alterada a faixa etária considerada pelo regime para sua imposição. Nesse caso, como restaria configurada a teoria a respeito da mudança de regime? E, em caso de alteração, como quedaria regida a situação patrimonial dos consortes constituídas anteriormente à reforma legislativa? (SIMÃO, 2008).

A situação acima exposta pode ser vislumbrada, concretamente, no cenário brasileiro em pelo menos três marcos, considerados imprescindíveis pela presente pesquisa, para se entender a matéria: durante o CC16 (artigo 258, paragrafo único), a idade legal era a de 55 anos para mulher e 60 anos para homem; com a promulgação do CC/02, a idade passou a ser unificada aos 60 anos, seja o nubente homem ou mulher (artigo 1641, II do CC/02); com a reforma promovida pela Lei 12344 de 2010, o artigo 1642, II do CC/02, aumentou a faixa etária e esta passou a ser 70 anos, tanto para o homem quanto mulher (artigo 1641, II do CC/02 com nova redação dada pela Lei 12344 de 2010).

A resposta de tal indagação, que guarda pertinência com outras já aqui expostas, seria no sentido de poder os nubentes pleitear judicialmente a alteração do regime de bens que estivesse vigendo, mesmo que seja este o da separação obrigatória de bens em razão da idade, desde que fique demonstrado, ao lado dos demais requisitos legais, que nenhum dos cônjuges se enquadraria dentro da faixa etária prevista na nova regra. Assim, pela lógica, somente teria cabimento tal afirmação no caso de ocorrer a ampliação da idade consignada na norma para fins do regime da separação – como ocorreu, por exemplo, no caso da Lei 12344/10, que alterou a idade de 60 para 70 anos.

O que explicaria a possível alteração do regime, no caso acima citado, seria o fato de habitar o plano da eficácia as regras pertinentes ao regime de bens, e não no da validade, conforme já se explicou em linhas pretéritas do presente capítulo.

Nesse caso, Simão (CARTAFORENSE, 2020) apontou na doutrina:

> "Surge, então, uma dúvida. As pessoas que se casaram pelo regime da separação obrigatória com mais de 60 anos e menos de 70 anos podem mudar de regime de bens? Exemplifico. Se certa pessoa se casou em 2010, antes da vigência da lei 12.344, ou seja, antes de 9 de dezembro, tendo 60 anos, foi-lhe imposto o regime de separação obrigatória de bens. Posteriormente, a lei muda aumentando a idade para 70 anos. Haveria fundamento para a mudança do regime? A resposta é afirmativa. A mudança de regime afeta o plano da eficácia e não da validade do casamento. Aliás, os deveres dos cônjuges e os regimes de bens se situam no plano da eficácia. Em termos de eficácia prevalece a lei do momento em que o negócio jurídico negócio jurídico produz os efeitos. Assim, a mudança é possível desde que no momento da propositura da ação judicial de mudança, um dos cônjuges não tenham mais de 70 anos".

Dentro desse cenário, caberia pedido judicial de alteração do regime, respeitados os demais requisitos da lei (§2º do artigo 1639 do CC/02), passando a ser considerada a idade dos consortes no instante do pedido judicial. Tal regra quanto ao instante a ser considerado, no caso de ingresso da pertinente ação judicial para mudança de regime, no que tange a apuração da idade dos nubentes para efeitos de se constatar a necessidade de imposição do regime da separação, guarda estreita correlação com aquela outra pertinente à determinação do exato instante em que passa o regime de bens a surtir efeitos quando celebrado o casamento. Sobre essa última disposição, eis os artigos correspondentes:

> "Art. 230 do CC/16. O regimen dos bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável".
> "Art. 1.639 do CC/02. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.
> § 1 o O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento".

Quando da entrada em vigor do atual Código Civil, havia divergência na possibilidade de mudança do regime, quando este tivesse sido constituído sob a vigência do CC/16. A polêmica em torno do tema existiu principalmente em função do que estabelece o artigo das Disposições Finais e Transitórias, do CC/02: "Art. 2.039. O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei no 3.071, de 1o de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido". Explicitando essa dúvida que surgiu concomitantemente à época da promulgação do atual Código, Simão (DIREITOCOM, 2016) ressaltou da doutrina:

> "Problema surge com relação àqueles casados durante a vigência do Código Civil de 1916 em razão do artigo 2039 das disposições transitórias do Código Civil de 2002 que determina que o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei 3.071 de 1o de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido. Entende parte da doutrina que, em razão deste dispositivo, somente as pessoas casadas após 11 de janeiro de 2003 poderiam pleitear o regime de bens".

Realmente, ao se conferir uma interpretação restritiva a tal dispositivo de transição, se poderia concluir no sentido de que apenas os casamentos celebrados a partir da vigência do CC/02 é que poderia gozar da regra a respeito da alteração motivada do regime do regime de bens (artigo 1639, §2º), tendo em vista que o artigo 2039, acima mencionado, estabelece que aos regimes de bens constituídos perante à ordem civil do CC/16,

continuaria a ser por este regido, incluindo as regras concernentes à inalterabilidade do regime.

No plano da doutrina, a questão não encontra consenso com relação a solução a ser dada, entretanto pode-se afirmar que há uma tendência a prevalecer a posição no sentido de se permitir a alteração do regime de bens ainda quando constituído sob a vigência do CC/16. Nesse sentido, defendendo a corrente minoritária de não se permitir a citada mudança, estaria Maria Helena Diniz (2006).

Apensar de tormentosa a matéria, no plano jurisprudencial se pode dizer que o STJ já chegou a se pronunciar a respeito o que, felizmente, contribuiu para a solução do conflito. A aludida controvérsia foi solucionada a partir da diferenciação entre as "regras gerais" e as "regras especiais" do regime de bens. Assim, segundo o STJ, o artigo 2039 do CC/02 somente teria aplicabilidade no que tange as regras ditas "especiais" do regime de bens, sendo que as denominadas "gerais" seriam regidas pelo atual CC/02. Desse modo, seria possível concluir que, por se tratar de uma típica "regra geral" de regime de bens, o artigo 1639, §2º do CC/02 poderia ser aplicado tanto para os casamentos celebrados sob a égide do atual Código Civil quanto em relação àqueles constituídos perante o CC/16.

Portanto, solucionada a divergência que existia no bojo do presente tema, seria possível compatibilizar a regra do artigo 2039 com a do artigo 2035 do CC/02, está também concernente às Disposições Finais e Transitórias. Eis o dispositivo último:

> "Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045 , mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos".

Corroborando o entendimento firmado acima, a III Jornada de Direito Civil do CJF editou o seguinte enunciado:

> "ENUNCIADO 260 DO CJF (III JORNADA) - Arts. 1.639, § 2o, e 2.039: A alteração do regime de bens prevista no § 2o do art. 1.639 do Código Civil também é permitida nos casamentos realizados na vigência da legislação anterior".

Para melhor fundamentar a explicação, abaixo o acórdão do STJ que, à época, sanou a polêmica havida no bojo da presente matéria (REsp 730.546/MG, QUARTA TURMA, julgado em 23.08.2005, DJ 03.10.2005 p. 279):

> "O CIVIL - REGIME MATRIMONIAL DE BENS - ALTERAÇÃO JUDICIAL - CASAMENTO OCORRIDO SOB A ÉGIDE DO CC/1916 (LEI Nº 3.071) - POSSIBILIDADE - ART. 2.039 DO CC/2002 (LEI Nº 10.406) - CORRENTES DOUTRINÁRIAS - ART. 1.639, § 2º, C/C ART. 2.035 DO CC/2002 - NORMA GERAL DE APLICAÇÃO IMEDIATA. 1 - Apresenta-se razoável, in casu, não considerar o art. 2.039 do CC/2002 como óbice à aplicação de norma geral, constante do art. 1.639, § 2º, do CC/2002, concernente à alteração incidental de regime de bens nos casamentos ocorridos sob a égide do CC/1916, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido, não havendo que se falar em retroatividade legal, vedada nos termos do art. 5º, XXXVI, da CF/88, mas, ao revés, nos termos do art. 2.035 do CC/2002, em aplicação de norma geral com efeitos imediatos. 2 - Recurso conhecido e provido pela alínea "a" para, admitindo-se a possibilidade de alteração do regime de bens adotado por ocasião de matrimônio realizado sob o pálio do CC/1916, determinar o retorno dos autos às instâncias ordinárias a fim de que procedam à análise do pedido, nos termos do art. 1.639, § 2º, do CC/2002. (REsp 730.546/MG, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 23/08/2005, DJ 03/10/2005, p. 279)".

E, também, confirmado a explicação acima, são as palavras da doutrina (SIMÃO, 2008):

> "No artigo de março de 2005 da Carta Forense explicamos os equívocos desta posição, por confundir as regras específicas dos regimes de bens com as regras gerais referentes a todos os regimes.
> Esclarecemos a nossos leitores que o mandamento contido no artigo 2039 apenas determina que para aqueles que se casaram antes da vigência do novo Código Civil:
> a) no regime da comunhão universal de bens, valem as regras contidas nos artigos 262 a 268 do código revogado,
> b) no regime da comunhão parcial, as regras dos artigos 269 a 275,
> c) no regime da separação as regras dos artigos 276 e 277,
> d) e, por fim, os que se casaram no regime dotal, as regras dos artigos 278 a 311.
> A regra da mutabilidade contida nas disposições gerais dos regimes se aplica a todos os casamentos, sejam eles celebrados antes ou depois da vigência do novo Código Civil".

Pode-se concluir que, com relação ao regime da separação obrigatória de bens, sua alteração seria permitida mediante o cumprimento dos requisitos previstos no §2º do artigo 1639 do CC/02, e isso ainda que o casamento tenha sido constituído sob a vigência do CC/16.

Mesmo quando o tema compreende a hipótese de separação obrigatória em razão da idade dos nubentes, tenha ou não o casamento se consumado antes da vigência do CC/02, não teria cabimento negar esse direito de mudança aos cônjuges, pois tal situação não restaria totalmente impossibilitada na pratica, tendo em vista que os cônjuges poderiam se divorciar e, em seguida, casar-se novamente, mas, agora, com a adoção do regime de bens adquiridos desde o início.

Em suma, percebe-se que vedar a mudança do regime de bens em razão de ter sido constituído perante o CC/16, tendo em vista o que dispõe o artigo 2039 do CC/02, seria totalmente inócua na prática, pois os nubentes poderiam se valer de outros instrumentos para chegar ao mesmo resultado prático final.

Segundo o Direito Intertemporal, em relação à massa patrimonial do casal, em uma linha cronológica de eventos, dois conjuntos de bens consubstanciam o patrimônio do casal: um primeiro, formado por bens que foram adquiridos sob a égide do regime anterior (anterior a mudança de regime); e outro conjunto constituído de bens adquiridos a partir da vigência do novel regime de bens (posterior à mudança de regime).

As diretrizes estabelecidas nos artigos 5º, XXXV da CF/88 e 6º da LINDB, em função das regras de regime de bens, que foram adquiridos sob a vigência do primeiro regime matrimonial de bens, continuariam sendo regido por este atualmente; já quanto aos bens adquiridos perante o novo regime de bens, que resultou da alteração durante o casamento, seriam regidos por suas regras.

Cada um dos conjuntos patrimoniais continuaria sendo regrado pelo regime de bens segundo o qual estava vigendo no instante de sua aquisição pelo casal. Não havendo aqui, portanto, retroatividade de regras em matéria de regime de bens.

Corroborando esse entendimento, tem-se o seguinte acórdão do STJ (Resp 1.597.675, 3a Turma, Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 16/11/2016):

> "RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. ESCRITURA PÚBLICA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS. ATRIBUIÇÃO DE EFICÁCIA RETROATIVA. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES DA TERCEIRA TURMA. 1. Ação de declaração e de dissolução de união estável, cumulada com partilha de bens, tendo o casal convivido por doze anos e gerado dois filhos. 2. No momento do rompimento da relação, em setembro de 2007, as partes celebraram, mediante escritura pública, um pacto de reconhecimento de união estável, elegendo retroativamente o regime da separação total de bens. 3. Controvérsia em torno da validade da cláusula referente à eficácia retroativa do regime de bens. 4. Consoante a disposição do art. 1.725 do Código Civil, "na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens". 5. Invalidade da cláusula que atribui eficácia retroativa ao regime de bens pactuado em escritura pública de reconhecimento de união estável. 6. Prevalência do regime legal (comunhão parcial) no período anterior à lavratura da escritura. 7. Precedentes da Terceira Turma do STJ. 8. Voto divergente quanto à fundamentação. 9. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO".

O tema ainda merece estudo dos pesquisadores do Direito, pois a solução dos impasses dessa natureza guarda estreita relação aos temas estritamente vinculados aos

pontos teóricos do Direito, como se percebeu aqui ao se estudar o difícil campo abrangido pelo Direito Intertemporal.

Seção 4 - Afastamento da Súmula 377 por pacto antenupcial

A Súmula 377 do STF, em seus diversos desdobramentos, apresenta um ponto pertinente para esse trabalhado e se relaciona com a questão de poder, ou não, utilizar de cláusula expressa inserida no pacto antenupcial, com escopo único de afastar a aplicação das regras contidas no enunciado sumular do STF.

Torna-se oportuno esclarecer um ponto de natureza metodológica concernente ao este texto: não pretende aqui se estudar a possibilidade de inserção de cláusula no pacto antenupcial para se limitar ou alterar as regras do regime da separação de bens de caráter obrigatório ou com previsão em lei[142], a ponto de descaracterizá-lo. Intenciona-se, averiguar a possibilidade de haver, por meio daquele contrato, anterior ao casamento, o apartamento das regras da Súmula 377 do STF em relação ao aludido regime.

Se ocorrer o afastamento dos efeitos daquela súmula perante tal regime, deve-se reforçar a ideia de que não ocorreria a mudança no que tange às suas regras legais. Ainda, sobre esse aspecto, há o fato de os nubentes não deixarem de estar casados, sob a modalidade de regime intitulado separação de bens (obrigatória) (KÜMPEL; OLCESE; 2012).

Entretanto, ao se afastar a aplicação do enunciado sumular 377 do STF, sob outro enfoque classificatório, o regime deixaria de ser o da “separação simples” e passaria a se enquadrar como sendo “separação absoluta”.

Tal hipótese enfatiza o caráter positivo da alteração, tendo em vista que a distorção no sistema jurídico, em razão da Súmula 377, estaria corrigida. E, de acordo com o resultado gerado no plano concreto, o regime que, com a Súmula 377 proporcionava aos nubentes efeitos patrimoniais que equivaleria ao regime da comunhão parcial, conseguiria retornar a sua essência e produziria os efeitos que naturalmente se desejaria com a existência de um regime dito da separação (SIMÃO, 2008).

A possibilidade das partes casadas sob um regime que deriva de imposição da lei, e que ainda não haja qualquer tipo de mudança ou limitação ao mencionado regime,

[142] As regras desse regime foram estudadas no Cap 1, Ordenações, Cap1 - CC/16 e CAP 1 - CC02.

mediante a elaboração de pacto antenupcial, há a inserção de cláusula em que expressamente se afasta a incidência da mencionada súmula naquele caso concreto.

Dessa forma, como efeito a ser experimentado pelos cônjuges quando do início da vida conjugal, o regime que, antes, seria imposto pela lei e teria seu enquadramento delimitado pelo tipo "separação simples" (artigo 1641 do CC/02 e Súmula 377 do STF), passaria, após o casamento, a se enquadrar como sendo do tipo "separação absoluta" (TARTUCE, 2015).

Embora os consortes não deixem de continuar casados pelo regime da separação de bens, nota-se que, com o afastamento da Súmula 377, a separação deixaria de ser considerada "simples" e passaria a ser "absoluta". Embora sutil a alteração de nomenclatura, no plano concreto, em relação ao regime jurídico que regerá as partes, a mudança é drástica (TARTUCE, 2015)[143].

Dentre a variedade terminológica decorrente da classificação doutrinária da "separação simples" e "separação absoluta", apresentam um rol de elementos caracterizadores que os diferenciam, no plano prático, das demais modalidades do regime. Para ilustrar, para o primeiro ("separação simples"), pode existir a comunicação dos aquestos obtidos por qualquer dos consortes na vigência do casamento, bem como se passa a diferenciar duas classes de patrimônios titularizados pelos nubentes, a dos bens comuns e a dos bens particulares. Já no que se refere à segunda das espécies ("separação absoluta"), dentre seus atributos, pode se dizer que não existe a possibilidade de comunicação de aquestos, e no que tange a classe dos bens titularizados por cada consorte, somente se assiste a presença de uma classe, a dos "bens particulares" (SIMÃO, 2018).

---

[143] Para rememorar a importância de se abordar o presente tema, Flavio Tartuce resumiu os três principais pontos polêmicos relacionados ao regime da separação de bens: "A questão ganha agora maior relevo jurídico, a saber de três premissas de base: (i) Os nubentes referidos pelo artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, com a redação dada pela Lei n 12.344/2010, ou seja, as pessoas maiores de 70 anos, obrigam-se ao regime de separação legal de bens (ii) O mencionado regime tem o seu conteúdo interpretado desde a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal (de 1964), até a jurisprudência mais recente, no sentido de "no regime de separação obrigatória, comunicam-se os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento, sendo presumido o esforço comum" (STJ – 3ª Turma, AgRg no AREsp. nº 650.390-SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 27.10.2015, DJe de 03.11.2015); importando concluir, portanto, apresentar-se esse regime equipotente ao próprio regime de comunhão parcial de bens (artigo 1.658 do Código Civil). (iii) Recente Provimento 08/2016, da Corregedoria Geral da Justiça de Pernambuco, de 30.05.2016 (DJe. de 01.06.2016, pp. 68-69), de nossa autoria, enquanto corregedor-geral de Justiça estadual, dispõe sobre o afastamento da reportada Súmula 377 do STF, quando se determina: a) "no regime de separação legal ou obrigatória de bens, na hipótese do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, deverá o oficial do registro civil cientificar os nubentes da possibilidade de afastamento da incidência da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, por meio de pacto antenupcial" e; b) "o oficial do registro esclarecerá sobre os exatos limites dos efeitos do regime de separação obrigatória de bens, onde comunicam-se os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento" (Artigo 1º)".

Como exemplo, um caso concreto em que se poderia aplicar: dada pessoa com mais de 70 anos de idade, que decida se casar com outra, cuja idade é 40 anos. Segundo o que determina o Código Civil (artigo 1641, II), não é dada a oportunidade aos nubentes de escolher livremente o regime de bens a viger durante o casamento, pois obrigatoriamente deve incidir sobre o caso as regras pertinentes ao regime da separação de bens, obrigatória em razão da idade de um dos consortes. Além disso, a vida conjugal desses nubentes receberá o tratamento das regras emendadas da Súmula 377 do STF e, desse modo, configuraria o regime da "separação simples" (SIMÃO, 2018).

