

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

MARCUS VINICIUS PINTO FRANCISQUINI

**A INEFICÁCIA DA SÚMULA 377 DO STF FRENTE AO NOVO
CÓDIGO CIVIL**

VOLTA REDONDA

2019

**FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

**A INEFICÁCIA DA SÚMULA 377 DO STF FRENTE AO NOVO
CÓDIGO CIVIL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do UniFOA como requisito à obtenção do título de bacharel em Direito.

Aluno:

Marcus Vinicius Pinto Francisquini

Professora Orientadora:

Daniele do Amaral Souza Cavaliere

VOLTA REDONDA
2019



Fundação Oswaldo Aranha



FOLHA DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:

A ineficácia da multa 377 STF frente ao novo Código Civil

Elaborado por Marcus Vinícius Pinto Fronasqueim apresentado publicamente perante a Banca Avaliadora, como parte dos requisitos para conclusão do Curso de Direito.

Aprovada em 24 de outubro de 2019

Banca Avaliadora:

Wladimir

Professor Orientador - Unifoa

[Assinatura]

Professor Avaliador - Unifoa

[Assinatura]

Professor Avaliador - Unifoa

Aos meus pais.

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente a Deus, por me ajudar nessa longa caminhada, meus pais, que estão sempre me apoiando independente do que aconteça, e a minha professora orientadora pela paciência e ajuda na construção do trabalho.

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo demonstrar hipóteses de afastamento da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, pois sua edição ocorreu em 1964 na vigência do Código Civil de 1916, sendo que seus efeitos ainda persistem no novo Código Civil de 2002. Dessa forma, o regime da separação obrigatória, que tem por objetivo a proteção patrimonial dos nubentes inseridos no rol do artigo 1.641 do CC/02, está sendo equiparado ao regime da comunhão parcial, onde os bens adquiridos após o casamento são partilhados. Regime este, que não necessita de pacto antenupcial, pois é o regime supletivo do atual Código Civil. Para tanto, com força no princípio da autonomia da vontade das partes, o intuito é demonstrar que a celebração de pacto com o objetivo de afastar o Verbete supracitado, mas mantendo o regime da separação, não viola nenhuma norma legal, pelo contrário, faz cumprir o que está descrito no dispositivo da lei.

Palavras-chave Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal; pacto antenupcial; princípio da autonomia da vontade das partes; regime de bens.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 DO CASAMENTO.....	11
2.1 Conceito.....	11
2.2 Natureza jurídica.....	12
2.3 Princípios do casamento.....	13
2.4 Características do casamento.....	14
2.5 Finalidade do casamento.....	15
2.6 Do reconhecimento da união homoafetiva.....	16
3 DOS REGIMES DE BENS.....	18
3.1 Do regime da comunhão parcial de bens.....	21
3.2 Do regime da comunhão universal de bens.....	23
3.3 Do regime da participação final dos aquestos.....	23
3.4 Do regime da separação convencional de bens.....	25
4 DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS – CONVENCIONAL E OBRIGATÓRIA.....	27
4.1 Das hipóteses ensejadoras do regime da separação obrigatória de bens...27	
4.2 Da edição da Súmula 377 do STF.....	29
4.3 A Súmula 377 do STF e as diferenças entre o antigo Código Civil de 1916 e o atual Código Civil de 2002.....	31
5 POSSIBILIDADE DO AFASTAMENTO DO VERBETE 377 DO STF POR PACTO ANTENUPCIAL.....	35
5.1 Definição e natureza jurídica do pacto antenupcial.....	35
5.2 O regime da separação obrigatória de bens e o pacto antenupcial.....	36

5.3 O maior de 70 anos e o afastamento da Súmula 377 do STF por pacto antenupcial.....	37
5.4 Os recentes julgados do STJ.....	40
6 CONCLUSÃO.....	42
7 REFERÊNCIAS.....	44

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata sobre a ineficácia da Súmula n.º 377 editada pelo Supremo Tribunal Federal em 1964, utilizando como referência os artigos 258 e 259 do Código Civil de 1916 e, até os dias de hoje, continua vigorando mesmo com o novo Código Civil de 2002.

Na análise dos casos concretos, se percebe que a Súmula produz efeitos na esfera patrimonial daquelas que não escolheram o seu regime de bens e deviam estar protegidos por um verdadeiro regime da separação de bens.

Com relação aos incisos I e III do artigo 1.641 do Código Civil, devido ao nosso ordenamento Jurídico contemplar o princípio da Mutabilidade do Regime de Bens, se percebe que estes estão melhores assegurados pela lei, pois podem alterar o regime de bens com pedido motivado ao juízo após a cessação do motivo que ensejou o regime obrigatório.

Já no caso dos maiores de 70 anos, previsto no inciso II do mesmo artigo citado, se percebe que não podem alterar o regime de bens obrigatório, ficando expostos a riscos patrimoniais.

Dessa forma, o objetivo desta monografia é demonstrar as hipóteses de afastamento do Verbete 377 do STF, tanto por pacto antenupcial, quanto pela moderna compreensão unificada recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça.

Para tanto, começaremos abordando sobre o instituto do casamento, por ser a base dos estudos e encontrar regras que serão utilizadas como fundamentos nos demais capítulos.

Em seguida, será analisado detalhadamente os regimes de bens previstos no nosso ordenamento jurídico, pois apenas com a análise e o entendimento de cada um, poderemos perceber os motivos que levaram o legislador escolher o regime da separação para ser o obrigatório em casos específicos, e também, como a Súmula modifica os efeitos desejados pelo artigo 1.641 do Código Civil.

Para finalizar, será falado sobre o regime da separação obrigatória abordando os aspectos do Verbete 377 do STF e seu possível afastamento tanto pela

celebração de pacto antenupcial, como pelo moderno entendimento unificado pelo Superior Tribunal de Justiça.

O material utilizado para escrever essa monografia foi colhido por meio de uma extensa pesquisa bibliográfica e documental que serão citadas ao longo do trabalho.

2 DO CASAMENTO

O casamento é a base das discussões sobre o presente tema, o que torna essencial a apresentação das peculiaridades de tal instituto.

A seguir, neste capítulo, será abordado rapidamente a conceituação, a natureza jurídica, as características, as finalidades, o reconhecimento da união homoafetiva e sua equiparação com o instituto do casamento, bem como outras formalidades.

2.1 Conceito

Conceituar o instituto do casamento não é tarefa fácil. Tal dificuldade encontra respaldo nas mudanças ocorridas na sociedade ao longo do tempo, o que será demonstrado com a visão de diferentes doutrinadores.

Primeiramente, o autor Lafayette Rodrigues Pereira, define o instituto civil do casamento como: “O casamento é um ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, sob promessa de reciprocidade fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida”¹.

É fácil perceber que a relação conjugal não está estritamente ligada entre pessoas do mesmo sexo. Atualmente a entidade familiar abrange a união de pessoas homossexuais, o que pode ser embasado pela resolução publicada pelo Conselho Nacional de justiça, onde obriga os cartórios de todo o país a celebrar o casamento civil e converter a união homoafetiva em casamento. Além do mais, o Supremo Tribunal Federal, demonstra ser favorável ao tema em suas decisões.

Outro problema presente nas definições de alguns autores é a menção de filhos, pois não é fator essencial para constituir o casamento. A falta de filhos não afeta o matrimônio, caso contrário, pessoas de idade avançada ou por problemas relacionados à saúde, não poderiam casar².

¹ PEREIRA, Lafayette Rodrigues *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. 2009, p. 203.

² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil, 3 esquematizado**: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 364.

Essa menção está presente na definição de Clóvis Beviláqua, como pode ser visto:

O casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolúvelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e a educar a prole, que de ambos nascer³.

Este autor, além de citar a necessidade de criar e educar filhos, trata o casamento como indissolúvel, porém, a qualquer momento estes efeitos podem ser dissolvidos.

Por fim, utilizando como base os preceitos do Código Civil de 2002, podemos conceituar o casamento como a união entre duas pessoas que desejam compartilhar a vida em família, caracterizada pela igualdade de direitos e deveres e submetendo-se aos encargos familiares.

Nesse sentido, conceituamos o casamento como a base familiar pela qual duas pessoas nos termos da lei, se unem para viver em comunhão de vida, ou seja, compartilhar os deveres recíprocos, dar assistência e suporte ao companheiro, com o objetivo ou não de procriar. Por tais razões, tal instituto é de extrema importância para o nosso direito civil.

