

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”  
CENTRO UNIVERSITÁRIO “EURÍPIDES DE MARÍLIA” – UNIVEM  
CURSO DE DIREITO

**THAYSA NUNES BARBIERO**

**O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS E A SÚMULA  
377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

MARÍLIA  
2012

THAYSA NUNES BARBIERO

O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS E A SÚMULA 377  
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação “Eurípides Soares da Rocha” mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador:  
Prof. Roberto Brianezi de Lima

MARÍLIA  
2012

BARBIERO, Thaysa Nunes

O regime da separação obrigatória de bens e a súmula 377 do supremo tribunal federal./ Thaysa Nunes Barbiero; orientador: Roberto Brianezi de Lima. Marília, SP: [s.n.], 2012.  
53f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2012.

1. Casamento 2. Regime de Bens 3. Súmula 377 do STF

CDD: 342.16



**Thaysa Nunes Barbiero**

RA: 43189-3

O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS E A SÚMULA  
377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 10,0

ORIENTADOR(A):

  
Roberto Brianezi de Lima

1º EXAMINADOR(A):

  
Luciano Henrique Diniz Ramires

2º EXAMINADOR(A):

  
Luciano Braz da Silva

Marília, 09 de outubro de 2012.

*Dedico este trabalho a Deus que nos deu a vida e me deu a possibilidade de fazê-lo;  
Aos meus familiares que me ajudaram nos momentos em que mais precisei,  
À minha mãe, meu pai, minhas avós e meu namorado, pessoa a qual devo este trabalho.  
Que Deus os abençoe!*

## AGRADECIMENTOS

*Venho por meio desta, demonstrar meu profundo agradecimento a todos que contribuíram para que a realização deste trabalho fosse possível, de todas as formas, em especial:*

*Ao Professor Roberto Brianezi de Lima, pelo auxílio dispensado durante toda a orientação, que aliados à sua experiência, conhecimento e profissionalismo foram primordiais para execução do presente trabalho.*

*Ao Douglas Lisboa Frota Bernardes de cujas ideias muito me valeram na criação deste trabalho e sem as quais não poderia tê-lo começado;*

*Aos meus pais pelo apoio, pelo eterno orgulho de nossa caminhada, pela compreensão, ajuda, e, em especial, por todo o carinho ao longo deste percurso.*

*“Deus mudou o teu caminho até juntares com o meu e guardou a tua vida  
senarando-a para mim. Para onde fores irei; onde tu repousares  
repousarei. Teu Deus será o meu Deus. Teu caminho o meu será.”*  
*(Rute 1:16,17)*

BARBIERO, Thaysa Nunes. **O regime da separação obrigatória de bens e a súmula 377 do STF**. 2012. 54 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, Marília, 2012.

## RESUMO

A presente monografia tem como objeto de estudo “O regime da separação obrigatória de bens e a Súmula 377 do STF”. No nosso ordenamento jurídico existem vários regimes de bens, tais quais: o regime da comunhão parcial de bens; o regime da separação de bens; entre outros, que podem ser escolhidos pelos nubentes por meio do pacto antenupcial, entretanto existe um regime que imposto por lei aos futuros nubentes que se enquadram nas hipóteses do artigo 1.614 do Código Civil, o qual é o regime da separação obrigatória de bens. De acordo com tal regime não há comunicação de bens entre os cônjuges, mesmo na constância do casamento. Entretanto muito se discute se de alguma forma esse artigo não afete os direitos constitucionais de liberdade, de igualdade, de direito a propriedade dos cônjuges garantidos pela Constituição Federal. Em meio a tudo isso, temos a Súmula 377 do STF que diz: “No regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. O uso de tal súmula tem se mostrado a melhor solução, e a mais justa, para a resolução de diversas situações conflitantes as quais são resultado da imposição legal sem a devida análise ao caso concreto.

**Palavras-chave:** Casamento. Regime de bens. Súmula 377.



BARBIERO, Thaysa Nunes. **O regime da separação obrigatória de bens e a súmula 377 do STF**. 2012. 54 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, Marília, 2012.

#### ABSTRACT

This present thesis has as object of study “The mandatory separation property system and the Stare Decisis 377 of the Supreme Court of Brazil”. In our Legal system there are several property systems, such as the partial community property system; the separation property system; among others which can be chosen by the betrotheds through an antenuptial agreement. However there is a system that is imposed by the law on the future betrotheds, who fit the hypothesis of Article 1.614 of Civil Code, which is the mandatory separation system. According to this system, there isn’t any property community between the spouses, even in the marriage duration. Nevertheless a lot has been discussed if anyway this Article doesn’t affect the constitutional rights of liberty, equality and spouses’ property guaranteed by the Constitution. Amidst all this, there is the Stare Decisis 377 of the Supreme Court of Brazil, which asserts: “In the legal separation property system, the properties acquired during the marriage are communicated”. The usage of such a Stare Decisis has proved the best solution, and the fairest, for the resolution of various conflicting situations which are results of legal imposition without the proper analysis to a particular case.

**Key-words:** Marriage; Property systems; Stare Decisis 377 of the Supreme Court of Brazil.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	10
CAPITULO 1 – DO CASAMENTO .....	12
1.1 Conceito .....	12
1.2 Lineamentos Históricos .....	13
1.3 Natureza Jurídica do Casamento .....	15
1.4 Princípios do Direito Matrimonial .....	17
1.5 Caracteres do Casamento .....	18
1.6 Fins do Casamento .....	20
CAPITULO 2 – DOS REGIMES DE BENS .....	22
2.1 Conceito .....	22
2.2 Do Pacto Antenupcial .....	23
2.3 Princípios Gerais .....	24
2.4 Tipos de Regimes de Bens .....	25
2.5 Regime da Comunhão Parcial .....	26
2.6 Dos Bens que se Excluem da Comunhão Parcial .....	27
2.7 Dos Bens que são Incluídos na Comunhão .....	29
2.8 Do Regime da Comunhão Universal .....	29
2.9 Bens Excluídos da Comunhão Universal .....	30
2.10 Do Regime da Participação Final dos Aquestos .....	31
2.11 Do Regime da Separação Total de Bens .....	33
2.11.1 Convencional .....	33
2.11.2 Regime da Separação Obrigatória de Bens .....	34
CAPITULO 3 – REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS.....	35
3.1 Conceito .....	35
3.2 Aplicação .....	36
3.3 Da Violação dos Preceitos Constitucionais .....	39
3.4 Comunhão dos Aquestos no Regime da Separação Obrigatória e a Súmula 377 do STF.	42
3.5 Implicações e Benefícios da Súmula 377 .....	45
CONCLUSÃO .....	50
REFERÊNCIAS .....	52

## INTRODUÇÃO

O casamento é uma instituição tradicional e secular. Existem varias definições para casamento, entretanto podemos citar a de Silvio Rodrigues (2008, p. 19):

“Casamento é um contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência.”

Hoje no nosso ordenamento jurídico o casamento é regido por normas cogentes e especiais contidas no Livro IV, Título I, Subtítulo I do Código Civil.