O nubente com mais de 70 anos que goza de suas capacidades intelectuais em perfeita condição, na vigência do regime da separação de bens, não houvesse a potencial possibilidade de comunicação dos aquestos, em razão da interpretação concedida ao regime por intermédio da Súmula do STF de número 377, o pacto antenupcial com cláusula expressa afastando apenas os efeitos do mencionado verbete sumular do STF, não só o regime da separação de bens não estaria sendo afastada ou excepcionada, como, ao contrário disso, estaria sendo reforçado o intuito subliminar extraído do artigo 1641, II do Código Civil, tendo em vista que, a partir disso, reforçaria a separação de bens entre o casal durante o casamento (SIMÃO, 2018).

Embora demonstre simples solução, em uma perspectiva técnico-jurídica, não se tem a mesma sensação. No entanto, diante desse impasse, seria possível a elaboração de pacto antenupcial quando o regime de bens a vigorar na constância do casamento decorrer de expressa imposição da lei, haveria compatibilidade jurídica entre a confecção de pacto antenupcial e o regime da separação obrigatória (artigo 1641 do CC/02)?

Partindo-se desse ponto, há na doutrina uma posição que tende a negar esta possibilidade, conforme Beviláqua (1976, p. 210):

> "No regime da separação convencional, os adquiridos se comunicam (art. 259). Se, porém, a separação é imposta por lei, não há comunicação. O art. 259 não permite dúvida a respeito. Diz ele: 'Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio dos contratos, os princípios dela, quanto a comunicação dos adquiridos na constância do casamento'. No silêncio do contrato preceitua a lei: portanto, quando a separação é imposta por dispositivo legal, não tendo os nubentes direito de pactuar o seu regime de bens, os adquiridos não se comunicam. Invocar, contra a lógica irretorquível desta solução, o direito anterior, que consagrava preceito semelhante ao do artigo 258, § único do Código Civil, seria descabido. Alias, o fim moral do dispositivo não permite outra interpretação".

Se o regime de bens a vigorar durante a vida conjugal dos nubentes for fruto de imposição da lei (separação obrigatória - artigo 1641 do CC/02), a lógica argumentativa

apresentada estaria adequada, quanto à inexistência de interesses das partes na elaboração do pacto antenupcial.

Entretanto, deve-se evitar a utilização de fundamentos construídos a priori e desvinculados do caso concreto (argumentos puramente abstratos). O plano concreto sempre se mostra imprescindível para que seja acertada a análise técnica da questão.

O problema que existe, quando se generaliza os argumentos, está no fato de não haver, em todos os casos, a devida consideração a respeito da objetividade jurídica perseguida por alguns institutos do Direito. No caso em tela, ao se observar tão somente fatores em abstrato, o objetivo perquiridor pela Súmula 377 do STF acabaria não sendo repercutido. E, além de não atingir a perspectiva almejada pela súmula, ocorreria também o próprio desvirtuamento da finalidade da norma (artigo 1641, II do CC/02), qual seja, o de promover a defesa e garantia patrimonial do nubente que tenha idade já em estado avançado.

A hermenêutica jurídica há tempos condena uma interpretação puramente literal, filológica ou gramatical da norma. Deve-se, ao invés disso, conferir ao campo lexical dos signos que compõe a lei em sentido maior. Não raro, o próprio campo de atuação pode ultrapassar os limites tangenciados para aquela disciplina. Trata-se, sobretudo, de reforçar a importância da utilização de outras técnicas interpretativas, como: a interpretação lógica ou contextual, a histórica e a teleológica ou sistemática.

Para se vislumbrar na prática aquilo que foi retratado, quando os consortes pretendiam introduzir cláusula, via pacto pré-nupcial, com o escopo único de afastar a incidência dos efeitos da Súmula 377, o que se observaria no caso como resultado seria o reforço do próprio escopo pretendido por aquele verbete sumular, e que, de forma transversal, também acabaria por consolidar o intuito do legislador ao se fez presente o enunciado do artigo 1641, II do CC/02 (objetividade jurídica da norma) (SIMÃO, 2016).

Dessa forma, para se trazer teoria para um exemplo prático, e retomando o caso exposto acima, em cujo cenário se observa a existência de casal que pretendendo se casar, decidem de antemão e por via do pacto antenupcial, o afastamento dos efeitos do verbete súmulas do STF, em razão de um dos nubentes contar com mais de 70 anos. Nesse sentido, o escopo da norma prevista no artigo 1641, II do CC/02, de conferir certa proteção patrimonial à pessoa idosa, a partir dos efeitos que seriam gerados com o afastamento da referida súmula do STF por intermédio do pacto, tenderia a estar fortalecido, pois o regime da separação de bens que, com a Súmula 377 teria a adjetivação de “simples”, passaria a

gozar dos atributos da plenitude na separação quando passasse a ser enquadrado como "separação absoluta", desde o instante em que os efeitos da súmula fossem afastados.

Torna-se possível deduzir outro fundamento, no sentido enfatizar a desnecessidade da Súmula 377 do STF nos dias de hoje. Isso porque a atual aplicabilidade do mencionado verbete sumular acaba, em última análise, a deturpar o real sentido e finalidade perseguida pelas normas do Código Civil a respeito do regime obrigatório da separação de bens. Inconveniente este que, também de acordos com o que se explorou acima, seria contornado com o ato de inserir no pacto antenupcial cláusula afastando os efeitos da súmula.

Nesse sentido, à luz da objetividade do ordenamento civil, o afastamento dos efeitos do verbete sumular do STF por intermédio do pacto, traz o mérito de ser pioneiro o Provimento número 8 de 2016, do Estado de Pernambuco, editado pelo Desembargador Jones Figueiredo Alves (ALVES, 2016), à época Corregedor-Geral de Justiça, cujo objetivo foi regulamentar expressamente a norma sobre a possibilidade de celebração de pacto antenupcial no bojo do Regime da Separação Obrigatória para o fim de afastar a incidência da Súmula 377 do STF (SIMÃO, 2016). Dada a importância dos argumentos, apresenta-se os 'considerandos' do ato normativo (TARTUCE, 2016; 2020):

> "O CORREGEDOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO, EM EXERCÍCIO, Des. Jones Figueirêdo Alves, no uso de suas atribuições legais, especialmente as ditadas no artigo 35 do Código de Organização Judiciária do Estado de Pernambuco e
> CONSIDERANDO que os nubentes referidos pelo artigo 1.641, inciso II, do Código Civil (Lei no 10.406/2002), com a redação dada pela Lei n 12.344/2010), ou seja, as pessoas maiores de setenta anos, obrigam-se ao regime de separação legal de bens;
> CONSIDERANDO que o mencionado regime tem o seu conteúdo interpretado desde a Súmula 377 (1964) do Supremo Tribunal Federal, e que a jurisprudência, inclusive a mais recente, tem consagrado que "no regime de separação obrigatória, comunicam-se os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento, sendo presumido o esforço comum" (STJ – 3a Turma, AgRg no AREsp. no 650.390-SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 27.10.2015, DJe de 03.11.2015); importando concluir apresentar-se esse regime equipotente ao próprio regime de comunhão parcial de bens (artigo 1.658 do Código Civil);
> CONSIDERANDO que, em ser assim, a separação obrigatória ou legal de bens não inibe ou impede a comunicação dos bens de cada um dos nubentes, havidos após o casamento; certo, ainda, que muitos deles colocam-se inscientes a respeito de tais efeitos ao tempo da celebração do casamento;
> CONSIDERANDO que é possível, por convenção dos nubentes e em escritura pública, o afastamento da aplicação da Súmula 377 do STF, "por não ser o seu conteúdo de ordem pública mas, sim, de matéria afeita à disponibilidade de direitos" (ZENO VELOSO);
> CONSIDERANDO que enquanto a imposição do regime de separação obrigatória de bens, para os nubentes maiores de setenta anos, é norma de ordem pública (artigo 1.641, II, do Código Civil), não podendo ser afastada por pacto antenupcial que contravenha a disposição de lei (art. 1.655 do Código Civil); poderão eles, todavia, por convenção, ampliar os efeitos do referido regime de

> separação obrigatória, "passando esse a ser uma verdadeira separação absoluta, onde nada se comunica" (JOSÉ FERNANDO SIMÃO);
> CONSIDERANDO que podem os nubentes, atingidos pelo artigo 1.641, inciso II do Código Civil, afastar por escritura pública, a incidência da Súmula 377 do STF, estipulando nesse ponto e na forma do que dispõe o artigo 1.639, caput, do Código Civil, quanto aos seus bens futuros o que melhor lhes aprouver (MÁRIO LUIZ DELGADO);
> CONSIDERANDO que o afastamento da Súmula 377 do STF, "constitui um correto exercício de autonomia privada, admitido pelo nosso Direito, que conduz a um eficaz mecanismo de planejamento familiar, perfeitamente exercitável por força de ato público, no caso de um pacto antenupcial (artigo 1.653 do Código Civil)"; conforme a melhor doutrina pontificada por FLÁVIO TARTUCE;
> CONSIDERANDO que é dever do oficial do registro esclarecer os nubentes sobre os diversos regimes de bens (artigo 1.528 do Código Civil)".

Seguindo esses mesmos passos, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), por intermédio de seu Corregedor-Geral de Justiça, Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, deu provimento ao Recurso Administrativo 1065469-74.2017.8.26.0100, em 06 de dezembro de 2017, publicado em 22 de janeiro de 2018, reconhecendo-se aos interessados a possibilidade de afastar a incidência da Súmula 377 do STF sob regime da separação obrigatória. Eis um trecho do julgado:

> "REGISTRO CIVIL DE PESSOAS NATURAIS - CASAMENTO - PACTO ANTENUPCIAL - SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA - ESTIPULAÇÃO DE AFASTAMENTO DA SÚMULA 377 DO STF. POSSIBILIDADE. Nas hipóteses em que se impõe o regime de separação obrigatória de bens (art. 1641 do CC), é dado aos nubentes, por pacto antenupcial, prever a incomunicabilidade absoluta dos aquestos, afastando a incidência da súmula 377 do Excelso Pretório, desde que mantidas todas as demais regras do regime de separação obrigatória. Situação que não se confunde com a pactuação para alteração do regime de separação obrigatória, para o de separação convencional de bens, que se mostra inadmissível".

Com a confecção do pacto antenupcial e a inserção da mencionada cláusula afastando a aplicabilidade da Súmula 377 do STF do caso concreto, não estaria havendo a modificação do regime de bens a vigorar durante a vida em comum, mesmo porque se trataria de norma imperativa, o que impediria qualquer tipo de alteração pela simples vontade dos interessados nos casos em que não houvesse compatibilidade com o ordenamento em relação a esse tema em específico.

Com a celebração do pacto e o consequente afastamento da súmula, não haveria, em hipótese alguma, a alteração do regime de bens, que continuaria a ser o regime da separação obrigatória. Outra questão exsurge: os nubentes poderiam, por intermédio de pacto pré-nupcial, afastar tão somente parcela das regras determinadas pela Súmula 377 do STF? Ou seja, poderiam estabelecer por pacto que apenas em relação a certos bens haveria

a comunicabilidade dos aquestos adquiridos? As respostas somente poderiam ser positivas, conforme Simão (CONJUR, 2018) expôs à luz da doutrina:

> "Surge uma última questão interessante. Se o casal não quiser afastar a Súmula 377 totalmente, mas apenas parcialmente, por meio de pacto antenupcial, isso é possível? A resposta é afirmativa e explico o porquê. Se a lei não pretende que haja comunicação alguma (interpretação teleológica) e a Súmula 377 permite a comunhão de todos os aquestos (afasta-se do espírito do Código Civil), podem os nubentes, por pacto, afastar parcialmente a incidência da súmula para que haja comunhão de alguns, mas não de todos os aquestos. O pacto pode prever separação total com relação aos imóveis apenas. Ao contrário, pode prever a separação apenas quanto aos móveis".

Quando se analisa a literalidade contida na estudada súmula do 377 do STF, percebe-se não haver qualquer tipo de exceção à sua regra. Fica evidente que também houve uma omissão, pontual, no que tange ao regime da separação obrigatória ou legal, quando se compara com aquilo que estabeleceu no artigo 259 do CC/16.

Conforme já se afirmou, o mencionado dispositivo foi a inspiração do legislador para a elaboração da Súmula 377. No entanto, na redação do artigo coexiste uma exceção: a possibilidade de as partes, por meio do pacto antenupcial, afastarem a comunicabilidade dos aquestos que são auferidos durante a vida conjugal, conforme dispositivo do CC/16: "Art. 259. Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento".

Nesse sentido, para se evitar justamente a corrente de pensamento que interprete tal verbete sumular de forma literal, inserir aquela mesma exceção que o artigo 259 prevê - ou seja, deveria a súmula, de modo inequívoco, declarar a possibilidade de haver, por intermédio de pacto, a possibilidade de as partes afastarem a comunhão dos bens que onerosamente fossem adquiridos na relação conjugal durante o regime da separação legal.

Diante dessa omissão da súmula 377, a doutrina majoritária daquele período já se posicionava, no sentido da impossibilidade de se elaborar pacto antenupcial diante de um regime tipicamente imposto por vontade da norma, dada a ausência de interesse nesse sentido.

Entretanto, hodiernamente, ao se levar em conta que aquela corrente de pensamento, contra a hipótese de se confeccionar pacto antenupcial diante de um regime de bens legal, fora determinada há décadas atrás, e diante de uma realidade social diversa da de hoje, de imediato, e seguindo-se uma ordem lógica raciocínio, poderia concluir que tal forma de interpretação não mais se coaduna com o atual cenário experimentado pela

sociedade. Neste sentido, os antigos fundamentos de que se valeram a doutrina do passado, não mais se encaixam aos fatos que hoje se apresentam.

Diante de tal hipótese, e adaptando-se aquele posicionamento aos dias de hoje, a interpretação a ser conferida á Súmula 377 permitiria a elaboração de pacto, de acordo com a vontade dos nubentes, para que haja o afastamento da comunicabilidade dos aquestos que possivelmente seriam amealhados durante o casamento.

Para reforçar o entendimento aqui defendido, quanto à admissibilidade de cláusula pactual pré-nupciais, com o fito de afastamento dos efeitos da Súmula 377, é possível se valer dos próprios argumentos expressamente declarados pelo STF quando da edição da mencionada súmula.

É perceptível que, dentre os argumentos apresentados pelo Supremo Tribunal, prepondera uma corrente de pensamento que apregoa a necessidade de se estender ao regime da separação legal ou obrigatória o conjunto de regras estabelecidos a partir do artigo 259 do CC/16 à separação convencional. Dessa forma, e sob a ótica da isonomia, o STF decidira que, no bojo da separação imposta pela lei, deveria haver a comunicabilidade dos aquestos, assim como decorreria a separação convencional no CC/16 - e desde que diante da ausência de pacto com cláusulas em sentido contrário.

Em continuidade, outro argumento em que se pode apoiar a tese da aceitabilidade da elaboração de pacto para permitir o afastamento da comunhão dos aquestos dentro do regime da separação legal, diante da previsão estampada na Súmula 377, concatena-se com o efeito de distorção do sistema gerado a partir das regras edificadas pelo enunciado sumular quando, indiretamente, transforma o regime da separação de bens em algo semelhante ao que se intitula atualmente de regime da comunhão parcial.

Assim, pela lógica, o afastamento da súmula por meio do pacto permitiria ao sistema retomar sua coerência e estabilidade, perdida em função de hoje não comportar espaço para tal determinação no atual Código Civil.

Outro ponto, se um casal que, já casados há certo tempo e de acordo com o regime da separação obrigatória (artigo 1641 do CC/02), decidisse nesse instante afastar a incidência dos efeitos da Súmula 377 do STF para o futuro ("*ex nunc*"), poderia celebrar o pacto mencionado com o fito de se alcançar a dita objetividade. Obviamente o negócio jurídico a ser entabulado pelas partes, muito embora não possa ser chamado de "pacto antenupcial", o casamento já se encontraria em curso no instante de sua confecção, seria equivalente em todas as suas peculiaridades, sendo-lhe por isso aplicado por analogia todas as regras legais concernentes àquele outro. Ademais, para ambos os negócios, a finalidade

jurídica visada seria idêntica. Assim, qualquer tese de prejuízo à Ordem ou às próprias partes estaria afastada.

Ao casal caberia a utilização do procedimento de mudança de regime de bens para que, diante do juiz, houvesse autorização para a alocação de cláusula do regime, prevendo o afastamento pretendido da súmula. Negar o acesso de tal direito àqueles que já se encontravam na convivência matrimonial, seria totalmente despida de lógica, tendo em vista que bastaria que os nubentes se divorciassem e se casassem novamente, agora com a feitura do pacto prevendo o afastamento da súmula (SIMÃO, 2018).

Muito embora seja perceptível que a admissibilidade da feitura de pacto para afastar os efeitos da Súmula 377 do STF, quando já em vigência o regime de bens da separação obrigatória, tenha lógica em sua fundamentação, não poderia ser tomada quando um caso envolvesse o intuito dos nubentes de sua confecção para fins de transformar o "regime da separação obrigatório" em "convencional".

A despeito de tais características aparentemente demonstrarem se tratar de um tipo de forma inicial pela qual o regime seria instituído no casamento, conforme já se teve oportunidade de explicar, não se constituem diferentes tipos de regime de bens, por possuírem nomenclaturas semelhantes, na realidade, possuiriam mais diferenças do que semelhanças, sendo, inclusive, a partir dessas qualidades, considerados pela doutrina como sendo "separação simples", o primeiro deles, e "separação absoluta", o segundo.

Ademais, em corroboração ao que se disse acima, a mencionada alteração de regime de bens seria vedada em função de o regime da separação obrigatória decorrer de expressa determinação da lei, cuja natureza se configuraria pertencente à categoria das normas cogentes, impossibilitando-se, dessa forma, que as partes as modifiquem com base na autonomia da vontade.

No sentido de se permitir o pacto antenupcial para afastamento dos efeitos da Súmula 377, pôde-se alegar que um dos efeitos indiretos causados pelo verbete sumular foi a transformação do regime da separação de bens em algo semelhante ao que se tem hoje por "comunhão parcial".

Assim, considerando que o afastamento dos efeitos da súmula restabeleceria a situação anterior ao desfalque. Desse modo, afirma-se que a nocividade da Súmula 377 gerada pela ao sistema jurídico atual.

Apesar de que o ideal seria expurgar sua existência do mundo jurídico, enquanto tal ocasião não se concretiza, torna-se justificável o uso do pacto para afastamento de seus efeitos, mesmo que a título paliativo e para cada caso em concreto.

A partir de um viés teleológico, histórico e sistemático de interpretação, o afastamento da súmula do STF, por meio de pacto antenupcial, não apenas devolveria a estabilidade necessária ao sistema jurídico, como também prestigiaria o seu próprio escopo existente quando de sua criação.