2.2 Natureza Jurídica

Quanto à natureza jurídica do casamento, podemos citar três posições doutrinárias que conflitam entre si.

A primeira delas é a teoria clássica ou individualista, onde afirma que o matrimônio é um contrato, dependendo apenas da vontade das partes para ser válido e eficaz. Carlos Roberto Gonçalves explicou o nascimento da teoria:

A concepção clássica, também chamada individualista ou contratualista, acolhida pelo Código de Napoleão e que floresceu no século XIX, considerava o casamento civil, indiscutivelmente, um contrato, cuja validade e eficácia decorreriam exclusivamente da vontade das partes. A Assembleia Constituinte, instalada após a eclosão da Revolução Francesa de 1789, proclamou *"la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil"*⁴.

³ BELVILÁQUA, Clóvis *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.* 2009, p. 108

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, 2017, p. 365.

A segunda corrente surgiu em oposição à primeira, sendo chamada de institucionalista ou supraindividualista. Essa corrente doutrinária diz ser o casamento uma instituição social pelo qual os nubentes se subordinam aos preceitos já regulados pela Lei.

As afirmações da segunda corrente estão presentes nos dizeres do doutrinador Silvio Rodrigues, que afirma: “a feição de um ato complexo, de natureza institucional, que depende da manifestação livre da vontade dos nubentes, mas que se completa pela celebração, que é ato privativo de representante do Estado”⁵.

Por último, surgiu a teoria mista ou eclética considerando o casamento tanto um contrato, quanto uma instituição. Para esta corrente o tema em questão seria um contrato especial de direito de família. Em seu livro, Flávio Tartuce define como: “O casamento é uma instituição quanto ao conteúdo e um contrato especial quanto à formação”⁶.

Complementamos que a última teoria apresentada é a mais utilizada nos dias de hoje, visto que prioriza a vontade das partes e não se prende a dizer que o casamento é um contrato puro, mas na verdade um ato complexo que visa a comunhão plena de vida, algo muito além do mero direito patrimonial.

2.3 Princípios do casamento

O Direito Matrimonial possui três princípios específicos que são fundamentais para constituição do casamento na forma da lei.

O Princípio da Monogamia é uma das causas capazes de gerar nulidade absoluta do casamento. A impossibilidade da pessoa já casada contrair novo matrimônio está presente no art. 1.521, VI, do Código Civil, e encontra explicação pela doutrina no fato de uma relação poligâmica não acontecer uma entrega mútua e uma comunhão de vida, como ocorre em uma relação singular.

O Princípio da Liberdade de escolha afirma que obrigatoriamente deve existir o consentimento entre as partes para ocorrer o matrimônio. De fato, se a vontade de

⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: direito de família. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6, p. 21-22.

⁶ TARTUCE, Flávio. **Manual do Direito Civil**: volume único. 5 ed. São Paulo: Método, 2014, p. 878.

uma das partes estiver viciada, não estará presente um dos requisitos principais do casamento.

O Princípio da Comunhão plena de vida se baseia na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Flávio Tartuce define este princípio como:

Retirado do art. 1511 do CC/2002, segundo o qual “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Tal regramento pode ainda ser retida do art. 1565 do CC, ao enunciar que “pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”⁷.

Isto posto, a instituição do casamento será regida por esses três princípios, o da liberdade de escolha, o da comunhão plena de vida e o da monogamia, caso contrário não seguirá os requisitos presentes na Lei brasileira.

2.4 Características do Casamento

O instituto do casamento possui algumas características que merecem ser ressaltadas.

Uma característica importante é a solenidade do ato matrimonial, que constitui as formalidades e regras determinadas pela lei.

O casamento e o testamento constituem os dois atos mais repletos de formalidades do direito civil, devido à sua reconhecida importância. Destinam-se elas a dar maior segurança aos referidos atos, para garantir a sua validade e enfatizar a sua seriedade. Destaca-se a formalidade da celebração, presidida pelo representante do Estado que, depois de ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar-se por livre e espontânea vontade, declara efetuado o casamento mediante palavras sacramentais (CC, art. 1535). As formalidades exigidas constituem elementos e estruturais do casamento, cuja inobservância torna o ato inexistente⁸.

As normas regulamentadoras são de ordem pública, ou seja, não podem ser afastadas pela vontade das partes, garantindo uma melhor organização social e maior segurança para os nubentes.

Ipsa facto, não podem ser derogadas por convenções particulares. Com efeito, o casamento é constituído de um conjunto de normas imperativas, cujo objetivo consiste em dar à família, uma organização social moral compatível com as aspirações do Estado e com a natureza permanente do

⁷ TARTUCE, Flávio. **Manual do Direito Civil**: volume único. 5 ed. São Paulo: Método, 2014, p. 879.

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, 2017, p. 366.

homem, definidas em princípios insculpidos na Constituição Federal e nas leis civis⁹.

Impõe uma comunhão de vida, onde ambos os cônjuges possuem igualdade de direitos e deveres, como exemplo do dever de fidelidade. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

Implica necessariamente união exclusiva, uma vez que o primeiro dever imposto a ambos os cônjuges no art. 1566 do mencionado diploma é o de fidelidade recíproca. A aludida comunhão está ligada ao princípio da igualdade substancial, que pressupõe o resto à diferença entre os cônjuges e a conseqüente preservação da dignidade das pessoas casadas. Em complemento, dispõe o art. 1565 do novo Código que, por meio do casamento, "homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família"¹⁰.

Não representa união permanente, pois o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio. Cabe ressaltar, que a Emenda Constitucional de 66/2010 modificou o §6º do artigo 226 da Constituição Federal, permitindo que o casamento seja dissolvido sem a necessidade do prazo até então requisito obrigatório.

A Constituição Federal exige o casamento entre homem e mulher, não permitindo a diversidade de sexos. Porém, com o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar pelo nosso Superior Tribunal Federal, ocorreu o afastamento deste requisito sendo admitido o casamento homoafetivo. Também podemos embasar tal decisão, com o parecer do Superior Tribunal de Justiça e pelo Conselho Nacional de Justiça.

Por último, permite a liberdade de escolha dos nubentes, sendo requisito necessário à afirmação de que pretendem se casar por livre e espontânea vontade.

Ademais, a presença dessas características é obrigatória, caso contrário, o casamento poderá concorrer em nulidade ou anulabilidade.

2.5 Finalidade do casamento

A principal finalidade do casamento é a comunhão plena de vida, o que pode ser perfeitamente demonstrado por Carlos Roberto Gonçalves:

Sem dúvida, a principal finalidade do casamento é estabelecer uma comunhão plena de vida, como prevê o art. 1511 do Código Civil de 2002,

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, 2017, p. 366.

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, 2017, p. 367.

impulsionada pelo amor e afeição existente entre o casal e baseada na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges e na mútua assistência”¹¹.

Outra finalidade do casamento é a procriação, porém não constitui requisito obrigatório, visto os casos de pessoas com impossibilidade de reprodução devido à idade avançada ou até mesmo problemas nas funções biológicas.

Ainda, alguns doutrinadores enfatizam o Amor Físico como finalidade do casamento, sendo uma forma de legalizar as relações sexuais do casal. Porém, para a corrente majoritária, estes dizeres atentam contra a dignidade do instituto, pois o casamento é algo muito mais complexo e profundo do que apenas o lado sexual.

Assim, dentre as finalidades do casamento, a que se destaca é a comunhão plena de vida, que inclui dar amor, afeto, assistência recíproca, partilhar os mesmo interesses e sentimentos. Além disso, também garante a existência de uma igualdade de direitos e deveres, que devem ser respeitos acima de tudo. Com relação às outras finalidades, como procriação, satisfação sexual, entre outros, ressaltamos ser algo em segundo plano, não tão necessário e importante quanto uma comunhão plena de vida.

2.6 Do reconhecimento da união homoafetiva

A união estável é um instituto bem semelhante ao do casamento, sendo ambos uma forma de entidade familiar.

O nosso Código Civil reconhece como união estável as relações de convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituir família e obedecendo aos deveres de lealdade, respeito e assistência.