São requisitos para o casamento: a diversidade de sexos, a celebração na forma prevista em lei, nos termos do artigo 1.533 e seguintes do Código Civil, e o consentimento de ambos os nubentes.

O casamento que se tem identidade de sexos ,falta de celebração e de consentimento não é matrimônio; trata-se de um nada, como o ato nupcial realizado na ribalta entre atores, desempenhando um papel, sendo lícito a qualquer pessoa desconhecer de direito e de fato tal vínculo, que inexistente nenhum efeito produz, mesmo provisório. (DINIZ, 2002, p. 57).

Vê-se que o destino do patrimônio dos cônjuges rege-se pelo regime de bens escolhido entre ambos, este compreende uma das conseqüências jurídicas do casamento, cada um com uma finalidade. Eles são: comunhão parcial, comunhão universal, participação final nos aquestos, e a separação de bens. O regime de bens optado deve ser realizado por meio de um pacto antenupcial, no entanto os regimes da comunhão parcial e da separação obrigatória de bens não necessitam de tal formalidade.

“Tal é a importância do pacto antenupcial, tanta ressonância tem na vida familiar, interessando não só aos cônjuges como aos filhos e também a terceiros, que a lei exige escritura pública, a fim de cercá-lo de toda a solenidade.”(MONTEIRO, 2004, p.190).

Há um tipo de regime que é imposto a algumas pessoas por apresentarem condições especiais, é o regime da separação obrigatória de bens:

Art. 1641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:  
I – das pessoas que contraírem com inobservância das normas suspensivas da celebração do casamento;  
II – da pessoa maior de setenta anos;  
III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.

Entretanto, muito se discute se de alguma forma esse artigo não contraria princípios constitucionais, tais como o direito constitucional de liberdade dos cônjuges, o direito de propriedade, da isonomia, e da vedação do enriquecimento ilícito. Com isso vários

questionamentos foram surgindo e gerando dúvidas sobre a questão, se de fato é inconstitucional ou não.

Como observa Rodrigues:

O principio da incomunicabilidade dos aquestos teve sua rigidez entibiada pela ideia de que, entre os cônjuges, embora casados pelo regime da separação absoluta de bens, se estabelecia uma sociedade de fato, e os bens havidos em comum pertenciam à comunidade. (...) A questão foi ventilada no Supremo Tribunal Federal, embora a sua jurisprudência não fosse firme, nem constante, gerou ela a Súmula 377 daquela Egrégia Corte, nos seguintes termos:

No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. (RODRIGUES, 2002, p. 187 e 189).

A idéia, todavia é de que, mesmo estando casado sob o regime da separação obrigatória, durante o casamento estabelece-se, uma sociedade de fato entre os esposos, e os bens são adquiridos pelo esforço comum. A discussão dessa matéria nos tribunais, redundou na formulação pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula 377: 'no regime da separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento'. (VENOSA, 2006, p.345).

Então, como podemos conciliar o regime da separação obrigatória de bens com o entendimento contido súmula 377 do STF?

Essa pesquisa objetiva entende como se solucionaria situações onde houve aquisição de bens na constância do casamento em que vigia o regime da separação obrigatória de bens através do uso da Súmula 377, possibilitando que os esforços de ambos os cônjuges na construção do patrimônio do casal sejam reconhecidos. Para isso será feita uma análise da pacificação do uso da Súmula 377 nos casos concretos do regime da separação obrigatória de bens.

O método proposto para este trabalho é o hipotético-dedutivo, que consiste em apresentar um problema, formular uma hipótese, e testar esta hipótese. O problema será abordado de forma qualitativa. Quanto aos procedimentos técnicos, a pesquisa é bibliográfica e documental. Os dados foram coletados por meio da pesquisa bibliográfica e documental supracitada e a análise desses dados foi feita em forma de avaliação de resultados.

Os capítulos fazem uma evolução desde o casamento, estudando suas origens, princípios, regras e características, logo após é feito um estudo a respeito dos regimes de bens entre os cônjuges e em seguida o assunto é aprofundado no regime da separação total de bens e o uso da súmula 377 do STF.

## CAPÍTULO 1 – DO CASAMENTO

### 1.1 Conceito

O casamento é a base familiar, conseqüentemente do direito de família, é regulamentado pelo Código Civil a partir do artigo 1.511 ao 1.590, assim conceituado:

“Art. 1511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”

No casamento os contraentes se comprometem a cumprir com os seus deveres e responsabilidades a fim de constituir uma família legítima.

Há vários conceitos de casamento, neste trabalho serão citados conceitos de autores conhecidos entre a doutrina jurídica brasileira que nos farão compreender melhor este instituto.

Casamento tanto significa o ato de celebração do matrimônio como a relação jurídica que dele se origina: a relação matrimonial. O sentido da relação matrimonial melhor se expressa pela noção de comunhão de vidas, ou comunhão de afetos. O ato do casamento cria um vínculo entre os noivos, que a passam a desfrutar do estado de casados. A plena comunhão vida é efeito por excelência do casamento. São de tal ordem as sequelas de natureza patrimonial que não corre prescrição entre os cônjuges (CC 1.971). A imprescritibilidade cessa somente quando do divórcio. Além de estabelecer a sociedade conjugal e proceder a alteração do estado civil dos cônjuges, gera dois vínculos: (a) vínculos conjugal entre os cônjuges; (b) vínculo de parentesco por afinidade, ligando um dos cônjuges aos parentes do outro. Os pais de cada um dos noivos viram sogro e sogra do outro. Os parentes colaterais até o segundo grau (os irmãos) tornam-se cunhados. Cessado o casamento, o parentesco em linha reta (sogro, sogra, genro e nora) não se dissolve, vindo a gerar, inclusive, impedimento para o casamento (CC 1.521 D). Com o casamento os solteiros, viúvos ou divorciados adquirem a condição de casados. Dependendo do regime de bens, os cônjuges perdem a titularidade exclusiva do seu patrimônio, tornando-se co-proprietários dos próprios bens. Cabe um exemplo: ocorrendo o casamento pelo regime da comunhão universal de bens, perde o cônjuge a propriedade de seus bens particulares. Passa a haver um co-proprietário: o cônjuge. Em todos os demais regimes – com exceção do regime da separação voluntária de bens -, o que for adquirido a partir do casamento não pertence com exclusividade aos cônjuges, ainda que a aquisição tenha sido em nome próprio. (DIAS, 2011, p. 148 e 149).

Para Gonçalves (2009, p. 24 apud OLIVEIRA; MUNIZ, 1990, p. 121) um conceito a ser levado em conta sobre o casamento é: “o negócio jurídico de Direito de Família por meio do qual um homem e uma mulher se vinculam através de uma relação jurídica típica, que é a relação matrimonial. Esta é uma relação personalíssima e permanente, que traduz ampla e duradoura comunhão de vida.” E ressalta que o saudoso mestre paranaense esclareceu que o casamento é o negócio jurídico bilateral e que ele não utilizou a expressão “contrato” pois, no

Brasil tal palavra normalmente tem aplicação restrita aos negócios patrimoniais, onde se incluem os negócios de direito das obrigações.

O casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração físico-psíquica e a constituição de uma família.