Outro ponto positivo dessa argumentação se adstringe ao fato de se conseguir derrubar os atuais fundamentos pelos quais muitos operadores do Direito se valem para mantê-la aplicável. Por isso, não se pode esquecer que a interpretação de qualquer norma deve, forçosamente, perpassar por diversos filtros hermenêuticos e da realidade em concreto, para que somente assim se consiga extrair a norma em sua plenitude e justeza.

Seção 5 - Inconstitucionalidade da imposição do regime em razão da idade

O presente capítulo pretende apresentar a abordagem relacionada ao caso específico da imposição do regime da separação de bens em razão da idade dos nubentes (artigo 1611, II do CC/02 e do paragrafo único do artigo 258 do CC/16) (SIMÃO, 2010).

A doutrina aponta que a Constituição Federal tem sempre em vista o resguardo dos direitos e interesses das crianças e dos idosos, por serem, dentro das relações familiares, as partes mais frágeis, levando em consideração a Dignidade da Pessoa Humana. O Estado assegurará assistência à família na pessoa de cada um de seus membros (CF, art. 226, § 8º), assim como a participação do idoso em sua comunidade, em prol da defesa de sua dignidade e do seu bem-estar (CF, art. 230) (MADALENO, 2011, p. 114).

Assim, pretende-se aqui o desenvolvimento de um ponto específico, dentro do macrotema regime da separação de bens, qual seja: seria constitucional a imposição do regime da separação de bens em função unicamente da idade dos nubentes? (NEVARES, 2008).

Sabe-se que o regime da separação de bens, classificado como “legal” ou “obrigatório”, possui fundamento no artigo 1641 do atual Código Civil (CC/02)[144]. No que concerne às hipóteses específicas da sua imposição em detrimento da idade, o inciso II do mencionado dispositivo alude: “II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010) anos”.

[144] Eis sua redação: “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 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010) III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial”.

Preliminarmente, deve-se compreender a razão pela qual o legislador pátrio se valeu para determinar o critério etário ao impor o regime da separação. Dessa forma, embora o mencionado regime imposto pela lei tivera presença marcada em quase todas as legislações pertinentes ao que vigeria no Brasil – abrange desde a época das Ordenações Filipinas, passando pelo anterior CC/16, até chegar ao atual Código Civil. Ao se observar os requisitos da imposição de regime em cada uma dessas leis, pode-se perceber sua diversificação. De igual forma, é possível verificar que, em relação ao critério etário exigido para fins do regime, nunca houve permanência do limite de idade, que variava sempre a depender da época e da legislação em vigência (SIMÃO, 2010).

A faixa etária variou de modo crescente com o passar dos anos, inclusive, de início havia discriminação em relação ao limite etário, para fins de imposição do regime, quando se tratasse do homem ou da mulher (SIMÃO, 2010).

Nesse contexto, o artigo 1641, II do CC/02, cuja redação fora determinada pela Lei nº 12.344, de 2010, estabeleceu o limite etário para imposição do regime como sendo de 70 anos, aplicável para o homem e a mulher nubente (SIMÃO, 2020).

A idade considerada pelo CC/16 era acima de 60 anos, faixa que se aplicava de maneira idêntica aos nubentes de ambos os sexos, conforme o artigo 1641, II, antes das alterações sofridas recentemente: “Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: [...] II - da pessoa maior de sessenta anos” (SIMÃO, 2008).

Na análise histórica do instituto, de acordo com o CC/16, especificamente em seu artigo 258, parágrafo único, tem-se a seguinte determinação: “Art. 258. [...] Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens no casamento: [...] II. Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos. [...]”. Portanto, a partir da leitura do dispositivo, assevera-se que se importou a norma de estabelecer critérios etários diferenciais a depender de se tratar de cônjuge do sexo masculino (60 anos) ou feminino (50 anos) (SIMÃO, 2020).

A redação do artigo 258, parágrafo único, II do CC/16 não sofrera alteração legislativa durante a vigência do Código. Em vista disso, torna-se imprescindível avaliar o que determinava as Ordenações Filipinas a respeito do assunto. Mas, de plano, é possível corroborar a tese segundo o qual não havia naquele direito reinicia previsão expressa a respeito da existência de norma que impunha um dado regime de bens em detrimento da idade apresentada pelos nubentes. Preliminarmente, que a regra sobre imposição de regime em função da idade dos nubentes estudada tem origem história na redação determinada para o antigo artigo 258, parágrafo único do CC/16 (SIMÃO, 2016).

No que tange as disposições contidas nas Ordenações do Reino (Ordenações Filipinas) e na legislação extravagante daquele período, pode-se dizer que inexistia, à semelhança do que se verifica hoje, a existência de um regime de bens tipicamente considerado e que resultasse da imposição da lei em detrimento da idade dos nubentes (SIMÃO, 2008).

Na realidade, verificar-se naquela legislação regras que impunham limites a autonomia e liberdade dos consortes quando no caso de dada faixa etária elegida pela lei. E, dentre as diversas consequências impostas pela lei, poderia encontrar, inclusive, situações em que se impunha aos consortes regras que hoje seriam consideradas tipicamente extraídas do regime da separação (SIMÃO, 2008).

À época das Ordenações Filipinas, a principal consequência estabelecida para situações em que a norma consignava a faixa etária dos nubentes como condição de sua incidência, era concernente à limitação da autonomia e liberdade de escolha do regime de bens, podendo haver regras que poderiam ser consideradas típicas do regime da separação (SIMÃO, 2008).

Em suma, durante as Ordenações (Filipinas) e legislação extravagante, não se encontrou previsão de dado regime de bens em função da idade de um dos nubentes. As regras que ensejavam limitações à autonomia da vontade dos nubentes, no que tange à liberdade de escolha do regime, estão nos artigos 58 e 59 do Decreto 180 de 1891:

> "Art. 58. Também não haverá communhão de bens:§ 1º Si a mulher for menor de 14 annos, ou maior de 50.§ 2º Si o marido for menor de 16, ou maior de 60.§ 3º Si os conjuges forem parentes dentro do 3º gráo civil ou do 4º duplicado.§ 4º Si o casamento for contrahido com infracção do § 11 ou do § 12 do art. 7º, ainda que neste caso tenha precedido licença, do presidente da Relação do respectivo districto.
> Art. 59. Em cada um dos casos dos paragraphos do artigo antecedente, todos os bens da mulher, presentes e futuros, serão considerados dotaes, e como taes garantidos na fórma do direito civil. Aproveitando o ensejo, é imprescindível que, nesse ponto, e muito embora tenho reafirmado essa ideia mais de uma vez no decorrer do estudo, e como forma de afastar a possível confusão quer esse tema possa trazer ao leitor, o artigo 59 do Decreto 181 de 1890, embora tivesse tratado de tema relativo ao afastamento de um dado regime de bens em razão da idade dos nubentes, naquele direitos anterior as regras supletivas que tomaria aquele lugar seria o correspondente ao Regime Dotal e não, enfatiza-se, a Separação de Bens".

Desse modo, no artigo 59 do Decreto 181 de 1890, o sistema jurídico vigente à época passou a impor o "regime dotal" quando apurado, no caso concreto, que a idade de um dos nubentes se qualificava segundo o que dispunha a lei. A doutrina estabeleceu as

características que diferenciavam os citados dispositivos do Decreto 180 de 1891 daqueles previstos no CC/16 (artigo 258, parágrafo único):

> "Quanto ao parágrafo único, há três diferenças principais entre o que estabelecia o direito anterior e o que, agora, prescreve o Código: a) o regime obrigatório para as pessôas mencionadas neste artigo é o da separação; o direito anterior dera preferência ao dotal (Dec. cit. artigo 59). b) os orphãos de pae e mãe não eram contemplados entre as pessôas para as quaes a lei impunha um regimen, nem tão pouco os menores, que obtivessem supprimento do juiz, ou cujos paes se achassem privados do patrio poder. c) em compensação, o Código não contempla os conjuges parentes em terceiro gráo, cujo casamento impede, nem os de quarto gráo duplicado" (BEVILÁQUA, p. 165).

Ao se comparar os principais corpos normativos vigentes no Brasil, no que concerne à modalidade obrigatória do regime da separação e à imposição legal de limites à autonomia da vontade, em função da idade dos consortes, desconsiderando-se a nomenclatura empregada por cada sistema jurídico para se referir à matéria, percebe-se que, de modo geral, a sistemática adotada por cada um deles para reger o tema não guardava muita semelhança. Na realidade, seria possível afirmar que a maneira pela qual o legislador nacional ordenou a matéria no CC/16 e CC/02 se opunha diametralmente àquela prevista nas Ordenações Filipinas.

Nesse sentido, o Direito vigente à época das Ordenações cuidou do tema de forma esparsa e fragmentada, não se resguardando um capítulo ou título específico para tanto, havendo na realidade uma gama de dispositivos espalhados pelo ordenamento, inclusive no que tange à a legislação extravagante.

Disso se pode perceber que o CC/16 inovou, de forma positiva, ao sistematizar o tema atinente ao regime de bens, englobando a hipótese do regime da separação, em um capítulo específico (Capítulo I do Título II DO Livro I da Parte Especial), ideia seguida e continuada pelo atual Código Civil (Capítulo VI do Subtítulo I do Título II do Livro IV da Parte Especial).

Assim, as Ordenações Filipinas impunham as regras da separação de bens em certas situações previamente elencadas. No entanto, tais casos não se confundem com aqueles que decorriam da imposição do regime em detrimento da idade de um dos nubentes. Teixeira de Freitas (1983, p. 118) que, ao comentar o artigo 111, em sua Consolidação das Leis Civis, assim dispôs:

> "Posto que o regime do casamento seja o da comunhão de bens, é livre doar ou deixar bens ao marido ou a mulher com a cláusula de não se comunicarem, e

> mesmo de não serem administrados pelo marido, como reconhece o art. 874 n. 6 do Cod. Do Com".

Dentro da mesma perspectiva, o disposto pelo revogado artigo 89 do Decreto 181 de 1890:

> "Art. 89. Os conjuges divorciados podem reconciliar-se em qualquer tempo, mas não restabelecer o regimen dos bens, que, uma vez partilhados, serão administrados e alienados sem dependencia de autorização do marido, ou outorga da mulher".

A respeito da Ordem Jurídica vigente à época das Ordenações do Reino, transcreve-se a seguir as palavras de Cândido Mendes (2012)[145] que, em sua nota 1 traçada ao comentar o Quarto Livro das Ordenações Filipinas, dentro do Título XLVI, trouxe mais um caso em que o Sistema Jurídico impunha a Separação de Bens quando presente alguns requisitos específicos:

> Nada se havendo contractado, ou contractando-se o casamento por carta de ametade o regimen do casamento he idêntico. Se se contracta separação total de bens, diferente he o regimen, assim como se se contractasse fixando para com um dos conjuges. Differe esse regimen do outro, sómente por que no 'dotal', os bens adquirem certo privilegios que não competem aos outros. Tambem se pode estipular separação parcial de bens, e neste caso o regimen tornava-se mixto; e os bens ficão sujeitos aos respectivos contractos. [...] (ORDENAÇAO, 2012, p. 832).

De igual maneira, Teixeira de Freitas (1983, p. 118) anuncia em sua Consolidação das Leis Civis, ao traçar comentários ao artigo 111, que "não resulta, porém, comunhão no casamento do homem livre e da mulher escrava, ou do homem escravo com a mulher livre – Repert, das Ords., Tom. 3, página 427".

E, ainda dentro da Consolidação das Leis Civis, encontra-se a seguinte redação dada ao artigo 88: "Os esposos podem excluir a comunhão de bens, no todo, ou em parte; e estipular quaesquer pactos e condições, devendo-se guardar o que entre elles fôr contractado".

Tem-se, ainda, em Teixeira de Freitas (1983, p. 118), os seguintes apontamentos quando discorreu, em nota de número 17, sobre o artigo 88 de sua Consolidação:

---

[145] PORTUGAL. **Código Filipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal.** Organização e comentários de Cândido Mendes de Almeida. Nota de José Carlos Moreira Alves. Ed. fac-sim. da 14. ed. de 1870, Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2012, tomo III, p. 832.

> "[...] – estipular quaesquer pactos e condições, devendo-se guardar o que entre elles fôr contractado -: comtanto que esses pactos não se-opponhão à moral, e aos bons costumes; e particularmente não sejam offensivos do 'poder marital', e do 'poder paternal'".

E, por fim, menciona-se a regra trazida pelo Livro II, Tomo XXVI das Ordenações Filipinas, ao estabelecer que o regime de bens não pudesse ser o da Comunhão, quando o marido, fingindo-se de rico, na realidade era pobre no plano concreto.

Dessa forma, tornou-se possível observar, em breves linhas, o percurso histórico concernente ao instituto do regime da separação de bens, quando imposto pela lei aos nubentes em razão da idade. Passa-se, a seguir, a algumas observações e críticas a respeito do tema, assim como se buscará dar sugestões de solução à questão previamente lançada: seria o regime da separação de bens em razão da idade constitucional[146]?

Retomando a abordagem da proposta central do presente capítulo, questiona-se o critério do legislador para determinar a imposição do regime de bens em razão unicamente do perfil etário. E ainda, mais que isso, procurar as razões que o motivaram a escolher tal ou qual idade, como sendo o critério legal da imposição do regime.

---

[146] É óbvia a importância adstrita ao tema, haja vista que a atual ordem jurídica vigente, insculpida segundo as diretrizes indicadas pela Constituição Federal, é marcada fortemente pelo regime de hierarquia existente entre as fontes do Direito, passando a atual Carta Constitucional a desempenhar papel crucial na determinação da organização, ordem e disciplina de nosso cenário jurídico. Trata-se da aplicação do Princípio da Supremacia da Constituição, cuja premissa central pode ser traduzida na posição hierarquicamente superior ocupada pela Constituição, sendo desta retirado todo fundamento de validade dos demais atos normativos do Sistema (escalonamento normativo). Nesse sentido: Vide os seguintes julgados: TJSP, Ap. Civ. 007.512-4/2-00, Rel. Des. Cezar Peluso, j, 18/08/98, Revista Brasileira de Direito de Família 1/98; TJMG, Ap. Civ. 243.-87/00, Rel. Des. Lucas de Sávio Gomes, j. 13/06/02. Dentro dessa perspectiva, extrai-se facilmente do cenário jurídico brasileiro duas principais características que serviram de base para a construção do denominado controle (concentrado) de constitucionalidade, quais sejam: a noção de "constituição rígida" e a necessária atribuição da atividade de controle a um órgão. Podemos classificar a CF/88 como sendo "rígida", no sentido de que estabelece um processo legislativo de criação e alteração do texto constitucional mais solene e dificultoso se comparado com às demais normas do sistema . No que tange ao órgão competente para realizar o Controle Concentra, segundo o que diz a Constituição, trata-se de incumbência dirigida ao Supremo Tribunal Federal, cuja expressa competência consta do artigo 102, I, a, "*in verbis*": "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)". Sobre esse tema, as palavras de Jose Afonso Da Silva: "A rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para as demais normas jurídicas da ordenação estatal da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da constituição que, no dizer de Pinto Ferreira, 'é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito público'. Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas" (SILVA, 2005, p. 45).

Uma importante observação a ser aqui estabelecida se adstringe ao fenômeno observável a partir da lei e que demonstra o alargamento crescente no que tange ao limite de idade utilizado para fins de determinação do regime.

Tal cenário evolutivo que, de início, estabelecia a idade-limite como sendo acima 50 anos, se mulher, e acima 60 anos, se homem (artigo 258, parágrafo único do CC/16), evoluiu posteriormente, com a entrada em vigor do atual Código Civil, para a faixa de idade acima de 60 anos, para ambos os sexos, mas que depois, com a reforma, a Lei 12344 de 2010 passou a considerar a idade como sendo superior a 70 anos.

A partir da descrição daquele cenário, indaga-se: o que teria influenciado o Legislador a optar por uma dada faixa etária para servir de referência à norma? Ou ainda: quais os motivos que serviram de justificativas para que a lei, e a faixa etária nela contida, fossem alteradas ao longo dos anos?

Pode-se concluir que o fato gerador para aumentar a faixa etária progressivamente, com o decorrer dos tempos e com a publicação de novas leis, foi o desenvolvimento experimentado pela sociedade, de modo geral, no que concerne ao número cada vez maior de pessoas com acesso a melhor qualidade de vida. Certamente abrange a melhoria no quadro da saúde populacional, refletindo no aumento da expectativa de vida.

Nesse sentido, a doutrina aponta que a Lei 12344 de 2010 teria se valido unicamente do critério da expectativa de vida da população para que o regime da separação fosse obrigatoriamente imposto àqueles que se apresentassem com idade de 70 anos.

Corroborando essa ideia, Madaleno (2011, p. 114) alegou:

> “Comentando a mudança proposta para o inciso II do artigo 1.641 do Código Civil, 66 de aumentar para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual passa a ser obrigatório o regime da separação de bens, 67 em face apenas da expectativa de vida da população brasileira, Ricardo Fiuza admitia que, mesmo assim, inúmeros juristas seguem considerando inconstitucional impor a adoção obrigatória do regime da separação de bens com o ingresso na chamada terceira idade”.

Com isso, deve-se perquirir se seria adequado haver a associação automática entre a idade e capacidade de gerir sua esfera patrimonial privada, para escolher o regime de bens a vigorar em possível casamento futuro.

Pode-se afirmar que, justamente em função de a lei ter se valido de um só critério para imposição do regime, não sendo este, ainda, dotado de certeza e sendo alvo de diversas críticas, deu-se início a uma corrente de pensamento dentre os estudiosos do

assunto no sentido de haver, sob a indigitada regra, a pecha de inconstitucionalidade (MADALENO, 2011).

Seguindo essa orientação, durante a I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, do STJ, houve a proposta por uma das comissões da revogação do inciso II do artigo 1641 do CC/02, conforme MADALENO (2011, p. 114):

> "A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes é manifestamente inconstitucional, malferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, inscrito no pórtico da Carta Magna (CF, art. 1º, inc. III). Isso porque introduz um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar de presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair casamento pelo regime de bens que melhor consulte seus interesses".

Quando da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 1º a 3 de dezembro de 2004, foram aprovados dois enunciados sugerindo a não observância da obrigatoriedade do regime da separação previsto no inciso II do artigo 1641 do CC/02, Madaleno (CJF.JUS, 2011) registrou: "Enunciado 261 do CJF[147] - 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" e "Enunciado 262 do CJF[148] - A obrigatoriedade da separação de bens nas hipóteses previstas nos incs. I e III do art. 1.641 do Código Civil não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs".