Ocorre que o texto da lei especifica que a união necessariamente deve ser entre um homem e uma mulher. Assim, ficaram excluídos as relações homoafetivas, sendo estas equiparadas a uma sociedade de fato e não a uma entidade familiar.

Depois de muitas discussões, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a não equiparação da união homoafetiva a união estável era uma afronta contra princípios fundamentais da nossa Constituição Federal, e de fato, causava sérios

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, 2017, p. 368.

problemas em casos de pensão por morte, casos sucessórios e até mesmo pensão alimentícia.

Embasando sua decisão nos Princípios da Igualdade, Liberdade e Dignidade da Pessoa Humana, todos reconhecidos pela Constituição Federal, o Supremo julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 com o objetivo de reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, o que garantiu os direitos e a proteção familiar dessa parcela da sociedade.

Com o reconhecimento pela nossa Corte máxima, outros tribunais passaram a adotar o mesmo entendimento, o que se tornou um grande passo para a diminuição do preconceito e de discriminações no Brasil, garantindo os mesmos direitos da união heteroafetiva para a homoafetiva e encerrando os debates sobre o tema.

3 DOS REGIMES DE BENS

O minucioso estudo dos regimes de bens previstos no Código Civil de 2002 é imprescindível para dar início às discussões sobre o presente tema.

Inicialmente, no que diz respeito ao conceito, entende-se por regime de bens o conjunto de normas que orientam as relações patrimoniais entre os cônjuges. Assim, nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

Regime de bens é o conjunto de regras que disciplina as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento. Regula especialmente o domínio e a administração de ambos ou de cada um sobre os bens anteriores e os adquiridos na constância da união conjugal¹².

O regime de bens está amparado por alguns princípios fundamentais, cabendo enfatizar cinco deles: o princípio da mutabilidade justificada do regime de bens, o princípio da variabilidade, o princípio da liberdade de escolha do regime de bens, o princípio da preservação do patrimônio familiar e o princípio da imediata vigência do regime de bens. Interessante, pois, explicar brevemente o que consiste cada um dos componentes dessa base principiológica.

O princípio da mutabilidade justificada do regime de bens trata da possibilidade de mudança do regime de bens a qualquer momento, desde que sejam respeitados os requisitos previstos no art. 1.639, § 2º, do Código Civil.

Voltando ao Código passado, de 1916, observa-se que não era possível alterar o regime de bens, sendo ele imutável. Com a chegada do novo Código Civil, em 2002, houve uma inovação, permitindo que as partes, em pedido fundamentado ao Juízo, solicitassem a mudança do regime de bens desde que o magistrado entendesse que essa alteração fosse fundamentada por motivos relevantes e que não viesse a comprometer direitos de terceiros.

A imutabilidade do regime de bens, característica do diploma anterior, já era duramente criticada à época. Nas palavras de Orlando Gomes:

O Direito de Família aplicado, isto é, o que disciplina as relações patrimoniais entre os cônjuges, não tem o cunho institucional do Direito de Família puro. Tais relações se estabelecem mediante pacto pelo qual têm

¹² GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, 2017, p. 719.

os nubentes a liberdade de estipular o que lhes aprouver. A própria lei põe à sua escolha diversos regimes matrimoniais e não impede que combinem disposições próprias de cada qual. Por que proibir que modifiquem cláusulas do contrato que celebraram, mesmo quando o acordo de vontades é presumido pela lei?¹³.

Dessa forma, a inovação trazida pelo novo Código foi de extrema importância para o amadurecimento da autonomia da vontade no âmbito do Direito de Família.

Creriosamente falando, o pedido fundamentado para alteração do regime de bens é aquele que apresenta um motivo capaz de ensejar ao juiz a necessidade de dar procedência ao pedido, necessitando ainda estar expressa a boa-fé do casal e sendo imprescindível que não prejudique nenhum terceiro dependente do atual regime. Para não ficar abstrato, é o caso de um casamento com o regime da comunhão universal de bens, que não permite constituir sociedade. Não obstante o pedido estar bem fundamentado, deverá ser analisado se é o caso de boa-fé, pois a mudança de regime poderá prejudicar terceiros que possuem negócios jurídicos com as partes, visto que a alteração de regime retroage desde a data do casamento, o que poderá resultar em confusão patrimonial e perda de garantia de satisfação de crédito aos possíveis credores¹⁴.

Já o princípio da variabilidade demonstra a possibilidade dos cônjuges escolherem, no momento do casamento, entre as diversas espécies de regimes previstas no diploma legal, não se prendendo a apenas uma opção e optando por aquela que melhor garanta os seus direitos. No ordenamento jurídico pátrio estão previstos quatro regimes de bens que os noivos, no ato de celebração do matrimônio, poderão escolher: o regime da comunhão parcial, o regime da comunhão universal, o regime da participação final dos aquestos e o regime da separação de bens.

O próximo princípio, referente à liberdade de escolha do regime de bens, aduz que os noivos podem gozar de sua autonomia privada para escolher o que for melhor para ambos, não devendo o Estado interferir, salvo nos casos específicos da Lei.

¹³ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 174.

¹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito Civil**, v. 6. 7. Ed. São Paulo, Saraiva, 2017.

Falando sobre o princípio da preservação do patrimônio familiar, este se refere ao conjunto de proteções presentes no Código Civil para proteger os bens dos cônjuges e de seus filhos. É o caso da necessidade de outorga ou autorização do outro companheiro para vender um bem imóvel. Essa proibição visa garantir a segurança do matrimônio de ambos, evitando possíveis fraudes ou a desconstituição dos bens por apenas uma parte. Cabe ressaltar que, no regime de separação absoluta de bens ou no caso de existência de previsão no pacto antenupcial celebrado, não será necessária a autorização para alienação do bem.

Por fim, quanto ao princípio da imediata vigência do regime de bens, como já aduz o próprio nome, o regime passa a vigorar a partir da data do casamento. Mesmo que haja uma união estável anterior, com posterior celebração de casamento, o regime de bens será um, estabelecido do início ao fim da união estável, e outro, da celebração do casamento em diante, evidentemente, apenas caso os regimes escolhidos em cada instituto sejam distintos.

Antes de adentrar em cada tipo de regime de bens, devemos entender resumidamente o regime legal supletivo, o obrigatório e a possibilidade de mudança de regime de bens mesmo após o casamento.

Primeiramente, o regime legal supletivo no atual Código Civil de 2002 é o da comunhão parcial de bens, conforme o artigo 1.640, escolha essa pelo legislador que traduz extremo equilíbrio e segurança para os cônjuges. Cabe ressaltar que no antigo Código Civil o regime supletivo era o da comunhão universal, fato que comprometia bastante a segurança patrimonial.

Assim, nos casos em que a lei não prever o regime de separação obrigatória de bens, nos casos em que não for feito pacto antenupcial ou caso ele seja nulo ou ineficaz, o regime será a comunhão parcial de bens¹⁵.

Seguindo, no regime legal obrigatório, trata-se dos casos em que a lei impõe o regime de separação de bens, restringindo, assim, a autonomia privada dos cônjuges. Como exemplo, é possível citar o caso da pessoa maior de setenta anos, a qual obrigatoriamente deve seguir o regime de separação legal; essa restrição

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, 2017.

justifica-se porque, em tese, busca evitar o enriquecimento ilícito de um dos cônjuges em detrimento do outro.

Por fim, o novo Código Civil possibilita a mudança do regime de bens desde que com autorização judicial em pedido motivado por ambos os cônjuges. Assim, com a sentença que altere o regime de bens, todo o patrimônio do casal será afetado, visto que sua eficácia é retroativa.

Observadas as características gerais, em seguida serão detalhados todos os tipos de regimes de bens previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 Do regime da comunhão parcial de bens

Inicialmente, cumpre ressaltar que esta modalidade de regime é a forma subsidiária no ordenamento jurídico pátrio desde 1977; antes da entrada em vigor da Lei nº 6.515, naquele ano, o regime supletivo era o da comunhão universal de bens.

A tendência de substituir o regime total pelo parcial encontra correspondência até mesmo fora do Brasil: em Portugal, o Código Civil de 1966 substituiu a comunhão geral pela comunhão de adquiridos na condição de regime supletivo, o que pode ser pensado como consequência das mudanças pelas quais a sociedade passou nas últimas décadas¹⁶.