Desse conceito depreende-se que o matrimônio não é apenas a formalização ou a legalização da união sexual, como pretendem Jemoto e Kant, mas a conjunção de matéria e espírito de dois seres de sexos diferentes para atingirem a plenitude do desenvolvimento de sua personalidade, através do companheirismo e do amor. Afigura-se como uma relação dinâmica e progressiva entre o marido e a mulher, onde cada cônjuge reconhece a prática necessidade da vida em comum, para, como diz Portalis, ajudar-se, socorrer-se mutuamente, suportar o peso da vida, compartilhar o mesmo destino e perpetuar sua espécie. (DINIZ, 2002, p. 40).

Venosa conceitua o casamento como sendo:

(...) centro do direito de família. Dele irradiam suas normas fundamentais. Sua importância como negócio jurídico formal, vai desde as formalidades que antecedem sua celebração, passando pelo ato material de conclusão até os efeitos do negócio que deságuam nas relações entre os cônjuges, os deveres recíprocos, a criação e assistência material e espiritual recíproca e da prole etc. (VENOSA, 2006, p. 25).

Rodrigues acredita ser o casamento um “contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regulamentarem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência.” (RODRIGUES, 2002, p. 19).

O casamento, portanto, pode ser considerado um contrato bilateral, onde se precisa da anuência de ambas as partes para concretizá-lo, entretanto, um contrato, o qual não é comum, onde regem normas especiais e cogentes que legalizam não só as relações sexuais entre o casal, bem como a comunhão de vida e espírito do casal, sendo o modo de formalizar a constituição da família legítima.

## 1.2 Lineamentos Históricos

Para que possamos entender melhor esse instituto precisamos nos voltar a suas origens e delineamentos históricos, pois como vamos ver o casamento nem sempre foi como nos dias atuais, passou por várias transformações e teve influências de culturas e crenças diferentes.

Embora seja importante a estrutura histórica da família nas civilizações mais antigas, como a egípcia, a assíria e a hebraica, nosso estudo jurídico deve

partir necessariamente do casamento romano, tendo em vista a origem do nosso Direito Civil. (...), a família romana não era necessariamente unida pelo vínculo de sangue, mas pela identidade de culto. Era um grupo numeroso formado por um ramo principal e ramo secundário, este formado por serviçais e clientes que conservavam sua unidade baseada na religião comum. Essa união religiosa se mantinha ao largo de muitas gerações. Nem a morte separava parte integrante deles. O pater exercia a chefia como orientador maior do culto dos deuses Lares, acumulando as funções de sacerdote, legislador, juiz e proprietário. Dele era o *jus puniendi* com relação aos integrantes da família.

A mulher romana apenas participava do culto do pai ou do marido, porque a descendência era fixada pela linha masculina. Durante a infância e a puberdade, era subordinada ao pai; após o casamento, ao marido. O pai tinha o direito de lhe designar um tutor ou marido para após sua morte. A viúva subordinava-se aos filhos e, na ausência destes, aos parentes próximos do marido falecido.

Nesse cenário, o matrimônio solene era o laço sagrado por excelência. Nessa modalidade de casamento, a *confarreatio* era uma cerimônia religiosa e levava essa denominação porque uma torta de cevada era dividida entre os esposos como símbolo da vida comum que se iniciava. Daí a origem do bolo de noiva. (VENOSA, 2006, p. 23 e 24).

Depreende-se que o casamento quando surgiu no direito romano, as famílias eram ligadas pela semelhança de culto, mantinha-se unida por muitas gerações. O pater era quem realizava as cerimônias e servia como julgador dos atos praticados pelos integrantes da família.

Além do casamento religioso, também era conhecida a *coemptio*. Essa forma de união do casal era uma modalidade da *mancipatio*, negócio jurídico formal utilizado para vasto número de negócios, a começar pela compra e venda (...). Consistia em uma venda da mulher por quem exercia o pátrio poder. Essa alienação era real a princípio, passando a ser ficta posteriormente. Por fim, outra possibilidade de união era o *usus*, pelo qual a mulher se submetia ao poder do marido decorrido um ano de convivência. Como os eventuais vícios de uma *mancipatio* em uma compra e venda podiam ser supridos pelo *usucapião*, os eventuais vícios da *coemptio* e até mesmo a falta dela podiam ser supridos pelo *usus*, ou seja, a vida comum ininterrupta por um ano (Arangio-Ruiz, 1973:488). Esses matrimônios denominados *cum manum* faziam com que a mulher perdesse toda relação e parentesco da família do pai, submetendo-se à família do marido, inclusive seu culto. (VENOSA, 2006, p. 23 e 24).

A partir desse momento na história, percebe-se que o casamento ganha cunho contratual, um contrato realizado entre famílias, em que a mulher era o objeto e se submetia a vontade do marido que exercia o pátrio poder.

Posteriormente, para assegurar herança que proviesse da família originária à mulher, buscou-se uma modalidade de convivência que não produzisse o efeito *cum manum*. Para isso, evitava-se a *coemptio* e impedia-se que o *usus* se completasse. A lei da XII Tábuas dispunha que para isso a mulher poderia ausentar-se do lar conjugal por três noites consecutivas em cada ano (*usurpatio trinoccii*). Em seguida, a lei reconhece o casamento *sine manu*,

sem qualquer outra exigência, nem mesmo de convivência. Essa modalidade de casamento, que desonera a mulher dos vínculos estreitos com a família do marido, passa a ocupar lugar predominante nos matrimônios a partir do período da República. Na época clássica, os casamentos cum manum passam a ser excepcionais, abolindo-se definitivamente o usus. A confarreatio ficou limitada a um reduzido número de pessoas, pois os aspirantes a altos cargos sacerdotais deveriam provir por nascimento dessa modalidade de casamento. (...) A natureza do vínculo do casamento romano desgarrado do sentido religioso original o aproxima do concubinato. Somente o Cristianismo transforma essa noção, ao considerar o matrimônio um sacramento. (VENOSA, 2006, p. 23 e 24).

Como se observa, a origem do casamento era para regulamentar as necessidades sexuais entre homem e mulher como meio de procriação, possuindo um caráter contratual entre as famílias, onde a mulher era totalmente subordinada ao homem, e com o tempo ela passou a adquirir direitos principalmente depois da concepção de casamento trazida pelo Cristianismo, onde os fins religiosos também se tornaram mais nítidos.

Por isso o Código Civil, ar. 1.567, ao conferir o exercício da direção da sociedade conjugal a ambos, não colocando qualquer dos cônjuges em posição inferior, teve tão somente a preocupação de harmonizar o interesse comum da família. Pois acrescenta que a função de dirigir a sociedade conjugal deve ser exercida em colaboração pelo marido e pela mulher, no interesse comum do casal e dos filhos. Desaparece, assim, a idéia de chefe de família, preconizada pelo art. 233 do Código Civil de 1916, que colocava a mulher em posição subalterna, que só foi atenuada pelo art. 240 do mesmo Código Civil, com redação da Lei n. 6.515/77, pelo qual a mulher passava a ser com o casamento, companheira, consorte e colaboradora do marido, nos encargos de família, cumprindo velar pela direção material e moral desta. (DINIZ, 2002, p. 130).