A doutrina alega que, nas Jornadas seguintes do CJF (IV, V, VI, VII e VIII), em matéria de Direito Civil, nada se falou a respeito do regime da separação obrigatória de bens. Durante esse período, somente se teve notícia de um julgado, do ano de 2016, da 4ª Turma do STJ, mas sob segredo de justiça, o qual foi decidido, por unanimidade, que o regime da separação de bens deixaria de ser obrigatório na hipótese de casamento envolvendo casal idoso que já convivia anteriormente em união estável, podendo, nesse

---

[147] Enunciado 261 do CJF; Jornada: III Jornada de Direito Civil; Coordenador-Geral: Ministro Ruy Rosado de Aguiar; Comissão de Trabalho: Família e Sucessões; Coordenador da Comissão de Trabalho: Luiz Edson Fachin; Referência Legislativa: Norma: Código Civil 2002 - Lei n. 10.406/2002; ART: 1641. https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/509

[148] Enunciado 262 do CJF; III Jornada de Direito Civil; Coordenador-Geral: Ministro Ruy Rosado de Aguiar; Comissão de Trabalho: Família e Sucessões; Coordenador da Comissão de Trabalho: Luiz Edson Fachin; Referência Legislativa: Norma: Código Civil 2002 - Lei n. 10.406/2002; ART: 1639; ART: 1641. https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/51

caso, ser escolhido livremente o regime de bens a ser aplicado durante casamento (MADALENO, 2011).

Quanto a pertinência de se impor a separação de bens unicamente em função da idade dos nubentes, Venosa (2017, p. 348) apontou:

> "Quanto ao casamento do maior de 60 e da maior de 50 anos no Código de 1916, o legislador compreendera que, nessa fase da vida, na qual presumivelmente o patrimônio de um ou de ambos os nubentes já está estabilizado, e quando não mais se consorciam no arroubo da juventude, o conteúdo patrimonial deve ser peremptoriamente afastado. A ideia é afastar o incentivo patrimonial do casamento de uma pessoa jovem que se consorcia com alguém mais idoso. O vigente Código, em atendimento à perfeita igualdade constitucional do homem e da mulher, estabeleceu a idade de 60 anos para ambos os sexos".

Em defesa da regra, Rodrigues (1999, p. 165) afirmou:

> "Aliás, talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém. Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma quinquagenária ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver".

Sob outra perspectiva, Beviláqua (1956, p. 169) afirmou para quem e quais situações a norma do regime de bens é justificável ao seu tempo:

> "A segunda classe é a do maior de sessenta e a da maior de cincoenta annos. Essas pessoas já passaram da edade, em que o casamento se realiza por impulso affectivo. Receiando que interesses subalternos, ou especulações pouco escrupulosos, arrastem sexagenários e quinquagenarias a enlaces inadquados ou inconvenientes, a lei põe um entrave às ambições, não permittindo que seus haveres passem ao outro conjuge por comunhão. Também não podem, como, em geral, todos aquelles a quem a lei impõe o regime da separação fazer doações inter vivos, um ao outro. De outro modo, a lei seria, facilmente, burlada. É essa uma proposição que dispensa qualquer esclarecimento. É uma inferência que se impõe".

A doutrina, ao tentar elucidar positivamente a regra que sustenta a imposição do regime de bens em função idade, didaticamente estruturou os argumentos em dois grupos. Para demonstrar, Nevares (2008)[149] citou que os argumentos se subdividem em: a) necessidade de proteger a pessoa idosa do chamado "golpe do baú" – ou, como é conhecido por alguns, "casamento por interesse"; b) o fato da pessoa em idade avançada já

[149] NEVARES, Ana Luiza Maia. **Impor a Idoso Separação Obrigatória de Bens é Inconstitucional**. *In*: https://www.conjur.com.br/2008-jan-11/impor_idoso_regime_bens_inconstitucional. Acesso em 24/08/2020.

ter, no decorrer de sua vida, estabelecido-se profissionalmente e ter constituído patrimônio considerável.

Para melhor desenvolver o tema, subdivide-se a explicação a partir dos itens supracitados.

No 1º argumento, a necessidade de proteção da pessoa contra o chamado "golpe do baú"[150] - dentro do primeiro argumento lançado, aduz sua tese que o primordial escopo da lei é impingira o regime da separação à pessoa com idade avançada como forma de protegê-la da ocorrência de um possível "casamento por interesses" ou, também denominado, "golpe do baú".

O "golpe do baú" se consubstanciaria na má intenção de uma pessoa que, despida totalmente de afeto para com a outra parte, e sem possuir qualquer dos intuitos concernentes ao casamento, abusa da pretensa fragilidade da pessoa, que, segundo a lei, se encontraria em idade avançada, para conseguir a consumação do casamento e, assim, obter a visada vantagem patrimonial que decorreria do regime de bens.

Com isso, dentro desse contexto, retoma-se a indagação: estaria correta a presunção legal a respeito de as pessoas em idade avançada não possuírem plena capacidade de discernimento para poderem, com autonomia, diante do casamento, poderem escolher livremente o regime que vigorará durante a vida em comum? Seria justa a regra segundo a qual deveria haver a imposição da separação de bens para que o patrimônio do cônjuge idoso se tornasse blindado contra eventual abuso de terceiros?

Na primeira abordagem, tal presunção legal e veiculada por intermédio, de norma cogente, mostraria desarrazoada e desvinculada do atual cenário e realidade

---

[150] A doutrina define o ato do "golpe do baú" da seguinte maneira (PEREIRA, 2018, p. 601-603): "Expressão de uso popular para designar casamentos ou uniões conjugais por interesses econômico-financeiros". Muito usada no Direito de Família no sentido de sua evitação, como é o "espírito" do art. 1.641, II, do CCB, que autoriza o casamento de pessoas com mais de setenta anos apenas pelo regime da separação de bens. No CCB 1916, a regra era cinquenta anos para mulheres e sessenta para homens. Com o Código Civil de 2002, subiu para sessenta anos para homens e mulheres. A Lei nº 12.344/10 aumentou para setenta anos esta limitação. A intenção de tal regra é proteger pessoas mais vulneráveis ao abuso de outrem. Contudo, impõe uma semi-interdição às pessoas com mais de setenta anos, que não deveria caber em um ordenamento jurídico em que a autonomia privada e responsabilidade são a palavra de ordem. Casamentos por interesse continuarão acontecendo, como era comum no sistema patriarcal para manutenção ou aumento do patrimônio dentro das próprias famílias. Diante do princípio da menor intervenção estatal e da responsabilidade e autonomia privada, é de se perguntar se são válidas estas regras com a finalidade de evitar-se golpe do baú, ou se elas significam muito mais restrições à liberdade dos sujeitos. Na verdade, quem tem a intenção de aplicar golpe do baú, acaba fazendo-o, por meio de subterfúgios e sutilezas para atingir seu objetivo. Afinal, como diz a letra da música de João do Vale e Luiz Vieira: O amor é bandoleiro, pode inté custar dinheiro; ou como bem disse Nelson Rodrigues: O dinheiro de mais compra até amor sincero. Talvez seja natural que entre os atrativos de uma pessoa mais velha estejam valores como segurança, maturidade e também dinheiro. A caracterização de uma união, cujo escopo é o golpe do baú, pode ensejar uma ação declaratória de indignidade (art. 1.708, parágrafo único, CCB) para desobrigar um dos cônjuges ou conviventes/companheiros ao pagamento de pensão.

experimentada pela sociedade. As normas jurídicas que têm presunções sem permitir exceções concretas, quando não conseguem mais espelhar aquilo que estaria, de fato, presente no seio da cultura popular, deveriam ser vistas como um desserviço ao bom funcionamento e manutenção do sistema normativo como um todo.

Ainda, se essa regra ao criar a estudada presunção, desde sua origem, já comportava criticas a respeito, muito embora se possa compreender que existia uma realidade cultural e jurídica da sociedade distintas da qual se possa hoje observar[151], quando se avalia a aquela mesma regra, mas hoje, a partir de sua introdução pelo atual Código Civil (artigo 1641, II), torna-se evidente a falta de compatibilidade da norma perante o novo cenário social Nevares (2008).

Isso porque ao se desenhar os atuais contornos da contemporânea sociedade brasileira, mais especificamente no que tange à questão cultural e familiar, o que se tornaria evidente seria a diferença na forma de se interpretar tais temas, comparativamente á maneira pela qual a sociedade do início da metade do século XX conferia àquela mesma matéria.

Ao se levar em conta que a regra de imposição do regime em função da idade foi mantida dentro do atual ordenamento em decorrência do artigo 1641, II, do atual Código Civil, no mínimo tais fundamentos deveriam ser revistos ou serem outros, conforme se reconhece que o pensamento social em torno do tema evoluiu e se modifica paulatinamente com o passar dos anos.

No entanto, a doutrina e jurisprudência insistem em reafirmam, hodiernamente, as mesmas razões e justificativas que eram usadas décadas atrás, mesmo diante da inexistência de semelhante suporte fático para tanto.

Por fim, seria correto afirmar que todos casamentos, envolvendo ao menos um dos nubentes em idade avançada, seriam consumados por mero interesse patrimonial da outra parte? E no caso de ambos nubentes estarem abrangidos pela idade prevista em lei para fins de imposição do regime, qual deles estaria mal-intencionado? Ambos?

Mesmo não havendo estudos específicos ou consultas à população, obviamente não há como sustentar tal entendimento de estar presente o “casamento por interesses” em todos os casos envolvendo o matrimônio de pessoas idosas. Pela própria natureza complexa que apresenta o ser humano, tal afirmação não se sustentaria, o que torna

[151] O período em referência seria a primeira metade do século XX.

totalmente desnecessário qualquer tipo de estudo a respeito para fins de corroborar esse argumento.

Ainda, como forma de afastar essa possível tese, inexistem estudos que provêm, então, que os casamentos envolvendo pessoas em idade avançada acontecem, em todos os casos, com o intuito de ao menos uma disparates de se aproveitar patrimonialmente da parte presumidamente incapaz, segundo a norma. Sob outro viés, também se afasta esse mesmo fundamento quando confrontado diante da proporcionalidade e razoabilidade, pois suas pilastras que ainda o matém hígido e aplicável hodiernamente são extremamente frágeis e dissonantes do mundo atual.

O "casamento por interesses" hoje habita mais o contexto das lendas e estórias populares do que, propriamente, a realidade na qual se encontra emergida a sociedade. No entanto, apesar de todas essas afirmações aqui construídas e contrárias à regra de imposição do regime de bens, no seio da complexa sociedade casos, de forma isolada, podem denotar a ocorrência do casamento envolvendo "golpe do baú".

Enfatiza-se que tais ocorrências são isoladas, conforme se pode abstrair da própria experiência repassada pela sociedade, e o Direito estaria totalmente equipado dos mecanismos e instrumentos hábeis e eficazes a combater o sugerido vício social.

Tais desvios de comportamento social não justificam, proporcional e razoavelmente, a inserção na lei de norma que determina a imposição do regime da separação de bens para todos os casos envolvendo casamento de pessoas idosas. Isso fere outros direitos e prerrogativas constitucionais da própria pessoa humana, como a liberdade de poder dispor livremente de seu patrimônio diante de um casamento, estando tais pessoas inseridas na grande maioria dos casos envolvendo o casamento de pessoas idosas.

Os casos envolvendo "golpe do baú" sempre se mostraram presentes no contexto das histórias contadas e passadas entre gerações, habitando também, não rato, o contexto de filmes e novelas do gênero.

Não há como se afirmar que a situação conhecida como "golpe do baú" se constitui verdadeiramente em mazela social e que demande tamanha repercussão na norma, pois, obviamente, à luz da proporcionalidade, tal medida legislativa não encontraria qualquer justificativa no contexto social brasileiro.

Em outra perspectiva sobre o assunto, a norma do inciso II do artigo 1641 do Código Civil, ainda que se supusesse haver a ocorrência de número exacerbado de casamentos movidos pelo "golpe do baú", não existiria sequer, até o presente instante,

argumentos hábeis a comprovar que a utilização da regra da imposição do regime da separação se mostraria eficaz em seu combate.

Na realidade, desde a criação dessa medida, pouco se produziu em termos de estudos científicos ou de consultas públicas a seu respeito, o que torna possível, ainda, afirmar que sua eficácia não se apoiaria em fundamentos razoáveis (NEVARES, 2008).

É de extrema importância que o operador do direito, diante da ocorrência de possíveis "casamentos por interesses", tenha em mente que o Direito comporta inúmeros outros instrumentos para seu combate, o que de certo dispensaria o uso da norma relativa ao regime da separação de bens por imposição.

No 2º argumento, o fato de a pessoa já ter se estabelecido profissionalmente e constituído patrimônio considerável durante a vida, percebe-se que a base do fundamento se concentra no fato de a pessoa, que já se encontrasse em idade avançada, segundo parâmetros definidos pela lei, já teria naquele instante da vida, conquistado uma determinada profissão, assim como teria já amealhado patrimônio suficiente durante a vida, para garantir sua manutenção na velhice.

Nesse sentido, a lei pretende, ao introduzir o regime da separação de bens, em caso dessas pessoas contraírem núpcias depois de atingido a velhice, proteger o mencionado patrimônio com possível comunicabilidade decorrente do outros regimes de bens. Presume-se haver a necessidade de blindar todo conjunto de bens que fossem adquiridos por uma pessoa, durante a sua vida profissional, e que decida se casar já depois de atingida a idade superior a 70 anos (Nevares, 2008).

Indaga-se: tal regra seria justa? Estaria cumprindo o papel social de proteção patrimonial da pessoa idosa que decida se casar já dentro desse estágio da vida?

Assim, ao se tratar dos fundamentos apontados pela doutrina, justifica-se a previsão da norma (artigo 1641, II do CC/02), que ao limitar a autonomia da vontade das pessoas, obriga a adoção de um determinado regime de bens (separação de bens), com a finalidade de conferir proteção patrimonial ao idoso dentro de um contexto que, embora imaginado pelo legislador, não se configura concreta realidade experimentada pela sociedade brasileira. Haveria, portanto, no mínimo, grande ofensa à proporcionalidade e razoabilidade quando a lei decide limitar um direito elementar da pessoa, relacionada à sua autonomia e liberdade, de poder decidir o destino de seu patrimônio, mesmo quando idoso.

Igualmente, não há fundamento lógico ou científico que comprove que a pessoa, quando atingido certo limite etário, adentraria automaticamente ao estado de incapacidade,

presumindo-se haver impossibilidade de gerir seu próprio patrimônio, quando a situação se relacionar com hipóteses de matrimônio e a escolha do regime de bens a vigorar.

Não obstante a estudada norma goze de ineficácia, quando considerada diante de possíveis objetivos subjacentes, acaba gerando, indiretamente, verdadeira situação de injustiça social em detrimento dos dois consortes. Isso ocorre porque, conforme constam dos dados extraídos da realidade brasileira, como a grande imensidão dos casos dos idosos não consegue atingir a velhice com o devido resguardo da constituição de um patrimônio durante a vida, quando se veda a comunicabilidade de bens nos casos de pessoas acima de 70 anos, devido à regra de imposição do regime da separação de bens, extirpa-se importante meio de proporcionar ao casal, se caso um deles possuir patrimônio, uma vida mais digna. Sem dúvidas, trata-se de um corolário do Princípio da Solidariedade, de base constitucional (art. da CF/88).

Embora acabe gerando efeito inverso do pretendido pela doutrina, para efeitos do artigo 1641, II, do CC/02, deve-se ressaltar que, quando se tratar da realidade do Brasil, ao conflitar dois princípios de base constitucional, o da solidariedade e o da autonomia da parte, na ponderação de valores, deve prevalecer aquele primeiro, diante de tanta injustiça e miserabilidade observada no seio da sociedade.

Proteger a autonomia patrimonial ou, ainda, a garantia da intangibilidade dos bens de um dos consortes, com a utilização da regra que o regime da separação de bens impõe em casos de casamento envolvendo pessoas com mais de 70 anos, quando as hipóteses presumidas pela lei são ínfimas.

A inconstitucionalidade do artigo 1641, II do Código Civil - após demonstrar fundamentos prós e contras, referentemente à citada regra sobre a imposição do regime de bens em razão da idade do consorte, deve-se necessariamente concluir que tal regra é incompatível com o atual sistema constitucional erigido pela Carta de 1988.

A adjetivação da norma (artigo 1641, II do CC/02), como sendo inconstitucional, não se deu no presente capítulo de maneira progressiva e à medida que os pretensos argumentos favoráveis foram sendo paulatinamente derrubados, pois a lógica jurídica não permitiria tal sustentação.

Os principais argumentos que atualmente dariam vida à medida de imposição do regime da separação em função da idade de um dos consortes (artigos 1641, II do CC/02), afigurou-se que não existem razões atualmente que dariam suporte a quaisquer deles.

Num primeiro instante, pretendeu-se demonstrar que a afirmação de que a regra do regime da separação obrigatória tenderia a proteger a pessoa idosa contra a ocorrência do

“casamento por interesses” ou, como alguns preferem, do “golpe do baú”, não se compatibiliza com qualquer lógica vigente perante a contemporânea realidade brasileira.

Isso porque, não há razoabilidade em se afirmar que, na totalidade dos casamentos envolvendo pessoas acima de 70 anos, exista a intenção velada da intenção de exploração patrimonial. Trata-se, sem dúvidas, de uma presunção legislativa que, não obstante tenha tido alguma pertinência no passado, não encontra mais atualmente substratos mínimos de sustentação diante da realidade brasileira. Além disso, o Direito sempre contou com diversos institutos, e todos dispostos, para eventualmente combater qualquer dos efeitos prejudiciais que poderia emanar da concretização do um casamento envolvendo “golpe do baú”[152].

Dando continuidade, também se desconhece a relação imaginada pelo Legislador ao determinar a idade acima de 70 anos como o marco inicial de uma pretensa “necessidade de proteção” a ser deferida pela lei. Obviamente não há como se afirmar que a pessoa, atingindo a mencionada idade, entraria automaticamente para um status de “incapacidade”, mesmo que tomando esta como relativa e apenas quanto a questões de cunho patrimonial referentes ao regime de bens do casamento.

Para artigo 1641, II do Código Civil, a pessoa que se encontra acima dos 70 anos, teria constituído patrimônio suficiente durante toda sua vida, possuindo as condições mínimas para se sustentar de maneira autônoma. Tal alegação, diante da realidade do Brasil, é falaciosa.

Portanto, conforme se conseguiu perceber, os argumentos alegados pela escola que defende a medida de imposição do regime da separação de bens em função da idade, configura-se sob a pretensa “proteção” da lei, mas traz incoerência dentro do sistema jurídico. A norma traz a falha de inconstitucionalidade, em razão justamente da constatação de ocorrer ofensas a inúmeros direitos e prerrogativas fundamentais da pessoa e da previsão constitucional.

Com isso, pode se extrair do artigo 1641, II do Código Civil regra que, na realidade, acaba por importar na construção de um quadro de desigualdade injustificada entre pessoas, afetando diretamente o Direito Fundamental das pessoas idosas à igualdade (artigo 5º, caput e inciso I da CF/88).