O regime da comunhão parcial de bens valerá nos casos em que não houver pacto antenupcial precedente à celebração do casamento ou sendo este nulo ou ineficaz. Está previsto no *caput* do art. 1.640 do Código Civil e, por não necessitar de prévia convenção dos nubentes, é a forma mais comum no nosso ordenamento jurídico.

O fato da maioria dos casais optarem por esse regime de bens pode estar associado ao encantamento ou à visão encantada do casamento, o que torna desagradável estabelecer uma conversa sobre divisão patrimonial – e acaba sendo contraditório, diante da expectativa de união eterna entre ambos. Ademais, o desinteresse em estabelecer o referido pacto antenupcial também pode estar relacionado simplesmente à inexistência de bens, tendo em vista que grande parte

¹⁶ VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

dos nubentes está iniciando a vida financeira e independente quando da celebração do matrimônio.

Superados os motivos de escolha, no regime da comunhão parcial de bens, considerado supletivo, comunicam-se os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento, excluídos os patrimônios pessoais, exclusivos, adquiridos antes do casamento ou os recebidos a título gratuito independente de qualquer vínculo temporal. Dessa forma, aduz Silvio Rodrigues:

Regime de comunhão parcial é aquele em que basicamente se excluem da comunhão os bens que os cônjuges possuem ao casar ou que venham a adquirir por causa anterior e alheia ao casamento, como as doações e sucessões; e em que entram na comunhão os bens adquiridos posteriormente, em regra, a título oneroso. Trata-se de um regime de separação quanto ao passado e de comunhão quanto ao futuro¹⁷.

Para melhor entendimento: ocorre uma separação entre os bens adquiridos antes do casamento, que são exclusivos, com os bens adquiridos após o casamento, que se tornam comuns independente de quem os adquiriu, ressalvado os casos em que recebidos de forma não onerosa.

Nos casos de doação ou sucessão, os bens serão excluídos da comunhão pelo fato de não existir onerosidade. Para exemplificar, no caso de recebimento de herança por um dos cônjuges, em uma futura partilha de bens, não será objeto de meação.

Dessa forma, os bens que foram comprados com esforço proveniente de um bem partilhar, denominados bens sub-rogados, não se comunicam, pois impediria o cônjuge de alienar o seu bem particular sob pena de se tornar um bem comum do casal.

Outro caso faz referência aos bens de uso pessoal, como livros e instrumentos de profissão, os quais fazem parte do acervo exclusivo da própria pessoa e interessam única e exclusivamente a ela, não tendo a devida importância para a outra.

Em relação aos frutos provenientes de bens comunicáveis, se forem recebidos na constância do casamento, se submeterão à regra da comunhão

¹⁷ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil - Direito de Família - v. 6**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 178.

universal de bens. Assim, o aluguel percebido de um imóvel adquirido antes do casamento será da administração de ambos os cônjuges.

Para finalizar, convém ressaltar que as dívidas contraídas na administração de bens particulares não afetam os bens comuns do casal.

3.2 Do regime da comunhão universal de bens

No regime da comunhão universal de bens comunicam-se tanto os bens adquiridos antes como os bens adquiridos após a celebração do matrimônio. Neste caso ocorre uma unicidade patrimonial, incluindo os bens adquiridos a título gratuito:

No aludido regime predominam, pois, os bens comuns, de propriedade e posse de ambos os cônjuges, não importando a natureza, se móveis e imóveis, direitos e ações. O acervo comum permanece indivisível até a dissolução da sociedade conjugal¹⁸.

Como no Direito nada é absoluto, a lei prevê exceções no artigo 1.668 do Código Civil, isto é, quais bens são excluídos da comunhão universal, exemplificado pelos bens doados ou herdados com cláusula de incomunicabilidade.

No que tange à administração dos bens, a lei se refere à aplicação das mesmas normas dispostas no regime da comunhão parcial.

Por fim, resta apresentar que, na extinção da comunhão, será feita a divisão do ativo e do passivo, cessando a responsabilidade de cada cônjuge com o credor do outro. Assim, cada indivíduo será responsável pelas suas próprias obrigações, desde que não haja prejuízo de terceiros. É importante ressaltar que a extinção da comunhão não se dá apenas pelo divórcio, podendo ser feita por meio de alteração posterior de regime ainda durante a constância do casamento, como prevê a lei.

3.3 Do regime da participação final dos aquestos

Tendo como referência o ordenamento jurídico da Costa Rica e também presente em países europeus como Alemanha, Espanha e França, o regime da

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, 2017, p. 750.

participação final dos aquestos é um regime híbrido, que possui características presentes na comunhão parcial de bens e na separação de bens¹⁹.

Durante o casamento, cada cônjuge possui o seu próprio patrimônio e tem direito a administrá-lo de forma exclusiva. Com a dissolução do casamento, ocorrerá uma partilha dos bens adquiridos onerosamente pelo próprio casal. Isso ocorre como forma de compensação pelos esforços envolvidos por ambos durante a convivência conjugal.

Esse sistema é muito confundido com a comunhão parcial de bens, mas é bem simples a sua diferenciação. No caso do regime em análise, apenas os bens adquiridos pelo próprio casal são partilhados, ou seja, se eles juntaram esforços para comprar uma casa de praia, esta será objeto de partilha. Já no caso da comunhão parcial de bens, independente de quem adquiriu, será objeto de meação. Então, caso um dos cônjuges, com o seu próprio salário, adquira uma casa na constância do casamento, o outro cônjuge que não contribuiu terá direito à sua metade.

Outro fator capaz de diferenciar os regimes diz respeito aos bens adquiridos por fato eventual, com ou sem esforço do outro cônjuge: no caso da comunhão parcial, os bens supracitados são objeto de partilha, enquanto na participação final dos aquestos não se aplica essa regra.

Para finalizar a diferenciação, a lei apenas liberou a exigência de outorga uxória nos casos de separação de bens; assim, na participação final dos aquestos será necessária tal autorização caso não esteja previsto no pacto antenupcial cláusula que estipule o contrário.

Em relação às dívidas, caso um dos cônjuges pague a dívida do outro, este poderá pleitear um abatimento em sua meação em uma futura dissolução conjugal. Além disso, nos casos de penhora do bem por presunção de ser do devedor, mas na verdade de apenas um dos cônjuges, este deverá entrar com embargos de terceiros para provar ser o titular do bem.

¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

Por fim, nos casos de dissolução da sociedade conjugal no regime de participação final dos aquestos, verifica-se o montante dos bens no dia que cessou a convivência. Assim, o que importa é o momento em que estes já não conviviam como cônjuges, independentemente de estarem ou não vivendo na mesma casa, desde que em cômodos diferentes.

3.4 Do regime da separação convencional de bens

O regime da separação de bens é o oposto do regime da comunhão universal de bens. No primeiro, com força no princípio da autonomia privada, os noivos resguardam a administração e a exclusividade do seu patrimônio pessoal, independente de possuírem antes do matrimônio ou se forem adquiridos após o matrimônio.

Neste caso, a lei prevê o seguinte formalismo: deverá ser feito por escritura pública no cartório competente e deverá anteceder a celebração do casamento.

Assim, esta modalidade necessita de expressa manifestação das partes, por meio de pacto antenupcial, e como consequência existirão duas esferas de bens, uma de cada cônjuge, que poderá livremente alienar, administrar ou gravar de ônus real os seus bens particulares, anteriores ou posteriores ao casamento. É notável a existência de total independência patrimonial, sendo que, futuramente, não ocorrerá partilha de bens.

Em casos excepcionais, poderá o cônjuge prejudicado pleitear indenização ou divisão proporcional, caso consiga comprovar colaboração econômica direta na compra do bem. Essa exceção tem como fundamento o princípio que proíbe o enriquecimento ilícito e não compromete em nada o regime de separação de bens.

O fato de a separação de bens ocorrer não afeta as obrigações decorrentes e contraídas na relação familiar. Assim, cada cônjuge deverá contribuir proporcionalmente aos rendimentos do seu trabalho nas despesas do casal.

A obrigação de contribuir para as despesas do casal estende-se hoje a todos os regimes, em razão da isonomia constitucional. Não se comunicam,

todavia, as dívidas por cada qual contraídas, exceto as que o forem para compra das coisas necessárias à economia doméstica²⁰.