Antes da Constituição Federal de 1988, a chefia da sociedade conjugal era exercida pelo homem, sendo a mulher sujeita às suas decisões, entretanto com seu advento foi garantida a igualdade de direitos e obrigações entre os cônjuges, em seu artigo 226, § 5º: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

### **1.3 Natureza Jurídica do Casamento**

Os muitos estudiosos do Direito não conseguem chegar num consenso quando se trata de definir a natureza jurídica do casamento.

Alguns acreditam ser o casamento um simples contrato, com fins patrimoniais, tal como os contratos de direito privado.



A concepção clássica, também chamada individualista ou contratualista, acolhida pelo Código Napoleão e que floresceu no século XIX, considerava o casamento civil, indiscutivelmente um contrato, cuja validade e eficácia decorreriam exclusivamente da vontade das partes. (GONÇALVES, 2009, p. 24).

E ainda há os que dizem que o casamento é uma instituição de Direito de Família onde prevalece a vontade dos contraentes em aderi-la. “Para os adeptos desta teoria, quando as partes manifestam a vontade de contrair casamento e o celebram, assim o fazem por meio de um contrato, contudo, quando o Estado outorga o status de casados às partes, surge então a instituição.” (URBANEJO, 2010).

Portanto, trata-se de instituição em que os cônjuges ingressam pela manifestação de sua vontade, feita de acordo com a lei. Da razão pela qual, usando de uma expressão já difundida, chamei ao casamento contrato de direito de família, almejando, com essa expressão, diferenciar o contrato de casamento dos outros contratos de direito privado.

Como tal instituição interessa estreitamente ao Estado, é ela regida por normas cogentes; com efeito, o casamento é disciplinado por regras estritas, iniludíveis por acordo recíproco. Realmente, uma vez efetuado o casamento, dele decorrem direitos necessários, que a vontade das partes não podem afastar. Assim, por exemplo, realizado o enlace, as partes não podem afastar a vinculação ao dever de fidelidade ou à obrigação de mútua assistência, nem tampouco lhes permite a dissolução extrajudicial do vínculo. Todos os efeitos do casamento se manifestam automaticamente, impostos pela lei, que visa preservar sua estrutura a instituição do casamento. (RODRIGUES, 2008, p. 21).

Outros afirmam que o casamento é um contrato, mas um contrato de Direito de Família, com normas especiais e cogentes.

Nessa polêmica surgiu uma terceira concepção, de natureza eclética ou mista, que considera o casamento ato complexo, ao mesmo tempo contrato e instituição. Trata-se de um contrato especial, um contrato de direito de família. Nessa linha, afirma Carvalho Santos: “É um contrato todo especial, que muito se distingue dos demais contratos meramente patrimoniais. Porque, enquanto estes só giram em torno do interesse econômico, o casamento se prende a elevados interesses morais e pessoais e de tal forma que, uma vez ultimado o contrato, produz ele efeitos desde logo, que não mais podem desaparecer, substituindo sempre e sempre como que para mais lhe realçar o valor”. (GONÇALVES, 2009, p. 25 e 26).

Tal posicionamento parece ser o mais correto, na medida em que o casamento tem sim natureza contratual, entretanto rege-se pelas normas de direito de família, as quais são especiais e distinguem-se das normas meramente contratuais.

## 1.4 Princípios do Direito Matrimonial

O Direito é regido por inúmeros princípios que norteiam o legislador, embasam decisões e regem as relações entre as pessoas.

A palavra *princípio* é equívoca. Aparece com sentidos diversos. Apresenta a acepção de *começo*, de *início*. *Norma de princípio* (ou *disposição de princípio*), 1 p. ex., significa norma que contém o início ou esquema de um órgão, entidade ou de programa, como são as *normas de princípio institutivo* e *as de princípio programático*.<sup>2</sup> Não é nesse sentido que se acha a palavra *princípios* da expressão *princípios fundamentais* do Título I da Constituição. aí exprime a noção de «mandamento nuclear de um sistema»

As *normas* são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagens ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeterem-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem. Os *princípios* são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, «são -como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira -núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais». Mas, como disseram os mesmos autores, «os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em *normas-princípio* e constituindo preceitos básicos da organização constitucional». (SILVA, 1994, p. 02).

Os princípios são as bases do Direito, são premissas éticas que conduzem a aplicação e elaboração das leis, representam um entendimento pacificado do pensamento jurídico sobre todos os assuntos, é onde começa e termina o direito de alguém, são usados para preencher lacunas nas leis. E como todo determinado tema em direito é regido por um princípio, não seria diferente com o direito matrimonial que também possui princípios.

São três os princípios que norteiam o casamento:

- a) A livre união dos futuros cônjuges, pois o casamento advém do consentimento dos próprios nubentes, que devem ser capazes para manifestá-lo. Impossível é a substituição do consentimento dos contraentes, bem como a autolimitação de suas vontades pela condição ou por termo.
- b) A monogamia, pois, embora alguns povos admitam a poliandria e poligamia, a grande maioria dos países adota o regime da singularidade, por entender que a entrega mútua, só é possível no matrimônio monogâmico, que não permite a existência simultânea de dois ou mais vínculos matrimoniais contraídos pela mesma pessoa, punindo severamente a bigamia. P, ex., o nosso Código Civil, art. 1.521, VI, estatui: “Não podem casar as pessoas casadas”, com a violação dessa disposição legal, autoriza a norma que decreta a nulidade do casamento. Realmente, estabelece o Código Civil no art. 1.548, II, que “é nulo o casamento contraído por infringência de impedimento”, e que se aplique uma pena ao transgressor, como dispõe o Código Penal no seu art. 235: “Contrair alguém, sendo casado, novo casamento. Pena: reclusão de 2 a 6 anos”. Com isso, nossa ordem jurídica consagra a monogamia, cuja violação autoriza a aplicação de duas sanções: a nulidade do ato praticado e a pena ao violador.

c) A comunhão indivisa, que valoriza o aspecto moral da união sexual de dois seres, visto ter o matrimônio por objetivo criar uma plena comunhão de vida entre os cônjuges, que pretendem passar juntos as alegrias e os dissabores da existência (CC, art. 1.511). (DINIZ, 2002, p. 47).

Vê-se que se a instituição denominada casamento não seguir os princípios da livre união dos cônjuges, da monogamia e da comunhão indivisa, não podemos chamá-lo de casamento, pois o mesmo não o será, será ato não previsto em lei, não permitido em nosso ordenamento jurídico como referida instituição.

## 1.5 Caracteres do Casamento

O casamento por ser um instituto solene possui algumas características necessárias de constituição, entre elas se destacam:

a) A solenidade do ato nupcial: é para dar mais segurança a este ato que é tão importante que o casamento é cheio de regras e formalidades, garantem que o casamento não seja nulo ou inválido.