---

[152] Para corroborar, eis a redação do artigo 5º, XXXV da CF/88, em cujos termos se pode extrair o Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário: “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: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Tal regramento tolhe da pessoa idosa o fundamental direito à liberdade e autonomia (artigo 5º, caput da CF/88), preceitos que desempenham fundamental importância sobre vida de todas as pessoas, sobretudo em relação àqueles que ingressam na fase da velhice, fase da vida que merece atenção por parte da sociedade, da família e do Poder Público.

Os impactos causados pelo artigo 1641, II. do atual Código à Constituição Federal, vislumbra haver ofensa ao artigo 230 da Carta Constitucional[153]. Em tal dispositivo reafirma-se a missão de todos atribuídos, família, sociedade e Estado, de conferir amparo e proteção às pessoas idosas, de modo a garantir sua participação na comunidade e proteção de sua dignidade e bem-estar, mencionando-se expressamente o direito fundamental da vida.

Configura-se também afronta ao teto constitucional o fato de que a regra do artigo 1641, II do CC/02, quando determina a imposição do regime da separação, cria uma situação de presunção de incapacidade daquelas pessoas que contam com mais de 70 anos, o que fere a prerrogativa fundamental da pessoa de ter o direito a um Devido Processo Legal, com a garantia do Contraditório e da Ampla Defesa, para que se possa de afirmar a existência de incapacidade.

A mencionada regra do Código Civil pretende construir uma situação injustificada de presunção de incapacidade, sem dar direito de manifestação ou defesa daquelas pessoas que são por ela atingidas. Por conta desse fato, constata-se haver também ofensa direta ao artigo 5º, LIV da Constituição Federal[154].

Assim, conclui-se o presente ponto com a reafirmação de que a citada regra de imposição do regime em função unicamente da idade do nubente fere, em diversos lados, a Carta Constitucional de 1988. Deve-se, não obstante isso, desenvolver no seio da comunidade jurídica mais debates em torno do tema, para que as autoridades fiquem sensibilizadas e tomem medidas mais efetivas para combater o descrito cenário.

---

[153] Determina o citado dispositivo constitucional: "Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. § 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. § 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos".

[154] Dispositivo da Constituição Federal: "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: [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Seção 6 - A questão da Súmula 380 do STF e a separação de bens

Conforme se asseverou ao longo de uma multiplicidade de ideias que aqui foram construídas, quase sempre imbuídas de certa complexidade, muitos foram os problemas constatados em torno do tema adstrito ao regime da separação de bens, principalmente no que concerne à sua correlação com a Súmula 377 do STF.

No presente tópico pretende-se estudar um dos aspectos controvertidos existentes em torno do regime da separação de bens e, talvez, um dos que, ainda hoje, mais geram discussões e problemas no que tange ao atingimento de um consenso mínimo entre os estudiosos e operadores do tema.

Entretanto, a despeito dessa circunstância aparentar desfavorável ao plano da segurança jurídica, deve-se salientar que o próprio ordenamento jurídico, organizado e sistematizado, prevê mecanismos para solução desses *hard cases* (ainda mais quando se leva em consideração que vige atualmente o Princípio do *non liquid*, quando da apreciação das lides em geral, possuindo como enfoque o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, conforme sentencia o artigo 5º, XXXV da CF/88), ainda que se leve em conta a não existência de normas jurídicas especialmente direcionadas ao tratamento de determinado assunto sob análise.

O Direito, como uma ciência hermética e equilibrada, reserva certas categorias e ramos jurídicos que, dada sua natureza maleável, possibilita a incorporação de situações não expressamente previstas em lei, permitindo a resolução de conflitos, à luz da justiça, e, pincipalmente, sem a necessidade do uso distorcido de algumas categorias jurídicas.

Desse modo, ao se abordar um dos pontos centrais da presente pesquisa, qual seja, a polêmica em torno do uso atual da Súmula 377 do STF em casos de regime da separação de bens, pode-se afirmar, ao menos preliminarmente, que sua utilização pelos Tribunais não só é indevida, como também é devastadora para a estabilidade e segurança no Direito (SIMÃO, 2008).

O grande contratempo disso tudo é que o Direito de Família não se mostra como um seguimento do campo jurídico adequado a solucionar os impasses de acordo com a pretensão daqueles que ainda insistem em se utilizar do verbete sumular de número 377 do STF.

Quando da criação dessa súmula, o objetivo deveria ser focado a corrigir alguns pontos contestáveis diante das disposições previstas no revogado CC/16, no que concerne

ao regime da separação de bens. Contudo, predomina atualmente o entendimento de que, mesmo diante do atual Código Civil, a Súmula 377 teria ainda aplicabilidade.

Assim, é possível afirmar que há inegável equívoco na utilização do Direito de Família quando se pretende concretizar aquela súmula em caso concreto. E, como agravante, o papel desempenhado, hoje, por tal verbete sumular, em nada se aproxima com o que se previu para fins de sua utilização, quando criada na década de 1960, haja vista que, com a promulgação do atual CC/02, não houve a previsão de norma que, da forma como estampada no CC/16, exigiria do STF tal utilização sumular atualmente[155].

Utilizar o entendimento consignado pela referida súmula do STF, hodiernamente, traria consequências devastadoras, sob o prisma técnico, ao Direito de Família, como o seu desvirtuamento e o desvio de sua finalidade. Tal desorientação, a despeito de aparentemente repercutir negativamente apenas sobre o campo do Direito de Família, faria repercutir seus efeitos em diversas outras searas jurídicas (PELUSO, 2013).

Por ser o ordenamento inteiramente interligado, não se conseguiria prever, ao certo, até onde tais consequências negativas se manifestariam. A exemplo, diversos seguimentos do Direito se utilizam de institutos típicos do Direito de Família, o que, certamente, fariam com que eles também sofressem com tal desordem (LÔBO, 2011).

Portanto, a dificuldade em relação à carência ou insuficiência de normas, para se solucionar um dado caso específico envolvendo o tema regime da separação de bens, é uma das propostas apresentadas pelo presente estudo seria a utilização do ramo do Direito Obrigacional para o atingimento dos fins perseguidos (SIMÃO, 2008).

Com o uso alternativo do Direito Obrigacional, conseguiria atingir a justiça no caso concreto sem que, contudo, necessite utilizar o Direito de Família. Conforme se constatou, este não teria como escopo essencial a resolução de casos envolvendo simples desequilíbrio de ordem estritamente patrimonial ou a pretensão de se evitar a ocorrência de hipóteses de enriquecimento sem causa, ainda que tais temas se adstrinjam ao campo do regime de bens no casamento.

A necessidade de se afastar o Direito de Família, para utilizar das regras do Direito das Obrigações, dentro do tema central desse trabalho, estaria afirmando, por fim, que não haveria lógica suficiente para se dar continuidade na aplicação da Súmula 377 do STF.

A proposta de se utilizar as obrigações para se solucionar impasses de ordem patrimonial, mesmo que relacionados ao Direito de Família, é corroborada com a ideia

---

[155] O dispositivo do CC/16 que pode ser tido como um dos fatos geradores da criação da Súmula 377 do STF foi o artigo 259.

central canalizada pela Súmula 380 do STF[156], cujo teor é o seguinte: "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum".

A Súmula 380 foi elaborada para regulamentar as relações patrimoniais dos conviventes, em tempos em que a união estável ainda não tinha o merecido reconhecimento como típica entidade familiar[157], o que interessa para o presente trabalho é a ideia central balizada pelo verbete. Foi dada preferência à utilização do Direito Obrigacional para respaldar a questão da divisão patrimonial entre os conviventes (DINIZ, 2006).

A mencionada súmula merece inúmeras críticas, no que concerne ao tratamento dado aos casos de união estável, pois era evidente o seu desprestigio frente à denominada "família matrimonial". No entanto, pretende-se apenas o aproveitamento da ideia subjacente que é o uso do Direito Obrigacional para resolver as questões de ordem patrimonial que, hodiernamente, estariam a cargo da Súmula 377. Logo, poderia haver a

---

[156] Em relação à mencionada súmula, esta recebera aprovação durante a Sessão Plenária de 03/04/1964; fonte da publicação: DJ de 08/05/1964, p. 1237; DJ de 11/05/1964, p. 1253; DJ de 12/05/1964, p. 1277; Referência Legislativa: Código Civil de 1916, art. 1363, art. 1366; Código de Processo Civil de 1939, art. 673; Precedentes que possibilitaram sua origem: RE 52217 (Publicação: DJ de 12/09/1963); RE 49064 (Publicação: DJ de 18/01/1962); RE 26329 (Publicação: DJ de 11/08/1961); AI 24430 (Publicação: DJ de 15/06/1961); RE 44108 (Publicações: DJ de 04/08/1960; RTJ 14/231); RE 19561 (Publicação: DJ de 29/10/1953); RE 9855 (Publicação: DJ de 28/05/1948); AI 12991 (Publicação: DJ de 21/08/1947). As relações patrimoniais oriundas do concubinato não são reguladas pelo Direito de Família, mas sim pelo Obrigacional, tendo em vista constituírem a denominada "sociedade de fato", Com o termino dessa relação, o patrimônio amealhado durante o período convivencial será dividido igualmente entre o casal (FERREIRA FILHO; VIEIRA, 2014, p. 100-101).

[157] Vide os seguintes julgados: "AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SOCIEDADE DE FATO. CONCUBINATO IMPURO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. A revisão do acórdão recorrido que, ao dirimir a controvérsia, reconhece a caracterização de longa união estável e o conseqüente direito à partilha dos bens angariados com o esforço comum, demanda imprescindível revolvimento do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em sede especial, ut súmula 07/STJ. 2. Não destoa o v. acórdão recorrido da orientação emanada desta Corte acerca da possibilidade de dissolução de sociedade de fato, ainda que um dos concubinos seja casado, visto que o denominado concubinato impuro não constitui circunstância impeditiva da aplicabilidade da súmula 380 do Supremo Tribunal Federal. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 746.042/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 04/09/2007, DJ 17/09/2007, p. 290)"; "CIVIL E PROCESSUAL. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO OCORRIDA ANTES DA LEI N. 9.278/1996. CONTRIBUIÇÃO DA MULHER PARA A CONSOLIDAÇÃO DO PATRIMÔNIO COMUM. COMPROVAÇÃO. MATÉRIA DE FATO. SÚMULAS N. 380-STF E 7-STJ. APLICAÇÃO. PARTILHA DE BENS. VIOLAÇÃO AO ART. 535/CPC. INEXISTÊNCIA. I. Comprovada a participação direta e indireta da mulher na consolidação do patrimônio do casal enquanto perdurou a união estável, cujo término ocorreu antes da vigência da Lei n. 9.278/1996, faz jus à partilha dos bens, adquiridos durante a vida em comum, nos termos da Súmula n. 380 do STF. II. Aplicação da Súmula n. 7-STJ ao delineamento fático estabelecido na instância ordinária. III. Não se anula o julgado que aborda as questões objeto do especial apenas porque dissentiu do interesse da parte. IV. Recurso especial não conhecido. (REsp 623.566/RO, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 20/09/2005, DJ 10/10/2005, p. 377)".

retirada do tema de dentro do Direito de Família, para ser resolvido à luz das obrigações (NEVARES, 2008).

Embora a Súmula 380 do STF não tenha mais adequada aplicabilidade aos casos de união estável, sua essência deixa claro que, com o uso das normas obrigacionais, a justiça do caso concreto, em casos envolvendo a esfera patrimonial do Direito de Família, seria atingida, e, isso tudo, sem haver a necessidade de se desvirtuar outros institutos jurídicos para consecução de idêntico fim (DINIZ, 2006).

Salienta-se que, qualquer tese no sentido de haver, possivelmente, o desvirtuamento do Direito de Família a partir do uso das obrigações, como forma de pacificar determinadas lides concernentes ao regime de bens, não teria procedência, nem lógica, mesmo que diante da alegação de inexistência norma justa para resolução da lide.

Em primeiro lugar, porque, para esses casos, inexiste previsão expressa dentro daquele ramo que pudesse solucionar o impasse. Em segundo lugar, com o uso das obrigações, o Direito de Família, no que concerne sua essência, restaria intocado, não ocorrendo seu desvirtuamento ou a quebra de sua finalidade essencial.

O ramo do Direito de Família, ainda que dentro de sua esfera patrimonial, não teria o condão de solucionar, de acordo com a justiça, a distribuição das riquezas amealhadas durante o casamento ou união estável na hipótese de existir lacuna na lei. Já o Direito das Obrigações teria por natureza a fórmula equitativa dessa justa distribuição e, isso, aplicável independentemente do ramo jurídico sob enfoque, e ainda que não conste expressamente de lei específica uma solução para o caso determinado.

Mesmo que algumas diretrizes das obrigações fossem inseridas no bojo do Direito de família, nenhum prejuízo traria a este ramo, que continuaria intacto em suas pretensas virtudes.

Com isso, objetiva-se oferecer, como possível alternativa para solução de impasses de ordem patrimonial dentro do Direito de Família, nos casos em que a norma seja incipiente para tanto, a utilização do Direito Obrigacional. E, como forma de corroborar tal ideia, é possível se utilizar da maneira pela qual a Súmula 380 do STF resolveu tratar do tema, certamente, da existência das críticas a seu respeito (PEREIRA, 2009).

Embora não se configure única das ferramentas, reconhece-se, na presente pesquisa, que o Direito Obrigacional se constituiria como o ramo mais promissor e adequado a solucionar os impasses que envolvem o regime da separação de bens, no tocante às situações de injustiça referentes à distribuição do patrimônio quando do eventual rompimento do matrimônio ou da união estável.

Deposita-se confiança nesse ramo do Direito (Direito das Obrigações), pois certamente se configuraria o caminho mais adequando à pacificação dos conflitos sociais envolvendo o regime de bens (DINIZ, 2006).

O Direito Obrigacional, que estaria à disposição dos julgadores e operadores jurídicos, tenderia a promover o adequado combate ao aludido gravame concernente ao regime da separação de bens e a necessidade de promover a justiça material em relação aos nubentes, principalmente sob a ótica interpretativa conferida pelo revogado CC/16, o que dispensaria o uso incorreto de outras categorias jurídicas para se alcançar o mesmo fim (solução do conflito).

De modo geral, as partes envolvidas no conflito, no que concerne à má utilização do verbete sumular 377 do STF: primeiro, "regime da separação legal de bens", de imediato, a súmula 377 teria transformado em um típico caso de comunhão parcial; outro ponto problemático se verificaria na própria esfera da segurança jurídica enfrentada pelas partes, pois a despeito de constar expressamente no atual Código Civil que os nubentes, diante da situação que exigiria a aplicação do regime da separação obrigatória, a partir do instante que o enunciado sumular se faz presente diante daquele cenário, pode-se observar que aquele casal, embora casados diante do regime da separação legal, teriam seu patrimônio regido por intermédio das regras que atualmente pertenceria a outro regime, o intitulado regime da comunhão parcial, tendo em mente que, pelas regras da Súmula 377, os aquestos se comunicariam durante a união conjugal[158].

Com isso, em razão dos inúmeros problemas gerados, principalmente por parte da interpretação dada ao instituto do regime da separação de bens, pode-se dizer que, melhor que destoar a essência do ramo do Direito de Família com o escopo de solucionar casos concretos (principalmente quando a lei não confere uma solução justa e adequada ao caso), para a utilização dos mecanismos propostos pelo Direito Obrigacional, haja vista que, com

---

[158] O regime da separação de bens sempre esteve rodado de obstáculos e controversas, principalmente quando se tinha como escopo garantir uma proteção mínima patrimonial a um dos cônjuges contra o possível desabono financeiro que poderia ocorrer durante uma possível hipótese de extinção do vínculo matrimonial, assim como se queria, a todo custo, se evitar uma indesejada situação de enriquecimento sem causa por parte de um do consortes, também na eventualidade de extinção do casamento. Justamente diante dessa situação peculiar, e contanto com a corroboração do artigo 259 do CC/16, a jurisprudência, diante da necessidade premente de solucionar casos concretos que lhes era apresentados, se utilizou da Súmula 377 do STF, cujos ditames, direcionados ao regime legal dá separação, afirmava haver a comunicabilidade dos aquestos obtidos por qualquer dos consortes durante a vigência da união matrimonial. Embora seja forçoso se reconhecer que às época do CC/16, em função do desequilíbrio trazido ao sistema normativo em decorrência das regras do artigo 259, fato é que mesmo após ter sido promulgado o atual Código Civil, continuou insistentemente o enunciado sumular do STF de número 377 a ser aplicado, ainda que de fronte de uma nova sistemática construída em torno do regime da separação.

esse método não haveria tantas controvérsias ou problemas que atualmente persistem no bojo dessa matéria.

O Direito Obrigacional deveria ter sido colocado em prática desde a vigência do anterior Código Civil de 1916, fato este que, inclusive, poderia ter servido de empecilho para a edição da própria Súmula 377.

O instituto das Obrigações deveria ter sido utilizado desde épocas remotas, quando vigente ainda o CC/16 e a disposição de seu artigo 259, pois se poderia alcançar semelhante solução do caso concreto, em razão da vontade de se resguardar a figura da esposa diante de uma sociedade movida de acordo com os costumes em voga no início do século XX, o que dispensaria em tese a edição da Súmula 377 (NEVARES, 2008).

Acredita-se que o mesmo ramo do direito deveria ter sido utilizado nos dias atuais (CC/02), quando os julgadores se deparassem com situações excepcionais, envolvendo o regime da separação de bens, mas na legislação pertinente não há a previsão de uma justa solução, seja por se tratar de situação excepcional ou peculiar, seja em função de se ter nova situação criada a partir da natural evolução perpassada em termos culturais pela própria mentalidade social da época. O direito não consegue acompanhar, proporcionalmente e de modo eficaz, a velocidade do desenvolvimento cultural, o que acaba gerando, naturalmente, diversas situações concretas sem que haja qualquer norma apta a regulamentá-la.

O Direito Obrigacional é gerado e mantido pela jurisprudência e parte da doutrina para solucionar o impasse que se relaciona com a própria natureza e estrutura da relação obrigacional, dado que se pode extrair de sua essencialidade as notas de sua elasticidade e sua adaptabilidade a outros ramos do Direito - como se dá, por exemplo, no Direito de Família (GONÇALVES, 2017).

Pode-se considerar a “obrigação” como sendo uma relação jurídica, transitória, que se estabelece entre credor e devedor e cujo objeto se configura uma prestação pessoal econômica, devida por este àquele, e que pode assumir o carácter positivo (dar ou fazer) ou negativo (não fazer), configurando o patrimônio do devedor uma garantia à disposição do credor quanto ao adimplemento obrigacional.[159] [160]

---

[159] O conceito acima foi inspirado em Monteiro (1979, p. 8), que literalmente afirmou:
“relação jurídica transitória, estabelecendo vínculos jurídicos entre duas diferentes partes (denominadas credor e devedor, respectivamente), cujo objeto é uma prestação pessoal, positiva ou negativa, garantido o cumprimento, sob pena de coerção judicial”.