Por fim, cabe ressaltar a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal: “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Esse enunciado não se aplica ao regime de separação convencional de bens, visto que foi derivado da vontade das partes, que buscavam uma independência patrimonial, o que seria prejudicado pelo descrito na súmula.

Cabe ressaltar que esse regime previne tentativas de retaliação após o fim do casamento, o que tem se tornado bem comum, infelizmente.

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, 2017, p. 760.

4 DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS – CONVENCIONAL E OBRIGATÓRIA

Como já foram apresentados no capítulo anterior o conceito e as características do regime da separação de bens convencional, é necessária, agora, a análise do regime da separação obrigatória.

A separação obrigatória está prevista no artigo 1.641 do Código Civil e, diferente dos outros regimes, esta não é por escolha dos nubentes, mas sim, por imposição legal. Como é imposição legal, não necessita de pacto antenupcial.

Em alguns casos, tal imposição é feita por ter havido contravenção a dispositivo legal que regula as causas suspensivas da celebração do casamento. Em outros, mostra-se evidente o intuito de proteger certas pessoas que, pela posição em que se encontram, poderiam ser vítimas de aventureiros interessados em seu patrimônio, como as menores de 16, as maiores de 70 anos e todas as que dependerem, para casar, de suprimento judicial²¹.

De toda forma, seguiremos para a abordagem dos motivos que levaram o legislador a impor o regime da separação de bens como obrigatório em alguns casos, cabendo ressaltar que também será demonstrado o contexto que originou a edição da Súmula 377 e um pequeno comparativo de sua incompatibilidade com o Código Civil de 2002.

4.1 Das hipóteses ensejadoras do regime da separação obrigatória de bens

O Código Civil prevê no artigo 1.641 que deve incidir o regime da separação obrigatória quando houver a inobservância das causas suspensivas, no caso de casamento de pessoa maior de setenta anos ou no caso dos que dependem de suprimento de consentimento. Cabe lembrar, que a Lei nº 12.344 de 2010 alterou a redação do inciso II do artigo citado, aumentando a idade de sessenta para setenta anos de idade.

As causas suspensivas podem ocorrer para evitar a confusão patrimonial, confusão de sangue e possível prejuízo ao incapaz. Assim, para que sejam afastadas as causas suspensivas, deverá ser provado que a mudança de regime não irá causar prejuízo aos interessados.

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, 2017, p. 740.

Já no caso dos maiores de setenta anos a imposição da separação obrigatória leva em consideração apenas o aspecto idade, não levando em conta o estado mental da pessoa. É uma norma de caráter protetivo, ao menos em tese; ora, ao positivar tal restrição, o legislador certamente teve a intenção de escudar a pessoa idosa, especialmente aquela titular de patrimônio vultoso, contra a realização de matrimônio efetivado única e exclusivamente pelo caráter econômico. Com isso, o objetivo do dispositivo supracitado seria tutelar o idoso, resguardando seus interesses contra as artimanhas de terceiros gananciosos e oportunistas. Por conta disso, existem muitos posicionamentos contrários que não enxergam como uma proteção aos herdeiros ou ao idoso que pode ser atraído por pessoas mais jovens, e sim algo genérico que prejudica o próprio idoso.

Alguns autores vão além: mais do que caráter protetivo, a restrição teria natureza sancionatória, tendo em vista que o regime é imposto de forma compulsória, independente da vontade das partes²².

Continuando o pensamento dos parágrafos passados, quando defenderam a constitucionalidade do inciso II do art. 1.641 do Código Civil, basearam sua defesa na proteção dos idosos e de seus familiares. Ora, com a idade avançada, as pessoas se tornam mais necessitadas de uma atenção afetiva e podem acabar por perder parte do seu patrimônio pela contração do matrimônio.

Alguns autores, como José Maria Leoni Lopes de Oliveira, consideram o artigo inconstitucional, pois viola princípios presentes na Constituição Federal de 1988 e cria uma presunção de incapacidade em decorrência da idade. Em seu livro, exemplifica o fato de um dia separar a obrigatoriedade do regime, e critica a necessidade de ser feito uma análise do estado mental em vez de apenas verificar a idade, visto que uma pessoa de oitenta anos pode estar melhor em suas faculdades mentais do que outro de sessenta anos, devendo ser afastado o critério referente à idade²³. Similarmente, aduzem Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

De acordo com o texto legal, a pessoa humana maior de 70 anos de idade casará sob o regime de separação obrigatória de bens, mesmo contra a sua própria vontade. Trata-se, visivelmente, de uma interdição parcial de direitos

²² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: famílias, v. 6. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

²³ OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. **Direito Civil**: família, 2. ed. São Paulo: Forense, 2018.

em decorrência da idade, confundindo o legislador, lamentavelmente, senilidade com incapacidade. Absurdamente, o Estado está invadindo a esfera pessoal dos nubentes para obstar a escolha do regime de bens pelos septuagenários. Ignorando a proteção integral dedicada aos idosos, impõe-se a vontade estatal, em detrimento da liberdade de autodeterminação das pessoas, afrontando a sua (intangível) dignidade. Por tudo isso, a norma legal continua sendo de duvidosa constitucionalidade, merecendo repúdio, inclusive por estar na contramão do movimento de intervenção mínima na família²⁴.

Por fim, os que dependem de suprimento judicial para casar são aqueles que não possuem o consentimento de um ou de ambos os pais e, como são menores de idade, precisam da autorização do juiz para conseguir realizar o matrimônio. Caso o juiz autorize a realização do casamento, ele terá que ser obrigatoriamente efetivado pelo regime da separação obrigatória de bens, como forma de proteção ao patrimônio e o interesse do menor de idade. Vale lembrar também que, como existe interesse de pessoa incapaz, será necessária a participação do Ministério Público, que terá importante função para a decisão do Juiz. Após, a discussão gira em torno da possibilidade de mudança de regime nos casos dos incisos I e III, fato que a corrente majoritária entende como legal, desde que tenha superado o motivo que a impôs.

4.2 Da edição da Súmula 377 do STF

Primeiramente, cabe afirmar que a devida súmula foi editada com base em lei já revogada, o que de fato demonstra a perda da sua função. Isso ocorre porque, na época de vigência do antigo Código Civil, o regime supletivo era o da comunhão total de bens, o qual poderia resultar em um enriquecimento ilícito, visto que nesse regime os bens adquiridos antes do casamento viram um único montante, podendo ser partilhado futuramente. E também, pelo fato da maior parte dos nubentes não pactuar o regime patrimonial, pois como já mencionado anteriormente, é doloroso e prejudicial ao bem estar conjugal assuntos relacionados a bens e dissolução da união.

No princípio essa súmula foi aplicada com amplitude. Posteriormente, no entanto, a sua aplicação ficou restrita aos bens adquiridos pelo esforço comum dos cônjuges, reconhecendo-se a existência de uma verdadeira sociedade de fato²⁵.

²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, *op. cit.*, 2015, p. 127.

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, 2017, p. 741-742.

A crítica está baseada no fato da súmula transformar um regime com nome de separação, mas que produz os mesmos efeitos do regime da comunhão parcial de bens.

Obviamente, a Súmula não tem aplicação nos casamentos celebrados sob o regime da separação convencional (absoluta) de bens, pois implicaria em frontal violação da autonomia da vontade das partes que, livremente, elegeram o regime separatório. Seu âmbito de cabimento, assim, fica limitado ao regime de separação legal²⁶.

Há de se notar que na década de 1960 a sociedade era mais conservadora do que nos dias atuais; evidentemente, nos últimos anos houve uma série de mudanças de comportamento e de pensamento; sendo certo que o Direito deve acompanhar a sociedade e se mostrar atento à sua constante evolução, é possível defender que a referida súmula deveria estar em desuso.

A Súmula 377 foi editada com o objetivo de evitar o enriquecimento de um dos cônjuges em detrimento do outro, pois no caso de existir uma verdadeira separação, aquele que contribuiu para aquisição dos bens do casal não teria direito a partilha. Para exemplificar, imaginemos um casamento regido pela separação obrigatória onde um dos nubentes adquira patrimônio, porém em nome de seu companheiro; neste caso, em uma possível dissolução da união conjugal, a aplicação da Súmula garantiria o seu direito a meação dos bens.