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 sua validade e enfatizar sua seriedade. O ato matrimonial é desse modo, envolvido numa aura de solenidade, que principia com o processo de habilitação e publicação dos editais, desenvolve-se na cerimônia em que é celebrado e prossegue no registro no livro próprio. Destaca-se a formalidade da celebração, presidida pelo representante do Estado que, depois de ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declara efetuado o casamento mediante palavras sacramentais (CC, art.535). As formalidades exigidas constituem elementos essenciais e estruturais do casamento, cuja inobservância tornam o ato inexistente. (GONÇALVES, 2009, p. 27).

Como diz Venosa: “A lei o reveste de uma série de formalidades perante a autoridade do Estado que são de sua própria essência para garantir a publicidade. Outorgando com isso, a garantia de validade do ato.” (2006, p. 27).

b) As normas que o regulamentam são de ordem pública:

Com o 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 a natureza permanente do homem, definidas em princípios insculpidos na Constituição Federal e nas leis civis. Por essa razão, malgrado a liberdade concedida à pessoa de escolher seu cônjuge, não é dado aos nubentes em discutir com o celebrante o conteúdo e a extensão dos seus direitos e deveres, nem impor regras sobre

a dissolução do vínculo ou reconhecimento de filho. (GONÇALVES, 2009, p. 26 e 27).

c) Exige diversidade de sexos: a nossa Carta Magna ainda não permite o casamento entre pessoas do mesmo sexo, apesar de ser algo muito discutido no mundo jurídico, o entendimento pacífico é de que não se devem casar pessoas do mesmo sexo.

O casamento tem como pilar o pressuposto fático de diversidade de sexo entre os nubentes (CC, art. 1.514). Se duas pessoas do mesmo sexo, como aconteceu com Nero e Sporus, convolarem núpcias, ter-se-á casamento inexistente, uma farsa. Absurdo seria admitir que o matrimônio de duas mulheres ou de dois homens tivesse qualquer efeito jurídico, devendo ser invalidado por sentença judicial. Se, porventura, o magistrado deparar com caso dessa espécie, deverá tão somente pronunciar sua inexistência, negando a tal união o caráter matrimonial. (DINIZ, 2002, p. 56).

d) Estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges: tanto o homem quanto a mulher ao se casarem assumem deveres e obrigações recíprocas que devem ser cumpridas, para que haja um casamento saudável conforme os ditames legais. Como explica Gonçalves:

Implica necessariamente união exclusiva, uma vez que o primeiro dever imposto a ambos os cônjuges no art. 1.566 do mencionado diploma é o de fidelidade recíproca. A aludida comunhão está ligada ao princípio da igualdade substancial, que pressupõe o respeito à diferença entre os cônjuges e a conseqüente preservação da dignidade das pessoas casadas. Em complemento dispõe o art. 1.565 do novo Código que, por meio do casamento, “homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.” (2009, p. 28)

e) Dissolubilidade: a nossa atual Constituição permite o divórcio, hoje por meio da Emenda Constitucional 66/2010 que modificou o parágrafo sexto do art. 226 da Constituição Federal foi facilitado o divórcio, não precisando mais dos prazos de separação judicial, ou de fato, para obtê-lo.

Art. 226: “§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.”

f) Liberdade de escolha do nubente: é permitido o direito de escolha do nubente, caso queira convalidar núpcias ou não, permite-se também escolher com quem irá casar-se o nubente, para isso há a necessidade do consentimento de vontade de ambos os cônjuges na hora da cerimônia, como diz o art. 1.535 do Código Civil:

Art. 1.535. Presentes os contraentes, em pessoa ou pelo procurador oficial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem se casar por livre e espontânea vontade, declarara efetuado o casamento, nestes termos: “De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, devo receberdes como marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados.”

No entendimento de Diniz:

Como o matrimônio repousa no mútuo consenso dos interessados, se houver ausência total de consentimento ter-se-á ato inexistente. Exemplificativamente: se um dos nubentes conservar-se indiferente a indagação do juiz, se um procurador investido de poderes gerais ad judicia ou ad negotia, mas sem os especiais para receber, em nome do outorgante, o outro cônjuge em matrimônio, comparece à cerimônia (em sentido contrário: RT, 420/167, que proclama nulidade do casamento realizado em tais condições); se a celebração se efetiva apesar de ter havido declaração negativa de um dos noivos; se um dos noivos se encontra em estado de demência que o priva de toda razão, desde que não esteja interditado, caso em que se tem casamento nulo, por incapacidade absoluta; se a embriaguez de um dos consortes lhe tira totalmente a consciência, não mais sabendo o que diz; se um dos noivos estiver sob hipnose, dado que não é consciente a resposta afirmativa ao juiz, pois diz o que o hipnotizador manda dizer. (DINIZ, 2002, p. 56 e 57).

Caso alguns desses caracteres não se efetive, o casamento pode ser declarado nulo, anulável ou inexistente dependendo do caso, tais como diversidade de sexos e liberdade de escolha dos nubentes.

Para que exista casamento válido e eficaz é necessário que se reúnam pressupostos de fundo e de forma. A diversidade de sexos é fundamental para sua existência, bem como o consentimento, ou seja, a manifestação de vontade. A ausência de um desses pressupostos induz a inexistência do ato, cujas consequências são as de nulidade em nosso sistema. Os vícios de consentimento, por aplicação da regra geral, tornam o negócio anulável. Há outros requisitos impostos pela lei cuja desobediência ocasionam sanções menos graves sem anular o ato, (...). (VENOSA, 2006, p. 28).

Como já dito é extremamente necessário que haja a presença de todos os requisitos supracitados para consolidação de um casamento sob pena de o mesmo obter um vício que possa ocasionar sua anulabilidade.

## 1.6 Fins do Casamento

A palavra fim advém da palavra finalidade que significa propósito, objetivo, destinação, será estudado qual é a finalidade do casamento, e quais são os objetivos que se pretende alcançar com este instituto tão importante e complexo.

São muitos os fins do casamento, cada doutrinador acredita ser um fim mais importante que o outro dependendo da corrente que segue.

Para Diniz (2002, p. 41) são sete os fins do casamento: a instituição da família matrimonial; a procriação dos filhos; a legalização das relações sexuais; a prestação do auxílio mútuo; o estabelecimento de deveres; a educação da prole; a atribuição do nome ao cônjuge.

Ela acredita não ser somente a procriação a única finalidade do casamento, nem a legalização das relações sexuais, mas um conjunto de todas as finalidades que torna o casamento o que realmente é.

Rodrigues já considera que são apenas três os fins do casamento: a disciplinação das relações sexuais; proteção da prole; e mútua assistência.

Por meio do matrimônio e estabelecendo a sociedade conjugal, propõem-se os cônjuges a se unirem para enfrentar o provir. Dentro dessa união satisfazem ao desejo sexual que é normal e inerente à sua natureza; a aproximação dos sexos e o natural convívio entre o marido e mulher, ordinariamente, suscitam o desenvolvimento de sentimentos afetivos recíprocos, dos quais o dever de se prestarem mútua assistência é mero corolário; da união sexual resulta a prole, cuja sobrevivência e a educação reclamam à atenção dos pais. Assim, aqueles fins do casamento estão intimamente ligados à natureza humana. (RODRIGUES, 2002, p. 23).