[160] Para enriquecer a fundamentação, a seguir alguns outros conceitos de “obrigação” e que foram apresentados por alguns dos principais estudiosos do assunto: “[...] é o vínculo jurídico ou de equidade, pelo qual alguém está adstrito a, em benefício de outrem, realizar uma prestação” (FRANÇA, 1996. p. 591); “[...]

Dentro da clássica distinção entre direito pessoal e real, as obrigações encontram-se dentro do primeiro, sendo este, por sua vez, identificado como pertencente ao direito pessoal patrimonial (CHAVES; ROSENVALD; 2017[161].

As obrigações podem ser observadas a partir da conjugação de três elementos, que a doutrina majoritária consagra da seguinte maneira: elementos subjetivos (credor e devedor)[162]; elemento objetivo ou material[163]; e, por fim, elemento imaterial, virtual ou espiritual (vínculo jurídico que une as partes da relação em torno do seu objeto)[164].

---

a obrigação é a relação jurídica transitória, de natureza econômica, pela qual o devedor fica vinculado ao credor, devendo cumprir determinada prestação positiva ou negativa, cujo inadimplemento enseja a este executar o patrimônio daquele para a satisfação de seu interesse" (AZEVEDO, 2000. p. 31); "[...] relação jurídica pessoal por meio da qual uma parte (devedora) fica obrigada a cumprir, espontânea ou coativamente, uma prestação patrimonial em proveito da outra (credor)" (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 15).

[161] Não obstante se tenha como clássicos essa divisão do direito, algumas obrigações apresentam miscegenação das principais características desses ramos, como ocorre com as obrigações propter tem que, dentre seus aspectos essenciais, emanar alguns efeitos de natureza tipicamente real – o que justifica sua também denominação de "obrigações ambulatórias".

[162] Com relação ao elemento pessoal das obrigações, explica a doutrina (TARTUCE, 2017, p. 234), a respeito das figuras do devedor e credor, assim alude : "a) Sujeito ativo – é o beneficiário da obrigação, podendo ser uma pessoa natural ou jurídica ou, ainda, um ente despersonalizado a quem a prestação é devida. É denominado credor, sendo aquele que tem o direito de exigir o cumprimento da obrigação. b) Sujeito passivo – é aquele que assume um dever, na ótica civil, de cumprir o conteúdo da obrigação, sob pena de responder com seu patrimônio. É denominado devedor. Recomenda-se a utilização da expressão deveres que consta do art. 1.o do atual Código Civil, em detrimento do termo obrigações, previsto no art. 2.o do CC/1916 e que está superado".

[163] Em se tratando do aspecto material das obrigações, que corresponderia ao seu objeto propriamente dito, é importante consignar que a divisão comumente vista na doutrina a seu respeito não vem seguindo um padrão terminológico consensual, pois ora é intitulada de "objeto imediato" ora de "objeto mediato". Na realidade, essas opiniões que, aparentemente se aportam como contrárias umas às outras, são apenas interpretações diferentes dadas a um mesmo elemento central (a relação obrigacional), mas que, de forma alguma, acarretaria prejuízos à estabilidade do próprio Direito em si. Não obstante, adota-se para a presente pesquisa a tese de que o elemento objetivo imediato se configuraria na "prestação" da obrigação (obrigação de dar, fazer e não fazer, sendo as duas primeiras obrigações de natureza positiva e, por sua vez, a última, de natureza negativa), conquanto que a obrigação tida como "mediata" se configuraria no objeto material daquela prestação (bem da vida ou determinado serviço ou atividade). Nesse aspecto, Flávio Tartuce (2017, p. 235): "O objeto imediato da obrigação, perceptível de plano, é a prestação, que pode ser positiva ou negativa. Sendo a obrigação positiva, ela terá como conteúdo o dever de entregar coisa certa ou incerta (obrigação de dar) ou o dever de cumprir determinada tarefa (obrigação de fazer). Sendo a obrigação negativa, o conteúdo é uma abstenção (obrigação de não fazer). Por outro lado, percebe-se que o objeto mediato da obrigação pode ser uma coisa ou uma tarefa a ser desempenhada, positiva ou negativamente. Como exemplo de objeto mediato da obrigação, pode ser citado um automóvel ou uma casa em relação a um contrato de compra e venda. Esse também é o objeto imediato da prestação. Alguns doutrinadores apontam que o objeto mediato da obrigação ou objeto imediato da prestação é o bem jurídico tutelado, entendimento este que também é bastante plausível [...]".

[164] Quanto ao elemento virtual das obrigações, este pode ser identificado como o vínculo jurídico que conecta os sujeitos da obrigação (elemento subjetivo) em torno do objeto obrigacional (elemento objetivo). Assim, pode-se dizer que o vínculo obrigacional se configura no elo que obriga o devedor (polo passivo da obrigação) ao cumprimento de uma pré-estabelecida prestação, positiva ou negativa, em favor do credor (polo ativo da obrigação). De acordo com os ensinamentos doutrinários, tal vínculo que mantêm unificado os demais elementos da obrigação encontram no artigo 391 do CC/02 sua melhor forma de expressão, conforme se depreende de sua leitura: "Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor". Nesse sentido (TARTUCE, 2017, p. 236) "O elemento em questão é o vínculo jurídico existente na relação obrigacional, ou seja, é o elo que sujeita o devedor à determinada prestação – positiva ou negativa, em favor do credor, constituindo o liame legal que une as partes envolvidas. A melhor expressão desse vínculo está estabelecida no art. 391 do CC 2002, com a previsão segundo a qual todos os bens do devedor

Com essas considerações, e retomando o questionamento lançado anteriormente (o porquê da utilização do Direito Obrigacional como forma alternativa de solução do impasse envolvendo o regime da separação de bens), é possível dizer, também, que o mencionado ramo obrigacional possuiria, em sua essência, a possibilidade de se solucionar o problema envolvendo o regime da separação com o esperado grau de eficácia e equidade, permitindo, dessa maneira, que no caso concreto houvesse a distribuição do patrimônio e da riqueza de forma justa entre os nubentes.

Entretanto, o mais importante dos fundamentos residiria no fato de que com a utilização das regras obrigacionais, não haveria ofensa alguma à essência e natureza do Direito de Família, que restaria intacta, sob o ponto de vista técnico.

O Direito das Obrigações desvirtuaria o Direito de Família através da inserção de elementos de ordem patrimonial. Na realidade, o ramo obrigacional do Direito seria visto como mero elemento acessório e instrumental do Direito de Família, não havendo por parte daquele qualquer tipo de descaracterização ou desvirtuamento dos contornos deste último ramo.

O Direito Obrigacional se tornaria essencial para o desenvolvimento do tema proposto, justamente em razão do fato de haver a possibilidade de sua utilização para que se corrija as possíveis distorções, de ordem econômica, que possivelmente poderiam ser ocasionadas dentro do tema atinente ao regime da separação de bens – e, tudo isso, de forma a dispensar o uso da Súmula 377 do STF.

A Súmula 380 do STF se relacionaria com os fundamentos centrais por ela utilizados. Conforme o Direito Obrigacional como argumento central para possibilitar a justa divisão patrimonial havida no bojo da união estável, pois, de acordo com o momento histórico em que foi editado, não teria ainda sido reconhecido conferido pelo Direito, na modalidade de constituição de família, o mesmo status que possuía configurada através do matrimônio.

---

respondem no caso de inadimplemento da obrigação. Esse artigo traz o princípio da responsabilidade patrimonial do devedor, sendo certo que a prisão civil por dívidas não constitui regra de nosso ordenamento jurídico, mas exceção. Como se sabe, a prisão civil somente seria possível em duas hipóteses, conforme prevê literalmente o art. 5.o, LXVII, da CF/1988, nos casos de in- adimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia ou nos casos envolvendo o depositário infiel [...]". Ainda dentro da temática concernente ao elemento imaterial da relação obrigacional, insta esclarecer que a seu quedaria atualmente superada a teoria monista ou unitária, esta segundo a qual o vínculo seria constituído por um único elemento: o elo que une os sujeitos da obrigação ao seu objeto. Prepondera a esse respeito a posição que defende o uso da teoria dualista ou binaria, em cuja definição se encontraria a tese de o vínculo da obrigação seria conformado por dois elementos distintos: o débito ("Schuld") e a responsabilidade ("Haftung").

CONCLUSÃO

Neste capítulo, serão apresentadas as considerações finais do estudo do regime da separação bens e seus principais pontos controvertidos, que foram apresentados e discutidos à luz da presente fundamentação teórica, evidenciando o descompasso e o desequilíbrio do sistema jurídico, mormente quando se alude à falta de uniformização do pensamento jurisprudencial pátrio, principalmente por meio dos institutos vinculantes que ganharam expressamente espaço no texto do atual Código de Processo Civil (SIMÃO, 2008).

Assim, mais importante do que simplesmente unificar a interpretação relacionada ao tema, é que isso seja feito de maneira técnica, segundo os fundamentos inerentes ao Direito. Dessa forma, o trabalho elegeu como um de seus escopos a busca da solução para os diversos problemas aqui enfrentados que condizem com a boa técnica jurídica (SIMÃO, 2011).

Considerando que o Direito é uma ciência que naturalmente avaliza a oportunidade de coexistência, em relação ao mesmo caso concreto, de mais de uma solução técnica. É certo que há algumas que são incompatíveis e deveriam ser evitadas, como no caso da Súmula 377 do STF, por ser plenamente incompatível com a ordem vigente (MADALENO, 2011).

Também imprescindível mencionar que não se desconhece o papel político exercido pelos Tribunais de cúpula, e cujas funções devem permitir e direcionar a concretização da justiça nos casos em apreço - função esta que, da mesma maneira, pertence à classe dos magistrados em geral (NEVARES, 2008).

Neste sentido, o presente estudo permitiu evidenciar que o Direito é um sistema interligado e conscientemente organizado, de forma que deve funcionar totalmente em harmonia, e deve prevalecer à dita autonomia que suas diversas subdivisões comportam.

O operador do Direito deve lidar com os variados seguimentos da ciência jurídica. A mencionada “autonomia” dos diversos temas do Direito não devem ser vistos como aval ao jurista para aplicá-lo de modo destoante de suas finalidades (TARTUCE, 2015).

Desse comportamento avesso aos escopos pretendidos por uma categoria jurídica, ocasiona, no mínimo, desestabilidade dentro daquela esfera e, não só, em todas as outras que com esta guarde qualquer tipo de relação. Com isso, mesmo que tal atitude consiga

solucionar um dado caso concreto com a intencionada justiça, as consequências hostis à harmonia do Direito não são compensadas pelo dito benefício (SIMÃO, 2008).

Não é difícil de se imaginar, ou mesmo encontrar, ocasiões em que a lei seja omissa no tocante a alguma questão pontual. Isso, inclusive, sendo, pois, esperado quando se leva em conta a natureza complexa da sociedade e que se encontra em constante mutação, se traduz em algo intrínseco à essência do homem e não há como alterá-lo.

O Direito, objeto da própria cultura humana, mesmo que não se observe isso em todas suas áreas, conta com ferramentas à disposição dos operadores do Direito para justamente contornar essas situações de lacuna normativa, seja através da utilização da própria técnica hermenêutica seja em razão da utilização de outros instrumentos ou searas do Direito (por exemplo, o Direito Obrigacional que, sem perder sua autonomia como categoria autônoma da ciência jurídica, não deixa de se oferecer como mecanismo de solução de impasses verificados em outros seguimentos do Direito) (TARTUCE, 2015).

Um ponto bastante reforçado durante a explanação foi a ideia de o Direito ser um sistema interligado e conscientemente organizado, de forma que funcione totalmente em harmonia. Essa característica deve se sobrelevar à dita autonomia que suas diversas subdivisões comportam.

O operador do Direito deve lidar com os variados seguimentos da ciência jurídica. A mencionada "autonomia" dos diversos temas do Direito não devem ser vistos como aval ao jurista para aplicá-lo de modo destoante de suas finalidades.

Portanto, apesar de a *lacuna legis*[165] ser algo presente no cotidiano dos operadores do Direito, ao menos hodiernamente, sempre haverá uma possível alternativa para uma questão que, aparentemente, não apresente solução na norma. Isso tudo sem se desvirtuar categorias técnicas do Direito (SIMÃO, 2011).

A interpretação de determinada regra nem sempre é semelhante do que se aplica ao Direito, mesmo com todo arcabouço de normas e teorias em favor da harmonia entre os institutos. O atual Código de Processo Civil, observando e prevendo o desserviço que a

---

[165] Vide na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB): "Art. 4o Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito"; e "Art. 5o Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum"; na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), pode-se citar: "Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por eqüidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público [...]".

falta de uniformidade na interpretação ocasionada à técnica, previu ferramentas úteis para gerar minimamente uma coerência na aplicação do direito, como é o caso, por exemplo, dos instrumentos processuais vinculantes (NEVES, 2016)[166].

Tal problema se justifica em função da diversidade de intitulações que o regime recebeu ao longo dos anos, tanto por parte da norma quanto pelos estudiosos da matéria.

Com a abordagem de inúmeros pontos controvertidos, assim como o esclarecimento e a divisão em classe das espécies pelas quais se desdobra o regime da separação de bens, confirmaram-se diversos argumentos aqui defendidos, assim como aquele que apontava haver impropriedade técnica no que tange ao emprego da Súmula 377 do STF atualmente, perante o ordenamento. As conclusões serão apresentadas abaixo, em tópicos numerados:

I. Seria possível afirmar que de acordo com a sistemática estabelecida pelo CC/16, não houve pretensão alguma do legislador em criar duas espécies de regimes da separação de bens, sendo certo que as espécies "legal" e "convencional" se refeririam ao mesmo regime de bens, destoando-se entre si apenas no tocante à forma de se adotar um e outro regime - o primeiro, derivado da lei e, o segundo, da vontade das partes (BEVILÁQUA, 1976).
II. A regra que prevalecia durante a vigência do Código Civil de 1916, artigo 259, é que seria admissível aos nubentes a adoção do regime intitulado "separação absoluta", desde que estes, de forma expressa no pacto, excluíssem a comunicabilidade dos aquestos; caso contrário, incidiriam as regras da "separação simples" e os bens onerosamente adquiridos durante o casamento se comunicariam (BEVILÁQUA, 1956).
III. Pela teleologia original da Súmula 377 do STF haveria sua incidência nos casos envolvendo a "separação legal" (paragrafo único do artigo 258 do CC/16), que, segundo seu escopo primordial, teria o condão de equiparar as situações jurídicas asseveradas entre o regime da separação legal e convencional (artigo 276 e 277 do CC/16), mormente diante do que se estabelecia a partir da redação do artigo 259 (RODRIGUES, 1945).
IV. Dentre os efeitos indiretos gerados pela súmula 377, encontrava-se aquele que acaba por transformar o regime da separação, que antes era "absoluto", em um

[166] Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015.

tipo denominado “separação relativa” (ou “separação simples”), tendo em vista que, com a redação do artigo 259 do CC/16, diante da ausência de pacto antenupcial, os consortes passariam a ter, durante o casamento, a comunicabilidade dos bens ditos “comuns” que fossem adquiridos onerosamente durante sua vigência; sendo assim, o regime da separação (SIMÃO, 2011).

V. Com a promulgação do novo Código Civil ocorreu a supressão da antiga ordem normativa erigida pelo CC/16. Diante da não manutenção das regras do revogado artigo 259 perante o atual Código Civil, já haveria fundamento suficiente para se defender a não manutenção da súmula 377 no bojo do ordenamento jurídico vigente (SIMÃO, 2011).

VI. De acordo com a literalidade do CC/02, o regime da separação de bens somente assumiria a forma de “separação absoluta”, deixando de existir a figura da “separação simples” - sobretudo quando se verifica não coexistir atualmente regra semelhante àquela que previa o extinto artigo 259. No CC/02, ficaram os regimes: “separação convencional” ou “legal”; e “separação obrigatória” ou “não obrigatória” (BEVILAQUA, 1976).

VII. Como efeito decorrente da aplicabilidade da súmula 377, atualmente, seria possível mencionar que, diante do CC/02, o regime da “separação legal” (parágrafo único do artigo 1641) passaria a se enquadrar como pertencente á tipologia “separação simples”, haja vista que, segundo o citado verbete sumular, os bens que onerosamente fossem adquiridos durante a constância do casamento seriam considerados “bens comuns” (PELUSO, 2018).

VIII. Em relação aos critérios de classificação do regime da separação, “legal” ou “convencional” e “obrigatório” e “não obrigatório”, não se verifica qualquer irregularidade no que tange à técnica empregada por suas tipologias de classificação. No entanto, a atividade de atribuir ao regime os termos “simples” e “absoluto” padeceria de aceitação no plano da técnica jurídica e não condiz com a função inerente de classificar (SIMÃO, 2008).

IX. Com a vigência do atual CC/02, e ainda prevalecendo a tese de que a súmula 377 do STF goza plena aplicabilidade, o regime da separação de bens passou necessariamente a se bifurcar em “separação simples” e “separação absoluta”. No entanto, diferentemente do que se verifica com os outros tipos de classificação (“legal” e “convencional” e “obrigatório” e “não obrigatório),

diante das particularidades atribuídas a cada um dos institutos da “separação simples” e “separação absoluta”, tornar-se impraticável considerá-los como concernentes a um mesmo regime de bens e como relacionados ao mesmo regime da separação de bens (SIMÃO, 2011).

X. Disso deriva o entendimento de parcela da doutrina de que o regime da “separação simples” guardaria mais proximidade com o regime da “comunhão parcial” do que com o da “separação” propriamente dita. Pode-se compreender que a separação simples, com exceção de sua denominação (“separação” simples), em nada se identifica com o regime jurídico da separação de bens (NEVARES, 2008).

XI. Foi evidenciado o uso inadequado das categorias jurídicas concernentes ao regime da separação, sob o ponto de vista técnico - principalmente quando se leva em conta que, de acordo com a jurisprudência majoritária, prevalece o entendimento de que a súmula 377 do STF ainda goza de aplicabilidade atualmente. Ainda que ausente a má-fé durante a utilização das categorias jurídicas, chama-se a atenção para o fato de que, mesmo nessas hipóteses, o Direito acabaria padecendo em decorrência das consequências daí emanadas, contribuindo com o desvirtuamento das finalidades intrínsecas dos institutos (SIMÃO, 2011).

XII. Atualmente, segundo a doutrina majoritária e Tribunais, o regime da “separação simples” se deu por intermédio de simples interpretação jurisprudencial, e não por lei, como deveria ser em um sistema jurídico positivo. Dai poder ser certa a alegação de haver, com a atual aplicabilidade da súmula 377, ofensa ao Princípio Constitucional da Legalidade (artigo 5º, II da CF/88) e da Separação dos Poderes (artigos 2º e 22, I da CF/88).