Ocorre que, visando evitar o enriquecimento ilícito, como visto no exemplo anterior, a Súmula 377 do STF contrariou o objetivo do dispositivo legal, pois o regime da separação obrigatória tem por objetivo a proteção do patrimônio. Dessa forma, iniciou-se uma enorme discussão tanto sobre sua constitucionalidade, quanto sobre a presunção ou não de esforço comum.

Dentre os diferentes entendimentos sobre o Verbete, por muito tempo permaneceu a hipótese de não ser necessária a comprovação do esforço comum, ou seja, a mera convivência levaria a presunção, cabendo a parte interessada apresentar negativa para evitar a partilha dos bens. Atualmente o entendimento é a favor da necessidade de comprovação do esforço comum, como veremos no próximo capítulo.

²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, *op. cit.*, 2015, p. 284.

Conclui-se, então, que a edição da súmula contraria o objetivo do regime da separação legal, que é, por exemplo, proteger donos de fortunas de pequenos aventureiros, evitando aquilo que seria consubstanciado no famoso jargão popular “golpe do baú”. Também no caso das mulheres que se casavam bem cedo e recebiam herança posterior.

4.3 A Súmula 377 do STF e as diferenças entre o antigo Código Civil de 1916 e o atual Código Civil de 2002

É importante analisar os artigos 258, 259 e 259 parágrafo único, ambos do Código Civil de 1916 para entendermos o contexto de edição do Verbete 377 do Supremo Tribunal Federal.

O primeiro estabelecia que, não havendo convenção entre as partes ou sendo o pacto antenupcial nulo, o regime de bens será o da comunhão universal. Trata esse artigo sobre o regime supletivo do antigo código, o da comunhão universal.

O segundo artigo dizia que no silêncio do contrato sobre a comunicabilidade dos bens adquiridos na constância do casamento, as regras aplicadas seriam as da comunhão de bens.

Entendendo melhor o segundo dispositivo legal, caso os noivos contraíssem o casamento com o regime de separação de bens, mas sem fazer o pacto antenupcial estabelecendo que os bens adquiridos após o casamento não se comunicariam, na verdade, o que estaria valendo seria o contrário, ou seja, os bens se comunicariam como no regime de comunhão parcial de bens.

Pode ser entendido que esse artigo se tratava de uma armadilha aos desavisados que se casavam com separação de bens sem fazer pacto antenupcial com a exclusão expressa dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento, pois na verdade o que constava na Certidão de Casamento não estava valendo, ou seja, a vontade das partes estava sendo suprimida por um artigo da Lei.

Com relação ao parágrafo único do artigo supracitado, este trata sobre a separação obrigatória de bens, é o artigo equivalente ao artigo 1.641 do atual Código.

Com a chegada do novo Código Civil a situação foi alterada, sendo o pacto antenupcial imprescindível para o casamento com outro regime de bens que não seja o supletivo. Além do mais, não é possível casar com outro regime sem o pacto, então, o que está na certidão será o que produzirá os efeitos.

Também é impossível não falar sobre as diferenças entre os regimes de separação de bens no código passado e no atual. No Código de 2002 existe uma verdadeira e absoluta separação de bens, separando o patrimônio entre os cônjuges. Já no Código passado, mesmo com o regime de separação de bens era necessária a outorga conjugal para alienação de bens, o que parece ser um pouco contraditório, pois necessita de autorização para vender algo que pertence apenas a um titular.

Voltando ao código passado, ao analisar o texto da Súmula 377/STF, segundo o qual “no regime da separação obrigatória de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento” não conseguimos logo de primeira entender os seus efeitos. A súmula está omissa em relação a quais bens são comunicáveis e se é necessário demonstrar um esforço comum entre os cônjuges.

Respondendo o primeiro questionamento, a referida edição tem como base o artigo 259 do Código Civil de 1916, o que faz referência à presunção de que, segundo ela, apenas os bens aqúestos, ou seja, os adquiridos de forma onerosa se comunicariam, afastando a hipótese de comunhão dos bens adquiridos de forma gratuita, como é o caso das doações.

Respondendo o segundo questionamento, pode ser separado em duas fases temporais. Durante maior parte de sua vigência, não era necessária a comprovação de esforço comum do casal ao adquirir os bens, presumindo que só o fato de estarem convivendo juntos, já existia o esforço e assistência mútua entre os companheiros. Em um segundo tempo, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça proferiu uma decisão controvertendo as decisões anteriores. A partir desse momento, mesmo que de forma indireta, deverá ser comprovada a contribuição e o esforço para ocorrer a meação de bens.

Outro questionamento seria se será necessário comprovar o esforço comum no regime de comunhão parcial de bens, visto que ambos os regimes eram tidos como semelhantes em seus feitos, por mais que com nomenclaturas diferentes.

Assim, conclui-se que a súmula objeto de estudo foi feita com base no Código Civil passado, não existindo texto legal similar atualmente. Ela dispunha que, na separação legal de bens, os aquestos se comunicariam, como no regime da comunhão parcial de bens, se distanciando do regime da separação convencional de bens.

No próximo capítulo abordar-se-á a possibilidade de afastamento do verbete 377 do Supremo Tribunal Federal por meio de pacto antenupcial, visto ser um regime obrigatório imposto pela lei e se seus efeitos entrariam em vigor por força da autonomia privada das partes.

Por todo o exposto, cabe ressaltar que o regime da separação de bens no atual Código Civil prevê uma verdadeira divisão patrimonial, formado por massas independentes e, como vimos, não é necessário nem mesmo autorização do cônjuge para alienar ou gravar de ônus reais os bens, pois são particulares.

Já no regime da separação obrigatória de bens, vimos que, por força da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, não se trata de um regime de separação de bens, pois existe a comunicação dos bens adquiridos após o casamento a título oneroso.

Mesmo que exista essa comunicação, há de ressaltar que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, sendo proferido recentemente, obriga a necessidade de comprovação do esforço comum, mesmo que indireto, para ocorrer à partilha dos bens visados.

Cabe ainda, uma crítica a imposição do regime obrigatório aos maiores de 70 anos, que não deveria ter sido recepcionada pelo Código Civil de 2002, pois existem discussões a respeito, buscando responder se o Estado tem o direito de intervir na escolha do regime de bens no caso do inciso II, pois, de forma genérica, no caso do critério idade, é imposto algo ao idoso que muitas das vezes está lúcido e com suas faculdades mentais em perfeito estado para decidir sobre sua divisão patrimonial, o

que representa um lamentável tratamento discriminatório contra a pessoa idosa. Com base nisso, para expor a evidente contradição, até mesmo o Presidente da República pode ter mais de setenta anos, ou seja, a pessoa com essa idade estaria apta a controlar uma nação inteira no mais alto cargo do país, mas não seria capaz de escolher o seu regime de bens.

Independentemente do dispositivo supra possuir conteúdo protetivo ou sancionatório, fato é, portanto, que ele representa um tratamento discriminatório e vexatório, que atenta contra uma série de princípios, inclusive aquele que talvez seja o mais elementar de todos, base de todo o ordenamento jurídico pátrio: a dignidade da pessoa humana.

5 POSSIBILIDADE DO AFASTAMENTO DO VERBETE 377 DO STF POR PACTO ANTENUPCIAL

5.1 Definição e natureza jurídica do pacto antenupcial

Como já mencionado, o regime legal presente no nosso ordenamento jurídico é o da comunhão parcial de bens.

Caso os nubentes desejem optar por outro regime, deverá obrigatoriamente e anteriormente ao casamento, fazer um pacto antenupcial, pois, apenas com a realização deste, poderão alterar o regime supletivo por outro desejado.

Gonçalves define e explica as formalidades do pacto antenupcial da seguinte forma:

Pacto antenupcial é um contrato solene e condicional, por meio do qual os nubentes dispõem sobre o regime de bens que vigorará entre ambos, após o casamento. Solene, porque será nulo se não for feito por escritura pública. Não é possível convencionar o regime matrimonial mediante simples instrumento particular ou no termo do casamento, pois o instrumento público é exigido *ad solemnitatem*. Condiciona, porque só terá eficácia se o casamento se realizar (*si nuptiae fuerint secutae*). Caducará, sem necessidade de qualquer intervenção judicial, se um dos nubentes vier a falecer ou se contrair matrimônio com outra pessoa²⁷.