Compartilha dessa ideia também Venosa ao dizer que: “Conforme estabelecido tradicionalmente pelo Direito Canônico, o casamento tem por finalidade a procriação e educação da prole, bem como a mútua assistência e satisfação sexual, tudo se resumindo na comunhão de vida e de interesses.” (2006, p. 28).

Para Gonçalves, a principal finalidade do casamento é o estabelecimento da comunhão plena de vida:

Sem dúvida, a principal finalidade do casamento é estabelecer uma comunhão plena de vida, como prevê o art. 1.511 do Código Civil de 2002, impulsionada pelo amor e afeição existente entre o casal e baseada na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges e na mútua assistência. (GONÇALVES, 2009, p. 30)

Como pode-se ver a principal finalidade do casamento é a constituição da família, a criação dos filhos, a assistência recíproca de ambos os cônjuges, a comunhão de interesses e sentimentos, os quais formam o alicerce da sociedade.

## CAPÍTULO 2- DOS REGIMES DE BENS

### 2.1 Conceito

Com o casamento válido começa a vigorar o regime de bens entre os cônjuges, tal regime disciplinará as relações patrimoniais e econômicas de ambos os cônjuges, permitindo ou não a comunhão dos aquestos. Podendo o regime de bens ser optado pelos nubentes através de um pacto antenupcial, ou caso não optem por nenhum, vigorará o regime legal da comunhão parcial de bens, também pode ser imposto por lei como é o caso das pessoas que se encontram elencadas nos incisos do artigo 1.641 do Código Civil que diz:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:  
 I – das pessoas que o contraírem com a inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;  
 II – da pessoa maior de setenta anos;  
 III – de todos os que dependerem, para se casar, de suprimento judicial.

O pacto antenupcial é condicional ao casamento, pois passa a vigorar com a sua efetivação e deve seguir os termos do parágrafo único do artigo 1.640 do Código Civil para ter provimento:

Art. 1640: Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este Código regula. Quanto à forma, reduzir-se-à a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura publica, nas demais escolhas.

Como entende Diniz:

De forma que o regime matrimonial de bens é o conjunto de normas aplicáveis às relações e interesses econômicos resultantes do casamento. É constituído, portanto, por normas que regem as relações patrimoniais entre marido e mulher, durante o matrimônio. Consiste nas disposições normativas aplicáveis à sociedade conjugal no que concerne aos seus interesses pecuniários. Logo, trata-se do estatuto patrimonial dos consortes. (P. 145).

Segundo Gonçalves (2009, p. 396), o regime de bens pode ser definido como um conjunto de regras que disciplinam as relações econômicas entre os cônjuges para eles e com relação a terceiros, no transcorrer do casamento. Regulando em especial a administração e o domínio dos cônjuges sobre os bens adquiridos na constância do casamento e dos anteriores a ela.

Para Venosa, o regime de bens entre os cônjuges é compreendido como uma das consequências jurídicas do casamento:

Desse modo, o regime de bens entre os cônjuges compreende uma das consequências jurídicas do casamento. Nessas relações, devem ser

estabelecidas as formas de contribuição do marido e da mulher para o lar, a titularidade e administração dos bens comuns e particulares e em que medida esses bens respondem por obrigações perante terceiros. (VENOSA, 2011, p. 323).

No ordenamento jurídico brasileiro existem quatro regimes de bens, eles são: regime da comunhão parcial de bens; regime da comunhão universal de bens; regime da separação final dos aquestos; regime da separação total de bens (este pode ser convencional ou obrigatório).

Podem ser escolhidos por meio de pacto antenupcial os regimes da comunhão universal de bens, da separação final dos aquestos e da separação total de bens convencional. O regime da comunhão parcial é o chamado regime legal não precisa de pacto antenupcial para ser escolhido, caso não haja opção por outro regime o que vigorará será este.

Ainda há o regime da separação total de bens obrigatório, como dito anteriormente este regime se aplicará para as pessoas que se encontram elencadas nos incisos do art. 1.641 do Código Civil, não é opcional, como o próprio nome diz, ele é imposto por lei e dificilmente poderá ser alterado.

## **2.2 Do Pacto Antenupcial**

É por meio do pacto antenupcial que os nubentes escolhem seu regime de bens, ele deve seguir a forma do parágrafo único do artigo 1640 do Código Civil, deve ser feito por meio de escritura pública e levado a registro pelo oficial do registro de imóveis do domicílio dos cônjuges para ter validade entre os nubentes e para terceiros, de acordo com o art. 1.657 do Código Civil. Por isso ele é solene.

Ele é condicional como já dito, pois, depende do casamento válido para gerar seus efeitos. Para ser feito é necessária a mesma capacidade exigida para as pessoas que vão se casar, ou seja, dezesseis anos no mínimo e com o consentimento e a assistência dos pais.

O pacto antenupcial como diz Gonçalves, vai caducar no momento em que um dos cônjuges falecer ou se casar com outra pessoa, sem necessidade de intervenção judicial. (2009, p. 420).

Proclama, efetivamente, o art, 1.653 do Código Civil: “é nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento”. Afora, portanto, a hipótese da adoção do regime da comunhão parcial, que a lei presume, como foi dito, ter sido escolhido pelas partes quando estas nada



convencionarem, a escolha de qualquer outro regime de bens depende de ajuste entre os nubentes no pacto antenupcial.

A capacidade para a celebração da aludida convenção é a mesma exigida para o casamento. Os menores necessitam do consentimento dos pais para casar e da assistência deles para celebração da convenção antenupcial. O consentimento para o casamento não dispensa a intervenção do representante legal para a celebração do aludido pacto. A sua eficácia, quando “realizado por menor, fica condicionada a aprovação de seu representante legal, salvo as hipóteses de regime obrigatório de separação de bens” (CC, art. 1.654). Dispõe o art. 1.537 do Código Civil que “o instrumento da autorização para casar transcrever-se-á integralmente na escritura antenupcial.” (GONÇALVES, 2009, p. 420).

O pacto antenupcial possui natureza contratual, podendo as partes estipularem livremente suas cláusulas contanto que estejam de acordo com as leis e com os bons costumes. Não podem as partes estipular algo como renúncia de direitos conjugais e do poder familiar. Nesse sentido as normas que regem o Direito de Família são normas cogentes, de ordem pública:

“Assim, exemplificativamente, nenhum valor terão as cláusulas que dispensem os cônjuges do dever de fidelidade, coabitação, mútua assistência, sustento e educação dos filhos e exercício do poder familiar.” (GONÇALVES, 2009, p. 421).

Tal pacto possui natureza acessória em relação ao casamento como diz Gonçalves, portanto se este for dissolvido, invalida-se aquele, entretanto o contrário não acontece, a nulidade do pacto não invalida o matrimônio. O vício de uma cláusula também não invalida o pacto por inteiro, mantendo-se as cláusulas que não contrariam a ordem pública. (2009, p. 421 e 422).

## 2.3 Princípios Gerais

São quatro os princípios que regem o regime de bens entre os cônjuges: o da variedade de regime de bens; da liberdade dos pactos antenupciais; da mutabilidade justificada; e da imediata vigência do regime de bens.