No tocante às demais questões controvertidas envolvendo o regime da separação de bens, pode-se arrolar o seguinte:

I. Conforme se extrai do entendimento majoritário da jurisprudência (2ª Seção do STJ - Resp 1171820), como o regime da separação obrigatória de bens tem incidência prática nos casos envolvendo união estável, afigura-se igualmente aplicável, à tal hipótese, as regras instituídas pela sumula 377 do STF (TARTUCE, 2015).

II. Pode-se aludir que, com relação ao regime da separação obrigatória de bens, permite-se sua alteração mediante o cumprimento dos requisitos previstos no §2º do artigo 1639 do CC/02, e isso ainda que o casamento tenha sido constituído sob a vigência do CC/16 (SIMÃO, 2011).

III. Ao se conferir uma interpretação atualizada à sumula 377 do STF, pode-se concluir que seria permitida a elaboração de pacto antenupcial, de acordo com a vontade dos nubentes, para que houvesse o afastamento da comunicabilidade dos aquestos que possivelmente seriam amealhados durante o casamento no bojo do regime da separação legal de bens (SIMÃO, 2008).

IV. É inconstitucional a regra de imposição do regime da separação de bens unicamente em razão da idade dos nubentes (NEVARES, 2008).

V. O Direito Obrigacional se afeiçoaria no ramo jurídico que melhor resolveria o impasse gerado atualmente em função da aplicabilidade da súmula 377 (corrente majoritária de pensamento). A súmula 380 do STF corrobora esse entendimento (PELUSO, 2018).

Portanto, no tocante às diversas questões envolvendo o regime da separação de bens, confirma-se a imprescindibilidade em se dar tratamento adequado e técnico ao instituto, a fim de desempenhar fonte essencial para garantir a segurança jurídica no bojo da própria sociedade, haja vista que o casamento, ou união estável, é algo demasiadamente presente no cotidiano da maioria dos cidadãos (LÔBO, 2011).

Ressalta-se que os operadores do Direito devem se preocupar com a utilização tecnicamente correta dos institutos jurídicos, devendo evitar, ao máximo, “adaptações atécnicas”, com o simples desígnio de solucionar caso concreto. Outra premissa adstrita à própria natureza assumida pela ciência do Direito, quando se apresenta de modo a interligar e correlacionar seus diversos departamentos autônomos, já conta, ao menos hoje, com vários instrumentos e técnicas para solucionar os ditos casos concretos em que se constate a lacuna da lei, sem que haja distorções ou desvirtuamento de seus institutos e de sua ocorrência na práxis forense (NEVARES, 2008).

Nessa perspectiva, percebe-se a forma não técnica e desvirtuada dos objetivos inicialmente previstos para seu uso, pela qual se tem utilizado a Súmula 377 do STF, pelas Cortes Superiores brasileiras. Da mesma maneira, constatou-se que, mesmo diante do

CC/16, percebia-se as críticas em relação ao seu uso, atualmente, não se vislumbra espaço para sua existência perante o ordenamento jurídico.

Conforme estudado, não somente pelo fato de não cumprir seu papel inicialmente previsto, mas também em razão de o próprio escopo assumido pelo instituto processual da "súmula" não estar sendo utilizada da forma como a lei determina, faz com que se evidenciem os Aspectos Controvertidos do Regime da Separação de Bens.

Portanto, assim, um dos escopos perquiridos pelo trabalho residiria em demonstrar o quão importante, e necessário, se dar um adequado tratamento, atualmente, aos institutos jurídicos, ainda que haja omissão em lei. Não se olvida que nem sempre houve à disposição dos operadores do Direito essa ampla gama de meios para se dar uma justa e técnica solução ao caso em concreto, no entanto, conforme se percebeu ao longo do texto, ainda hoje se dá continuidade a mecanismos que, a despeito de ser ao seu tempo a única ou uma das poucas saídas à disposição, não mais se justificaria sua manutenção, conforme se observa com o caso do enunciado sumular 377 do STF (LÔBO, 2011).

Abordando-se, por fim, a situação enfrentada atualmente pelo regime da separação de bens, deve-se urgentemente se colocar em prática aquilo que acima se acentuou, pois não se olvida que devido à falta de conformidade com a técnica e a ausência de uma uniformidade mínima (ou não constante, pois mesmo quando exista, se altera com facilidade e levando-se em conta um ou poucos casos), a ciência jurídica enfrenta severos problemas em sua estabilidade, gerando simplesmente aquilo que se deveria evitar: insegurança à população - para ilustrar, cita-se hipoteticamente a situação de um casal que, por envolver um dos nubentes em idade superior a 70 anos, não se tem a certeza que o regime a vigorar seria o da separação absoluta ou o da separação simples, fato esse que muda substancialmente a vida do casal em caso de dissolução do casamento ou união estável[167].

Porém, tais consequências negativas, já estudadas, não se limitam ao campo do casamento ou união estável, conforme se asseverou ser o Direito um conjunto de ramos

[167] Ilustrando a premência dessa cautela para com o tratamento do instituto, bastaria citar que, da maneira como hoje a lei e a jurisprudência conferem interpretação ao tema, os nubentes que se casassem e tivessem o regime da separação obrigatória de bens imposto pela norma, a despeito de o CC/02 (artigos 1641) determinar que deveria haver a plena separação de bens durante o período de convivência, quando se verifica o que ocorre concretamente, em detrimento da contemporânea interpretação dado pela jurisprudência, o que se percebe é, em função do desvirtuamento gerado, sendo a Súmula 377 do STF uma das principais causas, o casal se depararia, quando do eventual término da relação conjugal ou convivencial, que o regulamento que regia a esfera patrimonial se aproximaria com outro tipo de regime, denominado "comunhão parcial", tendo em vista que com relação aos aquestos, haveria sua comunicabilidade, passando tais bens a pertencer à categoria dos bens comuns - o que vai de encontro, totalmente, com o que expressamente o Código Civil determina para aquele regime inicialmente imposto ao casal (separação obrigatória de bens) (SIMÃO, 2011).

interligados e correlacionados. No exemplo aludido alhures, tal incerteza dos nubentes em relação ao regime de bens que vigeria sua vida em comum, proporcionaria a mesma dificuldade e incerteza no tocante ao aspecto sucessório de qualquer um deles - haja vista que o regime de bens tem, no Brasil, influenciaria fortemente a determinação do destino a ser dado aos bens e, inclusive, na indicação de seus possíveis herdeiros (SIMÃO, 2011).

Enfim, em se aludindo apenas ao ponto central desse trabalho, no tocante às diversas questões envolvendo o regime da separação de bens, a imprescindibilidade em se dar um tratamento adequado e técnico ao instituto passa a desempenhar fonte essencial para garantir a segurança jurídica no bojo da própria sociedade - haja vista que o casamento, ou união estável, é algo demasiadamente presente no cotidiano da maioria dos cidadãos (LÔBO, 2011).

Nessa toada, diante da iminência de se construir um pensamento minimamente uniforme em relação ao tema aqui estudado, é possível resumir em duas premissas o que aqui se espera daqueles que aplicam ou estudam o Direito: em primeiro, no tocante aos operadores do Direito, deve haver uma preocupação constante no que tange à utilização tecnicamente correta dos institutos jurídicos, devendo se evitar, ao máximo "adaptações atécnicas" com o simples desígnio de solucionar caso concreto; a outra premissa se adstringe ao fato de que o próprio Direito, no que tange à sua própria natureza e forma organizacional sistêmica, quando é apresentado de modo a interligar e correlacionar seus diversos departamentos, já é possível vislumbrar a coexistência dos vários instrumentos e técnicas meticulosamente postas à disposição do operador para se solucionar os ditos casos em concretos ou que conte com hipóteses de lacuna da lei, isso tudo, sem que haja a necessidade de se desvirtuar ou distorcer qualquer dos institutos jurídicos em analise (NEVARES, 2008).

É papel da doutrina assumir a função de advertir a respeito do uso incorreto e atécnico do Direito. Atualmente, não há mais como se sustentar a tese de adaptações (distorções) de institutos a casos concretos sob a alegação de lacuna. Houve um enorme avanço em relação a esse aspecto e, além de fundamental, é urgente que se passe a instituir essa cultura, não se olvindando de se abandonar qualquer forma de praxe ou costume que contradiga tais diretrizes.

E, com essa perspectiva, consegue-se claramente perceber a forma (não técnica e desvirtuada dos objetivos inicialmente previstos para seu uso) pela qual se tem utilizado a Súmula 377 do STF, pelas Cortes Superiores brasileiras. Se mesmo diante do CC/16, se percebia as críticas em relação ao seu uso, atualmente, não se vislumbra espaço para sua

existência perante o ordenamento jurídico. E, conforme estudado, não somente pelo fato de não cumprir o citado enunciado seu papel inicialmente previsto, mas também em razão de o próprio escopo assumido pelo instituto processual da “súmula” não estar sendo utilizado da forma como a lei determina (NEVES, 2011).

A atenção, nesse instante, deve ser redobrada, e a Súmula 377, assim como outras questões polêmicas que, eventualmente, envolvam o regime da separação de bens, extirpadas expressamente de vez do atual sistema jurídico, pois com a vigência do Código de Processo Civil atual, não se poderia, em hipótese alguma, chancelar uma possível força vinculativa, a despeito de que isso já vem sendo feito há décadas e independentemente da existência de norma nesse sentido.

REFERÊNCIAS

AGUIRRE, João. MONTANS DE SÁ, Renato. **Prática Civil.** 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ALVES, Jones Figueirêdo. **As uniões septuagenárias e a separação absoluta de bens por pacto antenupcial com superação da Súmula 377 do STF.** 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-jun-26/processo-familiar-unioes-septuagenarias-separacao-bens-pacto-a. Acesso em: 27 ago. 2020.

_____. 2016. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/1127/As+uni%C3%B5es+septuagen%C3%A1rias+e+a+separa%C3%A7%C3%A3o+absoluta+de+bens+por+pacto+antenupcial+com+supera%C3%A7%C3%A3o+da+S%C3%BAmula+377+do+STF. Acesso em 03/12/2020.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross In: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1973, v. 4.

ALBALADEJO, Manuel. **Curso de Derecho Civil: IV - Derecho de Familia**. Décima edición. Madrid: Edisofer S.L., 2006.

ALMEIDA, José Luiz Gavião. **Regime de Bens do Casamento: Questões Controvertidas**. *in:* https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/882/408. Acesso em 31/08/2020.

AUTÓN, Immanuel Gnothi Se. **BGB 19 - Ebook Kommentar - Familienrecht §§ 1175-1901**. Versão para Kindle. Oracle Delphi Group: 2016.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações.** 8. ed. São Paulo: RT, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARCELONA, Pietro; BLANKE, Thomas. **L'Uso alternativo del diritto: Ortodossia giuridica e pratica politica**. Laterza, 1973.

BEVILÁQUA, Clóvis, **Direito da Família**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976.

_____, **Código Civil Comentado**. 11 edição. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956. v 1-5.

BITENCOURT, Estevão. **História da Igreja. Mater Ecclesiae**. Rio de Janeiro: Editora Letra Capital, 2012.

BITENCOURT, Estevão. LIMA, Maria de Lourdes Corrêa. **Curso Bíblico. Mater Ecclesiae**. Rio de Janeiro: Editora Letra Capital, 2016

BORGHI, Hélio. **União Estável e Casamento: aspectos polêmicos**. Editora Juarez de Oliveira, 2000.

_____. A união estável no Brasil: breves reflexões sobre alguns aspectos principais. Revista e Estudos Jurídicos UNESP.Franca.v.4 n. 8.

BRITO, Rodrigo Toscano de. **Compromisso de compra e venda e as regras de equilíbrio contratual do CC/2002.** In: DINIZ, Maria Helena (Coord.). Atualidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, n. 5, 2004.

CABRILLAC, Rémy. **Droit Civil**: Les régimes matrimoniaux. Paris: Montchrestien, 2002.

CAHALI, Francisco José. **Contrato De Convivência na União Estável**, Saraiva: São Paulo, 2002.

_____. **Direito Intertemporal No Livro De Família (Regime De Bens e Alimentos) e Sucessões** in Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro – anais do iv congresso brasileiro de direito de família. Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **A Súmula 377 e o novo Código Civil e a mutabilidade do regime de bens**. Revista do Advogado. Homenagem ao professor Silvio Rodrigues. São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXIV, n. 76, jun. 2004.

CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. **A Mutabilidade Do Regime Patrimonial De Bens No Casamento E Na União Estável**, In Novo Código Civil, Questões Controvertidas no Direito de Família e das Sucessões, Coord. DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueirêdo, Editora Método: São Paulo, 2004.

CARBONNIER Jean. MARIE, Sénéchal. **Droit civil, tome 2: La famille. Coll. "Thémis Droit privé**", 16e éd., 1993. In: Droit et société, n°30-31, 1995. L'environnement et le droit. pp. 488-490.

_____. **Cours de Droit civil, 2ème année de Capacité**. París: Service D'edition Des Cours De La Faculte De Droit, 1956-1957.

CARDOSO, Fabiana Domingues. **Regime de Bens e Pacto Antenupcial**. Coleção prof. Rubens Limongi. 8º volume. São Paulo: Editora Método, 2011.

CARDOSO, Hélio Apoliano. **União estável e suas controvérsias**. IOB: Repertório de Jurisprudência: civil, processual, penal e comercia. São Paulo, n 8, abril-1999, p. 229-226.

CARDOSO, Simone Tassinari. **Do Contrato Parental à Socioafetividade**. Porto Alegre: Ed. do Advogado, 2004.

_____. **Por uma adequação sistemática do direito real de habitação. Uma análise a partir do olhar dos direitos reais: da legislação à jurisprudência**. in: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5b312a4c28761c46. Acesso em 16/07/19.

_____. **Notas sobre parentalidade biológica e socioafetiva: do direito civil moderno ao contemporâneo**. *in:* http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Cardoso-civilistica.com-a.5.n.2.2016.pdf. Acessado em 19/03/19.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Generale Del Diritto**. 2ª ed. Roma: Foro Italiano, 1946.

CARVALHO, João Andrades. **Regime de Bens**. Rio de Janeiro: AIDE, 1996.

CASTRO, F. L. **História do direito**: geral e do Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAVALLIERI, Alyrio. **Direito do Menor.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.

CAÚS BRANDÃO, Débora Vanessa. **Regime de Bens no Novo Código Civil** - Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2007.

CÓDIGO de Direito Canônico, promulgado por João Paulo II, Papa. Tradução Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. São Paulo: Loyola, 1987. 763 p.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Referências Sobre O Contrato De União Estável**, In Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos, vol. 4, Coord. DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueiredo. São Paulo: Editora Método, 2005.

CONSELHO da Justiça Federal. **CJF Enunciados**. End. eletr.: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/>. Brasília/DF: Justiça Federal, 2020.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1985.

_____. **Da Pós-Eficácia das Obrigações**, Lisboa, s.c.p., 1984.

CORNU, Gerard. **Droit Civil: Introduction, Les Personnes, Les Biens.** Paris: Ed. Montchretien, 5ª ed., 1991.

_____. **Droit Civil: la Famille**, 2ª ed. Paris: Ed. Montchretien, 1991.

CZAPSKI, Aurelia Lizete de Barros e ELIAS, Roberto João. **Manual Prático de Adoção**. São Paulo, Ed. Saraiva, 1988.

DA VIDE, Abp Sebastião Monteiro. **Constituições primeiras do Arcebispado da Bahia**. Senado Federal, 1853.

DADEUS Grings, BITENCOURT, Estevão. **Curso de Direito Canônico. Mater Ecclesiae**. Rio de Janeiro: Editora Letra Capital, 2016.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas Do Direito Contemporâneo (Direito Comparato)**. 2ª ed. Lisboa: Meridiano, 1978.

DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. **Novo Código Civil**: questões controvertidas no Direito de Família e das Sucessões. Vol. 3, São Paulo: Método, 2005.

DE RUGGIERO, Roberto. **Instituições De Direito Civil**, Trad. da 6ª ed. Italiana por Ary dos Santos, São Paulo, 3ª ed. por Antonio Chaves, Ed. Saraiva, 1971-73, 3v.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**, tradução portuguesa, Lisboa, Ed. Livraria Morais, 1961.

DIAS, Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**, Rio de Janeiro, 8ª ed., Editora Forense, 1987, 2 volumes.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revisa dos Tribunais, 2016.

_____; 12ª ed. (revista, ampliada e atualizada). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____; 5. ed. São Paulo: RT, 2009.

DINIZ. Maria Helena. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 10ª ed. 5º volume. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. 21ª ed. 5º volume. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Curso de Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações**. 2 vol. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Curso de Direito Civil.** 5º volume. Direito de Família. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso De Direito Civil. Direito das Coisas**. 4º Volume. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Código Civil Anotado**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Código Civil Anotado**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Systema de Direito Civil Brasileiro**. Bahia: Litho-Typ. E Encadernação Reis, 1908. v. 1.

ESPINOLA FILHO, Eduardo. **Tratado De Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em Busca da Família do Novo Milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2002.

_____. Dos atos não negociais à superação do trânsito jurídico clássico em Pontes de Miranda. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v.33, 2000.

_____. **O estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACHIN, Luis Édson. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v.33, 2000. **Dos atos não negociais à superação do trânsito jurídico clássico em Pontes de Miranda**

_____. **O estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. _____. 2ª ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARACE, Dario. **Interruzione volontaria della gravidanza e situazioni giuridiche soggettive**. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. 5ª ed. Salvador: Ed Jus Podivm, 2013, v. 6.

_____. Curso de direito civil: reais. 10ª ed. Salvador: Ed Jus Podivm, 2014, v. 5.

_____. **Curso de Direito Civil. Famílias**. 9 ed. Salvador: Ed Jus Podivm, 2017, vol 7.

_____. **Curso de Direito Civil. Obrigações**. 11 ed. Salvador: Ed Jus Podivm, 2017, vol 2.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Redesenhando Os Contornos Da Dissolução Do Casament**o in Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro – anais do iv congresso brasileiro de direito de família. Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FERREIRA FILHO, Roberval Rocha; VIEIRA, Albino Carlos Martins; COSTA, Mauro José Gomes da. **Súmulas do STF: organizadas por assuntos e comentadas**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FERREIRA FILHO, Roberval Rocha; VIEIRA, Albino Carlos Martins. **Súmulas do STJ: organizadas por assuntos e comentada**s. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FIUZA, Ricardo et al (org.). **Código Civil Comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso De Direito Civil. v. 1. Parte Geral.** 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6.

_____;. **Novo curso de direito civil.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. II.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Regime Legal De Bens No Companheirismo**, In Questões controvertidas no novo Código Civil no Direito de família e das Sucessões, vol. 3, São Paulo: Método, 2005.

GAMBINO, Francesco. Rischio e parità di posizioni nei rimedi correttivi degli scambi di mercato. **Rivista di Diritto Civile**, n. 1, 2010.