Tendo por base a majestosa explicação, o pacto antenupcial é o contrato pelo qual as partes convencionam o regime de bens, caso seja diferente do legal. Ademais, ele deve ser feito antes do casamento por meio de escritura pública, obrigatoriamente, para não concorrer em nulidade.

Cabe mencionar também, que sua natureza jurídica é contratual, razão pela qual, vigoram os princípios da autonomia da vontade das partes ou da livre estipulação, gerando uma maior liberdade na escolha, que será demonstrada mais a frente quando abordarmos o afastamento da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal com base em princípios constitucionais.

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, 2017, p. 737.

5.2 O regime da separação obrigatória de bens e o pacto antenupcial

O regime de bens não poderá ser escolhido pelos noivos quando se enquadrarem no rol do artigo 1.641 do Código Civil, pois nesse caso será imposto o regime da separação obrigatória de bens.

Como já abordamos anteriormente, deve ser feita uma distinção entre o impedimento obrigatório para os maiores de 70 anos e os demais presentes nos incisos I e III do Código Civil.

Tal diferenciação merece menção, pois no segundo caso, é possível a alteração do regime de bens quando os motivos ensejadores forem superados, visto que o Código Civil de 2002 adotou o princípio da mutabilidade do regime de bens, desde que respeitados os requisitos legais conforme abordado anteriormente.

A título de exemplificação, podemos citar o caso do cônjuge viúvo que tem filho do cônjuge falecido e que não foi feita a devida partilha dos bens. Neste caso, feita a partilha de bens em inventário, a causa suspensiva que impossibilitou a escolha do regime não mais existe, podendo então ser feita a mutação para o regime desejado sem que ocorra prejuízo aos filhos/herdeiros do falecido.

No primeiro exemplo, verificamos que a lei não permite a escolha do regime como uma forma de proteger o patrimônio e evitar a chamada confusão patrimonial, sendo indiscutível a possibilidade de afastar o regime obrigatório por pacto, pois seria mais prejudicial do que benéfico.

Seguindo o caminho oposto, no caso dos menores de idade que contraem matrimônio com suprimento judicial, verificamos que estes adquirem capacidade civil pelo casamento, conforme artigo 5º do Código Civil. De tal forma, um menor de 16 anos de idade ao contrair matrimônio estará habilitado para à prática de todos os atos da vida civil, podendo modificar o regime após a celebração do casamento válido.

No segundo exemplo, um curto período de tempo é suficiente para dizer se este tem capacidade ou não de escolher o futuro da sua vida patrimonial. Fica evidente a contradição, pois estes normalmente não possuem patrimônio e ao iniciar a vida adulta constroem em conjunto com seu parceiro bens em comum, onde

deveria vigorar a comunhão parcial de bens, acaba sendo imposto o regime obrigatório, que nem mesmo no caso de falecimento do cônjuge, o sobrevivente não tem direito na herança do falecido.

Com a possibilidade de pactuar o regime de bens nos casos do inciso III, poderíamos evitar processos judiciais tanto em relação a modificação do regime, quanto a problemas relacionados a meação de bens, pois o menor de idade estaria garantindo sua segurança patrimonial futura.

Para finalizar este tópico, no caso do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil, o critério genérico utilizado é a idade elevada, não sendo permitida a mudança de regime patrimonial após a celebração do casamento, nem mesmo após o fim da causa que ensejou o regime. Por tais razões, merece destaque em tópico separado, sendo a principal discussão e o objetivo do presente trabalho.

5.3 O maior de 70 anos e o afastamento da súmula 377 do STF por pacto antenupcial

Relembrando a edição da súmula 377 do STF, se percebe que no Código Civil de 1916 era obrigatório que os nubentes especificassem sobre os bens aquestos no pacto antenupcial. Caso não houvesse convenção acerca dos bens adquiridos após a celebração do casamento, eles seriam comunicáveis.

Dessa forma, se as partes optassem pelo regime da separação convencional de bens, porém silenciassem sobre os bens aquestos no pacto, ocorreria a comunhão destes bens.

Isso ocorria, pois, o artigo 259 do Código Civil de 1916 dizia que no silêncio do contrato, os bens adquiridos na constância do casamento se comunicariam mesmo que o regime não fosse o da comunhão de bens.

Na época dos fatos, ocorriam discussões a favor e contra a comunicabilidade dos bens aquestos, amparadas pela tese do esforço comum. Para solucionar tais dúvidas, o Supremo encerrou as discussões com o entendimento em favor da comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento.

Tal edição era totalmente contra ao regime de separação de bens, visto que na verdade os efeitos seriam os da comunhão parcial de bens, violando a opinião da maioria da época e o disposto na própria lei.

Ocorre que, com a transição para o Código Civil de 2002, que permitiu a mutabilidade do regime de bens, os mais prejudicados foram os maiores de 70 anos de idade que ficam presos ao regime legal amparado pela súmula 377 do STF, que independia de comprovação de esforço comum com relação aos bens aquestos.

Após essa pequena introdução, percebemos que os maiores de 70 anos estão obrigados a permanecer em um regime da separação legal, que mesmo tendo o Superior Tribunal de Justiça recentemente proferindo decisão com o entendimento da necessidade de esforço comum no regime da separação obrigatória, como abordaremos no último tópico, ainda é necessário a possibilidade de por meio de pacto antenupcial, seja escolhido um regime mais rígido e protetor, ou seja, o regime da separação total de bens.

A maior questão é se os nubentes podem pactuar alterando o regime da separação obrigatória para a separação convencional, visto que, o primeiro é uma forma de proteção ao patrimônio do idoso e a incidência do segundo seria algo ainda mais protetor.

Ocorre que, o texto do item 7 do artigo 70 da Lei de Registros Públicos nº 6015/73, proíbe que seja consignado no assento de casamento o pacto antenupcial quando o regime for o da separação legal, tornando-o nulo.

Nos deparamos com outra contradição, pois um ato nulo é aquele celebrado por absolutamente incapaz, quando o objeto for ilícito, impossível ou indeterminável, o motivo comum seja ilícito, a forma não revestir a prescrita em lei, for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para sua validade, tiver objetivo fraudar a lei imperativa ou a lei taxativamente o declarar nulo ou proibir a prática, conforme rol do artigo 166 do Código Civil.

Fica evidente que a celebração do pacto no caso em tela não apresenta nenhum dos requisitos acima, cabendo referenciar que não contraria em momento

algum o dispositivo legal, pois os nubentes estão escolhendo o regime que a lei determina, que é o da separação de bens.

Pelo contrário, quem viola o dispositivo legal é o verbete 377 do Supremo Tribunal Federal que não protege os interesses que não são compatíveis com a comunhão de bens, objetivo do regime da separação legal.

Dessa forma, não existem motivos para coibir os nubentes a afastar a Súmula em questão por pacto antenupcial. Trata-se na verdade de matéria de ordem privada, disponível, pois o artigo 1.639 do Código Civil propriamente aduz que os nubentes podem estipular quanto aos seus bens antes de celebrado o casamento.

Nesse sentido, Flávio Tartuce afirma categoricamente:

Sem dúvida, a Súmula 377 do STF – do remoto ano de 1964 -, traz como conteúdo matéria de ordem privada, totalmente disponível e afastada por convenção das partes, não só no casamento, como na união estável. A única restrição de relevo a essa regra diz respeito às disposições absolutas da lei, consideradas regras cogentes, conforme consta do art. 1.655 da mesma codificação, o que conduziria à nulidade absoluta da previsão. Todavia, não há qualquer problema em se afastar a súmula 377 pela vontade das partes, o que, na verdade, ampliaria os efeitos do regime de separação obrigatória, passando esse a ser uma verdadeira separação absoluta, em que nada se comunicaria. Acreditamos que tal afastamento constitui um correto exercício da 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 (art. 1.653 do CC/2002)²⁸.

Considerando o conteúdo apresentado, é possível afirmarmos que o pacto antenupcial deve ser aceito no caso dos nubentes maiores de 70 anos requerem a separação absoluta de seu patrimônio, agindo assim, no exercício do princípio garantido pelo nosso Direito, o da Autonomia da Vontade das Partes, visto tratar-se de matéria disponível.