1) Da variedade de regime de bens: é devido aos vários regimes de bens que a lei oferece para a livre escolha dos nubentes, “ visto que a norma não impõe um só regime matrimonial aos nubentes, pois oferece-lhes quatro tipos diferentes: o da comunhão universal; o da comunhão parcial; o da separação; e o da participação final dos aquestos.” (DINIZ, 2002, p. 145).

2) Da liberdade dos pactos antenupciais: o próprio Código Civil diz em seu art. 1.639 que “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”. Não esqueçemo-nos também do parágrafo único do art. 1.640 que estatui “poderão os nubentes no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este Código regula”.

“Podem os nubentes, assim, como já referido, adotar um dos regimes modelo mencionados, como combiná-los entre si, criando um regime misto, bem como eleger um novo distinto.” (GONÇALVES, 2009, p. 405).

3) Da mutabilidade justificada: esse princípio substitui o antigo princípio da imutabilidade do regime de bens do Código Civil de 1916. Hoje, para se modificar o regime de bens vigente é necessário seguir os pressupostos do parágrafo segundo do art. 1.639 do Código Civil que diz: “§ 2.º É admissível a 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.”

“O regime de bens que antes era inalterável, afora pequenas exceções introduzidas jurisprudencialmente, pode hoje ser modificado mediante decisão judicial, a requerimento de ambos os consortes.” (DINIZ, 2002, p. 152).

4) Da imediata vigência do regime de bens: “Nenhum regime matrimonial poderá iniciar-se em data anterior ou posterior a do ato nupcial, pois, por imposição legal, começa a vigorar a partir do dia das núpcias.” (DINIZ, 2002, p. 152).

Sendo tais princípios de suma importância para entender como escolher o regime de bens vai reger o patrimônio do casal, como podemos modificá-lo e quando passar a ter vigência.

## **2.4 Tipos de Regimes de Bens**

Como já dito, existem vigorando no Brasil quatro tipos de regimes de bens diferentes: o da comunhão parcial de bens; da separação total de bens (convencional e obrigatória); da comunhão universal de bens; e da participação final dos aquestos.

## 2.5 Regime da Comunhão Parcial

É também chamado de regime legal, é usado quando os nubentes se omitem na escolha do regime de bens, não fazem pacto antenupcial.

“O regime legal da comunhão de aquestos é, como vimos, o que advém da falta, ineficácia ou nulidade do pacto antenupcial, que determina o regime preferencial dos nubentes, caso em que a lei intervém, fazendo prevalecer sua vontade (CC, art. 1640).” (DINIZ, 2002, p. 152).

Esse regime consiste na comunhão dos bens adquiridos na constância do casamento, excluindo-se dessa comunhão os bens que os cônjuges já possuíam ao se casar, os subrogados destes, e os que venham a adquirir por causas anteriores e que nada tem a ver com matrimônio.

Assim são incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento (art. 1.661). Desse modo, se o consorte firmará compromisso de compra e venda de imóvel antes do casamento, esse bem não se comunica, ainda que a escritura definitiva seja firmada após, salvo se houver prova de que houve contribuição financeira do outro cônjuge após o casamento. (VENOSA, 2011, p. 335).

O art. 1.661 do Código Civil diz: “São incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento”.

Para Rodrigues o conceito do regime de comunhão parcial de bens é:

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 futuro. (2008, p. 178).

Venosa acredita que no regime da comunhão parcial formam-se três massas patrimoniais: os da mulher e os do marido trazidos antes do casamento e os bens comuns, adquiridos após o matrimônio. (2011, p. 335).

Assim dispõe o artigo 1.658 do Código Civil:

“Art. 1.658. No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes.”

Esse regime, ao prescrever a comunhão dos aquestos, estabelece uma solidariedade entre os cônjuges, unindo-os materialmente, pois ao menos parcialmente seus interesses são comuns, permitindo, por outro lado, que cada um conserve como seu aquilo que já lhe pertencia no momento da realização do ato nupcial. Assim, esse regime, além de frear a dissolução da

sociedade conjugal, torna-a mais justa a divisão dos bens por ocasião da separação judicial. (DINIZ, 2002, p. 152).

O referido regime de bens é o mais comum entre os brasileiros, isso devido sua fácil escolha, e por ser, para muitos, o mais justo, somente comunicando os bens adquiridos na constância do casamento, os que realmente tiveram esforços conjuntos do casal para serem adquiridos.

## 2.6 Dos Bens que se Excluem da Comunhão Parcial

O artigo 1.659 do Código Civil proclama quais são os bens que se excluem da comunhão parcial:

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;

II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;

III - as obrigações anteriores ao casamento;

IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;

V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;

VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;

VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

*I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar.* Essa é a hipótese em que se caracteriza a herança e a doação como exemplifica Rodrigues:

Figure-se o exemplo do nubente, herdeiro necessário, cujo ascendente é vivo por ocasião do casamento. Embora a legítima a que terá direito por morte de ascendente não passe de uma expectativa de direito, a causa de sua aquisição, pela subsequente morte daquele, constitui uma perspectiva cuja probabilidade de ocorrer é imensa. Ademais, trata-se de causa de ganho anterior ao casamento.

O mesmo se poderá dizer da doação, embora no caso os argumentos se apresentem menos nítidos. Verdade, entretanto, é que se o doador ou testador quiser que a liberalidade beneficie o casal, e não apenas um dos cônjuges, fará a doação ou o legado em favor do casal (CC, art. 1.660, III).

Sob outro ângulo, veja-se a incomunicabilidade, por essa regra, dos bens adquiridos pelo cônjuge a título gratuito de terceiros (falecido ou doador). (2008, p. 179 e 180).

*II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares.* Se os bens adquiridos antes do casamento não se comunicam, os comprados com o dinheiro da venda daqueles também não, a não ser que o

outro cônjuge tenha contribuído para compra deste novo bem, neste caso só será incomunicável a parte que corresponde ao dinheiro adquirido com a venda do antigo bem, o restante será objeto da comunhão.

Os bens que substituem os bens particulares, os que a lei se refere como sub-rogados, também se excluem da comunhão. Para que se aplique o dispositivo, é necessário que o cônjuge ressalve essa sub-rogação no título aquisitivo e prove que de fato um bem substituiu o outro. A matéria tem pertinência no tocante aos imóveis, pois quanto aos móveis vigora a presunção do art. 1.662, no sentido de que foram adquiridos na constância do casamento. Não se exclui, em princípio, a sub-rogação dos bens móveis na espécie, mas sua prova é mais difícil. (VENOSA, 2011, p. 336).

III - *as obrigações anteriores ao casamento*. “As obrigações” nesse caso referem-se às dívidas também, contraídas antes do casamento, estas não se comunicam, contanto que não sejam provenientes dos aprestos com o casamento, ou que se reverteram em proveito do casal.

Como observa Diniz: “(...), hipótese em que a responsabilidade será pessoal daquele que as contraiu, que responderá, exclusivamente, com seus bens particulares ou com os que trouxeram para a sociedade conjugal.” (2002, p. 153).

IV - *as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal*.