GIANQUINTO, Pietro. Compendio di dirito civile: parte terza. **Famiglia, successioni i liberalità**. Itália: Studiopigi Editora, 2020.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. 11ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Direito Civil Brasileiro. **Direito de Família**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GOZZO, D. A busca pela igualdade no direito fundamental de herança. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 9, n. 33, p. 101-122, 30 dez. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Civil Brasileiro de Defesa do Consumidor**, comentado pelos autores do anteprojeto, Rio de Janeiro, Ed. Forense Universitária, 1991.

HEENAN, Susan. HEENAN, Anna. **Concentrate Family Law**. Fifith Edition. Oxford: University Press, 2020.

JOSSERAND, Louis. **Cours De Droit Civil Positif Français**, Paris, Recueil Sirey, 1933-38, 3 v.

KÜMMEL, Marcelo Barroso. A Classificação dos Fatos Jurídicos. Revista Direito em Debate, v. 12, n. 18-19, 2003.

KÜMPEL, Vitor Frederico; OLCESE Tomás. **A Súmula 377 e o Provimento 08/2016 do TJ-P**E. *In*: http://www.arpensp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NDEwODM=. Acesso em 23/08/2020.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado**. Vol 5. São Paulo, RT, 2005.

_____ **A "armadilha" do regime de separação de bens e a humanização do direito de família brasileiro**. In: https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/273. 2018. Acessado em 11/09/2020.

LEITE, Gisele. **Primeiras linhas de direito das sucessões**. Disponível em: <http://www.cienciashumanas.com.br/resumo_artigo_7258/artigo_sobre_apostila_de_direito_das_sucessoes>. Acesso em: 08/12/2020.

LEONI, Guilherme Loria. **Responsabilidade Civil, A Exclusão Da Responsabilidade Do Cônjuge Ou Convivente Nas Relações Contratuais Conjuntas Por Inexistência De Proveito Comum**, Juruá:Curitiba, 2005.

LIMA, Taisa Maria Macena de. **Princípios Fundantes Do Direito Civil Atual**, in Direito Civil: atualidades. Coordenadores César Fiuza, Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual De Direito Civil, v. 1: Teoria Geral Do Direito Civil**. 5. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Atlas, 2003, v. XVI.

____. **Direito Civil: Famílias**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de direito civil, Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 5ª ed., 1971, 6 volumes.

_____. **Tratado dos Registros Públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1955.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **Responsabilidade Civil e sua Repercussão nos Tribunais**. São Paulo: Saraiva, Série GVlaw, 2009.

MACHADO, Costa. CHINELLATO, Silmara Juny (org). **Código Civil Interpretado (Artigo por Artigo**). 10ª ed. Barueri/SP: Manole, 2017.

MADALENO, Rolf. **Curso De Direito De Família**. 4 ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense. 2011.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito de Família no Novo Código Civil Brasileiro**, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

MALUF. Carlos Alberto Dabus. MALUF; Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **As condições do Direito Civil, Doutrina e Jurisprudência**. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1983.

_____. **Das Cláusulas de Inalienabilidade, Incomunicabilidade e Impenhorabilidade**. 3ª ed. São Paulo, Ed. Saraiva, 1986.

MANFRÉ, José Antonio Encinas. **Regime Matrimonial de Bens no Novo Código Civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Atualizado om Lei 13.256/2016.

MARTUCCI, Katrin. Il godimento collettivo di beni in forma societaria nell'esperienza europeo-continentale. **Rivista di diritto civile**, v. 3, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Freitas Bastos, 1964. 3 vol.

MELA, Rocco. **Le influenze del Codice Napoleonico e del BGB tedesco sul Codice CIvile Italiano**: **sistemi giuridici comparati**. Itália: Edição Kindle, 2013.

MELLO, Cleyson de Moraes (org). FRAGA, Thelma Araújo Esteves (org.). O Novo Código Civil Comentado. **Livro II – Do Direito das Obrigações** Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos Editora SA, 2002.

_____. **O Novo Código Civil Comentado. Livro IV – Do Direito de Família.**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos Editora SA, 2002.

MEIRA, Sílvio A B. **Instituições de Direito Romano**. 4ª ed. São Paulo, Ed. Max Limonad, 1968, 2 vol.

_____. **A Lei das XII Tábuas**. 3ª ed. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1972.

_____. **História e Fontes do Direito Romano**. São Paulo, Ed. Saraiva, 1966.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso De Direito Civil: Direito De Família**. v. 2. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1978.

____; **Curso de direito civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1979. v. IV.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Código de Processo Civil: comentado e interpretado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Bernardo B. Queiroz de. **Manual de Introdução ao Digesto**. São Paulo: Yk Editora, 2017. Inclui "Dicionário do Digesto (D. 50, 16) e centenas de "Brocardos" (D.50, 17).

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 24º edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

NETO, Caetano Lagrasta. SIMÃO, José Fernando. **Dicionário de Direito de Família. A-H**. São Paulo: Atlas, 2015.

NETO, Inácio de Carvalho. **A súmula 377 do supremo tribunal federal e o novo código civil**. Londrina, Sítio Professor Flávio Tartuce. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/artigosc/inacio_sumula.doc>. Último acesso em: 08 jul. 2020.

NEUMANN, Juarez Rosalez. **Casamento ao Concubinato**. 2ª ed. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 1998.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **Impor a Idoso Separação Obrigatória de Bens é Inconstitucional**. *In*: https://www.conjur.com.br/2008-jan-11/impor_idoso_regime_bens_inconstitucional. Acesso em 25/11/2020.

_____. **O regime de separação obrigatória de bens e o verbete 377 do Supremo Tribunal Federal**. ***In***: http://civilistica.com/o-regime-de-separaco-obrigatoria-de-bens-e-o-verbete-377-do-supremo-tribunal-federal/. Acesso em 25/11/2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado - artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. **Manual de Direito Processual Civil: volume único**. 7. ed. São Paulo: Método, 2015.

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos Constitucionais Do Direito De Família**. São Paulo: RT, 2002.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Editora LIV Jacintho, 1936. 3 vol.

PARADA, Deise Maria Galvão. **Regime de Bens Entre Cônjuges**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PAZOS, René Ramos. **Derecho De Familia – Tomo I**. Sexta edición actualizada. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 2007.

PELUSO, Cezar (org). **Código Civil Comentado**. Doutrina e Jurisprudência. 12ª edição (revisada e atualizada). Editora Manole. 2018.

_____. Doutrina e Jurisprudência. 7ª edição (revisada e atualizada). Editora Manole. 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições De Direito Civil: Direito De Família**. 17 ed. revisto e atualizado por Tânia da Silva Pereira, vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 25ª ed. revisto e atualizado por Tânia da Silva Pereira, vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues, anotações e adaptações ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva, **Direitos De Família**, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado De Direito Privado. t. VIII**. Atual. por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Tratado De Direito Privado. t. II**. Atual. Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Tratado de direito privado: parte geral**. Tomo II: bens e fatos jurídicos. Atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **t. XII**. Atual. por. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Tratado De Direito Privado**. t. LV. Atual. por Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Tratado de direito de família**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001. t. 1.

_____. Atualizador Vilson Rodrigues Alves. v 1-3. Campinas: Bookseller, 2001.

PORTUGAL. **Ordenações Manuelinas**. v. 3. ed. fac-sim. da edição feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra, no ano de 1797. Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 1984.

_____. **Código Filipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal**. 14. ed. fac-sim. v. 3. Brasília: Senado Federal, 2004.

_____. Organização e comentários de Cândido Mendes de Almeida. Nota de José Carlos Moreira Alves. **Ed. fac-sim. da 14. ed. de 1870**. Tomo I a IV, Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2012.

RECHT, G. **BGB - Bürgelisches Gesetzbuch**. Versão para Kindle. Stand: Mai, 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família.** 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Direito Civil. Direito de Família**. v. 6. São Paulo, Ed. Saraiva, 1980.

_____; 24º ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Direito Civil Aplicado**. Ed. Saraiva, São Paulo, 1988.

_____. **Divórcio e a Lei que o Regulamenta**. Ed. Saraiva, São Paulo, 1978.

_____. **Vícios do Consentimento**. Ed. Saraiva, São Paulo, 1989.

RUSSOMANNO, Felipe Matte. **Mudança de regime de bens no casamento**. Dissertação (Mestrado). São Paulo: USP, 2019. 218 p.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. Curso de Direito Civil: v. 5 - direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016. Revista, atualizada e ampliada.

SAREDO, Giuseppe. **Trattato di diritto civile italiano / per Giuseppe Saredo** Firenze: Tip. editrice dell'associazione, 1869

SCHLUTER, Wilfried. **Código Civil alemão: direito de família.** Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 2002.

_____. **Dicionário de Direito de Família. I-Z**. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

SIMÃO, José Fernando. **Aspectos Controvertidos Dos Regimes De Bens**. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. In: Direito de família e das sucessões: temas atuais. São Paulo: Método, 2009.

_____. **O Regime da separação absoluta de bens (CC, art. 1647): separação convencional ou obrigatória?** *In*: http://professorsimao.com.br/artigos_simao_regime_separacao.html.%20Acesso%20em%2016/07/19. Acesso em 21/11/2020

_____. **Mônica Bergamo e a Prova do Esforço Comum - Parte 1.** *In*: https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/255181298/monica-bergamo-e-a-prova-do-esforco-comum-parte-1 . Acesso em 15/09/2020.

_____. **Mônica Bergamo e a Prova do Esforço Comum - Parte 2**. *In*: http://www.cartaforense.com.br/m/conteudo/colunas/uniao-estavel---jurisprudencia--em-teses----parte-2/16411. Acesso em 15/09/2020.

_____. **Mônica Bergamo e a Prova do Esforço Comum - Parte 3**. *In*:http://cartaforense.com.br/conteudo/colunas/monica-bergamo-e-a-prova-do-esforco-comum---parte-3/16134 Acesso em 15/09/2020.

_____. **Mutabilidade Do Regime Da Separação Obrigatória - Decisão Surpreendente !** *In*: http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/mutabilidade-do-regime-da-separacao-obrigatoria---decisao-surpreendente/2379. Acesso em 15/09/2020.

_____. **Leis, História e histórias - Regime da Separação obrigatória - Lei 12.344/2010** *In:* http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/leis-historia-e-historias---regime-da-separacao-obrigatoria---lei-123442010/6434. Acesso em 04/06/17. Acesso em 25/11/2020.

_____. **Novamente a mudança do regime de bens - maiores de 70 anos**. *In*: http://professorsimao.com.br/artigos/artigo.aspx?ti=Novamente%20a%20mudan%C3%A7a%20do%20regime%20de%20bens%20-%20maiores%20de%2070%20anos.&id=119 . Acesso em 13/09/2020/

_____. **Premissas para a Reforma do Direito Sucessório?** Parte I. *In*: http://professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0912.html. Acesso em 13/09/2020.

_____. **Parte II.** *In*: http://professorsimao.com.br/artigos/artigo.aspx?ti=Premissas%20para%20a%20reforma%20do%20Direito%20Sucess%C3%B3rio%20?%20Parte%20II%20&id=127. Acesso em 13/09/2020.

_____. **Parte III.** *In*: http://professorsimao.com.br/artigos/artigo.aspx?ti=Premissas%20para%20a%20reforma%20do%20Direito%20Sucess%C3%B3rio%20?%20Parte%20III%20&id=126. Acesso em 13/09/2020.

_____. **Família e .... Sucessões. Parte 1.** *In*: http://professorsimao.com.br/artigos_simao_cf1111.html. Acesso em 13/09/2020.

_____. **Parte 2**. *In*: http://professorsimao.com.br/artigos_simao_cf1211.html. Acesso em 13/09/2020.

_____. **Leis, História e histórias – Regime da Separação obrigatória – Lei 12.344/2010**. *In*: http://professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0111.htm. Acesso em 13/09/2020.

_____. **Comunhão Parcial De Bens E Previdência Privada: Mear Ou Não Mear Eis A Questão! Parte 1.** *In*: http://professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0309.html. Acesso em 13/09/2020.

_____. **Parte 2.** *In*: http://professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0409.html. Acesso em 13/09/2020.

_____. **O Código Civil e as decisões dos Tribunais – a mudança de regime de bens**. *In*: http://professorsimao.com.br/artigos_simao_regime_bens_TRIBUNAIS.htm. Acesso em 13/09/2020.

_____. **Direito de Família e casuística: a culpa é da mulher do juiz**. In: https://www.conjur.com.br/2016-jul-24/processo-familiar-merece-aplausos-regra-obriga-juiz-pesquisar-testamento. Acesso em 13/09/2020.

_____. **Uniões septuagenárias e separação absoluta de bens por pacto antenupcial**. *In*: https://www.conjur.com.br/2016-jun-26/processo-familiar-unioes-septuagenarias-separacao-bens-pacto-antenupcial. Acesso em 13/09/2020.

_____. **Separação obrigatória com pacto antenupcial? Sim, é possível**. *In*: https://www.conjur.com.br/2018-fev-11/processo-familiar-separacao-obrigatoria-pacto-antenupcial-sim-possivel. Acesso em 13/09/2020.

_____. **Mudança de regime de bens e pacto antenupcial: um diálogo necessário**. *In*: http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/mudanca-de-regime-de-bens-e-pacto-antenupcial-um-dialogo-necessario/13184. Acesso em 13/09/2020.

_____. **A outorga conjugal na separação convencional de bens - realidade e operabilidad**e. In: https://www.migalhas.com.br/coluna/registralhas/205375/a-outorga-conjugal-na-separacao-convencional-de-bens-realidade-e-operabilidade. Acesso em 21/11/2020.

_____. **Notas sobre as relações familiares no período das Ordenações Filipinas.** *In*: http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/notas-sobre-as-relacoes-familiares-no-periodo-das-ordenacoes-filipinas/12754. Acesso em 21/11/2020.

_____. A não manutenção do foro privilegiado para mulher casada no novo CPC. *In*: https://www.conjur.com.br/2015-mai-03/processo-familiar-nao-manutencao-foro-privilegiado-mulher-casada-cpc Acesso em 22/11/2020.

STOLZE, Pablo. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família – As Famílias em Perspectiva Constitucional**. 2 ed. (revisto, atualizado e ampliado). São Paulo: Saraiva, 2012.

TAISSUM, Seba Amin. **O regime de separação obrigatória de bens**: restrições à súmula 377 do supremo tribunal federal. Paulo Afonso, DEZ/2012, Rios Eletrônica- Revista Científica da FASETE. Disponível em:

<http://www.fasete.edu.br/revistarios/media/revistas/2012/o_regime_de_separacao_obrigatoria_de_bens. Último acesso em: 08 jul. 2020.

TARTUCE. Flávio. **Direito Civil: Direito De Família**. 10. ed. São Paulo: Método, 2015, v.5.

_____. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014, v.5.

_____. **Novos Princípios Do Direito De Família Brasileiro** in Manual De Direito Das Famílias E Das Sucessões. Coordenadores Ana Carolina Brochado Teixeira, Gustavo Pereira Leite Ribeiro. Belo Horizonte: Del Rey : Mandamentos, 2008.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 7. ed. São Paulo: Editora Método, 2017. De acordo com o Novo CPC e a Lei 13.256/2016.

_____. **Provimento do Tribunal de Justiça de Pernambuco admite o afastamento da Súmula 377 do STF por pacto antenupcial**. *In*: https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/346014288/provimento-do-tribunal-de-justica-de-pernambuco-admite-o-afastamento-da-sumula-377-do-stf-por-pacto-antenupcial. Acesso em 27/08/2020.

_____. **Da possibilidade de afastamento da súmula 377 do STF por pacto antenupcial**. *In*: https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/239721/da-possibilidade-de-afastamento-da-sumula-377-do-stf-por-pacto-antenupcial. Acesso em 27/08/2020.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Consolidação das Leis Civis**. 1º volume. Nova Edição Refundida. Fac-símile. Rio de Janeiro: Garnier, 1876.

_____; Código Civil - Esboço. Brasília: Ed. Fac. Sim. Brasília: Ministério da Justiça, 1983. Vol 1.

_____; **Código Civil - Esboço**. Brasília: Ed. Fac. Sim. Brasília: Ministério da Justiça, 1983. Vol 2.

TEPEDINO, Gustavo (org.). **O Código Civil na Perspectiva Civil-Constitucional: parte geral.** Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. SCHREIBER, Anderson. **Código Civil comentado conforme a Constituição da República.** Rio de Janeiro: Renovar, 2014. V. I a IV.

TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di diritto civile**. Trentesima nona edizione aggiornata con le riforme e la giurisprudenza. Padova: CEDAM, 1999.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1977-78, 2 volumes.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. **A Família e a Filiação**, 1986.

VELOSO, Zeno. **Regimes Matrimoniais De Bens**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Direito de família contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito De Família**. 5 ª ed. Vol 5. São Paulo: Atlas, 2005.

VASCONCELLOS, Manoel da Cunha Lopes e. **Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano: volume I - Constituições Preliminares e Livros 1-4**. São Paulo: Yk Editora, 2017. Tradução Complementar, organização geral, adaptação e supervisão de tradução por Educardo C. Silveira Marchi, Bernardo B. Queiroz de Moraes e Dárcio R. Martins Rodrigues.

_____. 17ª ed. Vol. 5. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. 3ª ed. Vol 6, São Paulo. Atlas, 2003.

WALD, Arnoldo. **O Novo Direito de Família. Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro, Introdução e Parte Geral.** 8ª edição. Edição revista e atualizada por Álvaro Villaça Azevedo, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Curso de Direito Civil Brasileiro. **Direito das Sucessões**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 9ª ed., 1992.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro, Obrigações e Contratos**. 9ª ed. edição revista e atualizada por Semy Glanz, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1990.

_____. **Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano: volume II - Livros 5-11**. São Paulo: Yk Editora, 2017. Tradução Complementar, organização geral, adaptação e supervisão de tradução por Educardo C. Silveira Marchi, Bernardo B. Queiroz de Moraes e Dárcio R. Martins Rodrigues.

_____. **Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano: volume III - Livros 12-19**. São Paulo: Yk Editora, 2018. Tradução Complementar, organização geral, adaptação e supervisão de tradução por Educardo C. Silveira Marchi, Bernardo B. Queiroz de Moraes e Dárcio R. Martins Rodrigues.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa Da. **Direito Civil**: direito de família, vol. 5. 17ª. Ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva. 2009.

WELTER, Belmiro Pedro e MADALENO, Rolf Hanssen (coordenadores). D**ireitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: ed. Livraria do Advogado Editora, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **União Estável, Seguida de Casamento com Separação de Bens e Patrimônio Adquirido Durante a Convivência**, In O Direito de

Família após a Constituição Federal de 1988, Org. COLTRO, Antônio Carlos Mathias, Celso Bastos Editor: São Paulo, 2000.

ZANNONI, Eduardo A., **El Concubinato** (en el derecho civil argentino y comparado latinoamericano), Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1970.