Ademais, verificado o contraditório entre o verbete e o regime da separação de bens, o mais correto seria a revogação por um texto legal mais atual. Se espera que nossas cortes máximas discutam o presente tema para o caminho de reconhecer a vontade da autonomia das partes no caso exposto. Para finalizar o

²⁸ TARTUCE, Flávio. **Da possibilidade de afastamento da súmula 377 do STF por pacto antenupcial.** (25 de maio de 2016). Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104.MI23>> 9721,61044-Da+possibilidade+de+afastamento+da+sumula+377+do+STF+por+pacto+antenupcial>. Acesso em: 22 de setembro 2019.

presente trabalho, o último tópico será sobre os recentes julgados onde a Súmula não é afastada, porém exige a comprovação do esforço comum.

5.4 Os recentes julgados do STJ

Após a edição da Súmula 377 do STF, os tribunais julgadores estavam divergindo sobre a necessidade ou não de comprovar o esforço comum para aquisição de bens a título oneroso.

As decisões que versavam sobre a presunção de esforço comum eram muito utilizadas. Dessa forma, o regime da separação obrigatória era equiparado ao regime da comunhão parcial de bens, pois seria muito difícil o cônjuge interessado conseguir fazer prova negativa, comprovando que seu companheiro não contribuiu onerosamente para aquisição dos bens. Com isso, bastava a convivência entre os companheiros para partilha dos bens, como no regime da comunhão parcial.

Com a intenção de acabar com essas divergências, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o esforço comum deverá ser comprovado pela parte interessada. Tal compreensão pode ser vista nas recentes jurisprudências do STJ:

A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça uniformizou o entendimento que encontrava dissonância no âmbito da Terceira e da Quarta Turma. De início, cumpre informar que a Súmula 377/STF dispõe que "no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento". Esse enunciado pode ser interpretado de duas formas: 1) no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, sendo presumido o esforço comum na aquisição do acervo; e 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. No entanto, 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 adotado 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)²⁹.

Estamos diante de uma moderna compreensão da Súmula 377 do STF, onde o esforço comum não é presumido, devendo a parte interessada comprovar que concorreu para a aquisição onerosa do patrimônio.

O novo entendimento garantiu maior segurança para as pessoas inseridas no regime da separação obrigatória, principalmente para os nubentes maiores de 70 anos, pois com a necessidade de comprovação de esforço comum, fica rigorosamente mais difícil ocorrerem golpes e casamentos por interesse.

Conforme texto apresentado nesse trabalho, podemos concluir que no atual contexto histórico e analisando a evolução de nossa sociedade, verificamos a inaplicabilidade da súmula 377 do STF, sendo questão de tempo para que seja revogada.

Cabe ressaltar, que a imposição do regime obrigatório para o idoso é fator claramente genérico, pois podemos ver pessoas de idade elevada em suas plenas faculdades mentais e físicas, gerindo empresas e podendo até exercer altos cargos, como o da Presidência da República.

Conclui-se então, que o novo entendimento do Superior Tribunal de Justiça demonstrou a prosperidade em relação a sua inaplicabilidade, acreditando que em futuras decisões sejam aceitas a celebração de pacto antenupcial ou até mesmo sua revogação.

²⁹ STJ. Recurso Especial: EREsp 1.623.858-MG. Relator: Ministro Lázaro Guimarães. Dje 30/05/2018. STJ, 2018. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201602318844.REG.>> Acesso em: 28 de setembro de 2019.

6 CONCLUSÃO

Conclui-se que o instituto do casamento é um dos mais antigos do Código Civil. Isso, pois, a relação conjugal entre duas pessoas vem desde os primórdios e trás consigo a necessidade de regulamentar e garantir a proteção dos nubentes em todos os aspectos.

Como forma de proteção, vieram os regimes de bens, os quais tratam e garantem a segurança do patrimônio na vigência do casamento. Vimos que o nosso ordenamento jurídico atual escolheu o regime da comunhão parcial de bens como o regime supletivo, ou seja, caso não exista pacto antenupcial, os bens adquiridos na constância do casamento serão objeto de partilha no caso de divórcio, enquanto os bens adquiridos anteriormente ao casamento são particulares de cada um.

O regime da comunhão universal de bens funciona como uma única esfera, sendo assim, após a celebração do casamento, todos os bens anteriores e posteriores ao casamento formarão um único montante, sendo partilhados de forma igual no caso de dissolução conjugal; enquanto o regime da separação convencional tem seus efeitos de forma oposta ao anterior, dessa forma o casal terá sua independência patrimonial, cada um com seus bens particulares.

O regime da participação final dos aquestos é um regime híbrido, com efeitos da separação de bens na vigência do casamento e da comunhão parcial no fim, criado para aqueles que buscam maior liberdade para movimentar seu patrimônio na constância do casamento.

Por fim, o regime da separação obrigatória ocorre por imposição legal, não sendo escolhido pelos nubentes, como forma de proteção a direitos patrimoniais das pessoas elencadas no rol do artigo 1.641 do Código Civil e para evitar o enriquecimento ilícito.

O novo Código Civil não contemplou o texto do artigo 259 da legislação anterior, sendo certo que esse dispositivo originou a edição da Súmula 377 do STF, não faz mais sentido manter texto tão ultrapassado, tendo em vista que a sociedade passou por uma constante evolução e modernização.

Dessa forma, o Verbete se tornou inaplicável e antiquado para a atual época em que vivemos, pois muita coisa mudou tanto no nosso ordenamento jurídico com a chegada do novo Código Civil, quanto em nessa sociedade, que acabam tendo seus direitos reconhecidos pelas decisões dos Tribunais Superiores.

Para concluir e resolver o presente tema, acreditamos que o regime da separação obrigatória é necessário e virtuoso para o equilíbrio e bem estar patrimonial daqueles que encontram os empecilhos previstos no artigo supra.

Porém, a Súmula contraria a vontade desse regime, razão pela qual deveria ser reconhecido o direito de pactuar o regime da separação convencional de bens. Na verdade, a busca não é alterar o regime legal por outro menos protetor, como o da comunhão, e sim, um verdadeiro regime da separação de bens garantido pelo exercício do Princípio da Autonomia das Partes, afastando os efeitos da Súmula 377 do STF.

Como vimos o próprio Superior Tribunal de Justiça recentemente reconheceu a necessidade de comprovação do esforço comum onerosamente para ocorrer a partilha dos bens. Tudo indica que a Súmula é incompatível com o novo Código Civil e a atual sociedade, devendo deixar de ser aplicada para que ocorra uma verdadeira separação de bens como está previsto na própria lei. Não faz sentido uma decisão contrária a lei estar em uso e, nem mesmo, ser aceito o pacto antenupcial para que ocorra a aplicação do texto legal, garantindo que os nubentes estipulem em favor de seu patrimônio.

Para finalizar, pensamos que deva ocorrer em um primeiro momento, o reconhecimento do pacto antenupcial nos casos em que os nubentes busquem afastar os efeitos do Verbete e manter o regime da separação convencional pelo nosso Superior Tribunal de Justiça, embasando tal entendimento pelo exercício da autonomia da vontade das partes. Em um segundo momento, acreditamos que o Supremo Tribunal Federal deva revogar sua Súmula 377 por não atender os requisitos previstos na atual Lei, garantindo que nos casos da separação obrigatória, ocorra uma verdadeira separação de patrimonial e não mais uma comunhão de bens.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Institui o **Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1º de jan. de 1916.

_____. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 de jan. de 2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: EREsp 1.623.858-MG. Relator: Ministro Lázaro Guimarães. Dje 30/05/2018. STJ, 2018. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201602318844.REG.>> Acesso em: 28 de setembro de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 377**. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. Sessão Plenária de 03/04/1964. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4022>. Acesso em 28 de setembro de 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**, v. 6. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito Civil, v. 6**. 7. Ed. São Paulo, Saraiva, 2017.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil, 3 esquematizado: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. **Direito Civil: família**, 2. ed. São Paulo: Forense, 2018.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.

TARTUCE, Flávio. **Da possibilidade de afastamento da súmula 377 do STF por pacto antenupcial**. (25 de maio de 2016). Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104.MI239721,61044-Da+possibilidade+de+afastamento+da+sumula+377+do+STF+por+pacto+antenupcial>>. Acesso em: 22 de setembro 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual do Direito Civil: volume único**. 5 ed. São Paulo: Método, 2014.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997.