O legislador procura aplicar, no campo civil, o salutar princípio de direito criminal de que a pena só pode castigar o criminoso. Se um dos cônjuges praticou ato ilícito, ele, e só ele, é quem deve responder. Assim, não se devem comunicar as obrigações provenientes de ato ilícito. (RODRIGUES, 2008, p.181).

V - *os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão*. De acordo com Rodrigues tais bens não se comunicam apenas pelo seu caráter pessoal.

Nesta abrangência, integram as jóias presenteadas por um cônjuge ao outro. Embora se possa pretender a exclusão também por serem doadas, se afastada essa característica, por exemplo, adquiridas em conjunto e sem um pretexto especial, também se constituirá liberalidade, derivada da afeição que ordinariamente ligava o casal. Porém, se as jóias representarem investimentos do casal, passam a se comunicar, pertencendo a metade a cada um no momento da dissolução do casamento. (2008, p. 182)

VI - *os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge*.

O produto do trabalho dos consortes e os bens com ele adquiridos não se comunicam. Sobre eles têm os cônjuges todos os poderes de gozo, disposição e administração, exceto no que concerne aos imóveis, cuja alienação requer outorga marital ou uxória. (DINIZ, 2002, p. 154).

VII - *as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes*.

## 2.7 Dos Bens que são Incluídos na Comunhão:

Seguindo essa linha de raciocínio se incluem na comunhão parcial e integram o patrimônio do casal os bens relacionados no art. 1.660 do Código Civil:

Art. 1.660. Entram na comunhão:

I – os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;

II – os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem concurso de trabalho ou despesa anterior;

III – os bens adquiridos em doação, herança ou legado em favor de ambos os cônjuges;

IV – as benfeitorias de bens particulares de cada cônjuge;

V – os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

Como assevera Venosa:

Esses dispositivos não apresentam maior dificuldade de entendimento. Será fato eventual, por exemplo, o prêmio de loteria. Por outro lado, os bens móveis presumem-se adquiridos na constância do casamento, salvo prova em contrário que o foram em data anterior (art. 1.662). A disposição fora introduzida no Código de 1916 pela Lei nº4.121/62, buscando dirimir polêmica a respeito. Portanto, há necessidade de descrição minuciosa dos bens móveis no pacto antenupcial, sob pena de serem reputados comuns. (VENOSA, 2011, p. 338).

Tal regime abrange bem mais do que somente os bens adquiridos durante a relação marital, como também um eventual prêmio de loteria; heranças e benfeitorias a favor de ambos os cônjuges; e os frutos dos bens particulares de cada cônjuge, adquiridos na constância do casamento.

## 2.8 Do Regime da Comunhão Universal

Esse é o regime em que se comunicam todos os bens presentes e futuros incluindo as dívidas dos cônjuges.

No aludido regime predominam 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 conjugal. Embora tudo quanto um deles adquirirem se transmita imediatamente, por metade, ao outro cônjuge, podem resistir, no entanto, bens próprios do marido e bens próprios da mulher. Exclui-se da comunhão o que a lei ou a convenção antenupcial especialmente mencionam. Inexistindo tal exclusão, não é permitido a um ou outro cônjuge apossar-se de qualquer dos bens comuns, privando o consorte de igual uso. Ambos,

todavia, compete defender a coisa possuída contra as vias de fato ou pretensões de terceiros. (GONÇALVES, 2009, p. 437).

Assim diz o artigo 1.667 do Código Civil: “o regime da comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte”.

Tal regime de bens, não é somente um bônus (onde se comunicam todos os bens já adquiridos, tanto antes do casamento como depois), como há um ônus na medida em que também se comunicam as dívidas de cada cônjuge, excluindo-se da comunhão apenas o que a lei ou o pacto antenupcial mencionar.

## 2.9 Bens Excluídos da Comunhão Universal

Nos termos do artigo 1.668 do Código Civil são excluídos da comunhão universal:

Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

- I – os bens doados ou herdados com cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;
- II – os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;
- III – as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;
- IV – as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com cláusula de incomunicabilidade;
- V – os bens referidos nos incisos de I a VII do art. 1.659.

Ao esclarecermos os incisos que possam causar confusão, veremos que o primeiro a ser estudado com mais profundidade é o segundo inciso.

*II – os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva.*

Na substituição fideicomissária existem dois beneficiários sucessivos. O primeiro fiduciário recebe a propriedade de bens que deve, por sua morte, ou a certo tempo, ou sob certa condição, transmitir ao fideicomissário.

O fiduciário é titular do domínio, mas seu domínio é resolúvel, enquanto o fideicomissário é apenas titular de um direito eventual, pois só adquirira o domínio se advier condição suspensiva.

O direito do fiduciário por isso que é resolúvel, não se comunica; o direito do fideicomissário, por isso que é eventual, também não se comunica, porque ao ordenamento jurídico é de alta conveniência estabelecer segurança nas relações sociais.

Contudo, se a propriedade se consolida nas mãos do fiduciário, em virtude da pré-morte do fideicomissário, ou se, com o advento da condição, os bens passarem para o patrimônio do fideicomissário, em ambas as hipóteses dá-se a comunicação. (RODRIGUES, 2008, p. 188).

*III – as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;*

Pelos débitos anteriores ao matrimônio, que não se comunicam, responde, exclusivamente, o devedor com os seus bens particulares ou com os bens que ele trouxe para a comunhão conjugal. Só com a dissolução do casamento, a meação do devedor responde pelos débitos contraídos antes das núpcias. Se o credor provar que as dívidas são oriundas de despesas com os aprestos do casamento, como aquisição de móveis, enxoval ou festa, ou que reverteram em proveito de ambos os consortes, com o dinheiro emprestado para comprar imóvel destinado à residência do futuro casal ou para a viagem de núpcias, ter-se-á a comunicabilidade. (DINIZ, 2002, p. 158 e 159).

Entende-se que as dívidas que cada consorte contraiu antes do casamento não deverão se comunicar, a não ser que estejam relacionadas aos prestos do casamento, e como aprestos se entende que são os preparativos para o matrimônio (gastos com a festa, compra de móveis para casa, entre outros). Entretanto, se as dívidas decorrerem de proveito comum, ou seja, a ambos favorecer, elas também se comunicarão.

*IV – as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com cláusula de incomunicabilidade.*

Na constância do casamento não cabem doações de um cônjuge ao outro, uma vez que o acervo patrimonial é comum a ambos. Só podem ser feitas quando envolverem os bens excluídos da comunhão (CC, arts. 544 e 1.668). e são vedadas também as doações que envolvam fraude ao regime da separação obrigatória. (GONÇALVES, 2008, p. 440).

Até mesmo as doações feitas antes do casamento se não possuírem essa cláusula acabam que os bens envolvidos se transmitam também ao outro cônjuge, por isso a necessidade da cláusula.

## **2.10 Do Regime da Participação Final dos Aquestos**

No regime da participação final dos aquestos, os bens dos cônjuges não se transmitem um ao outro, mesmo os adquiridos na constância do casamento, somente se transmitem com o fim do casamento os bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento.

Neste novo regime de bens há formação de massas de bens particulares incomunicáveis durante o casamento, mas que se tornam comuns no momento da dissolução do matrimônio. Na constância do casamento os cônjuges têm a expectativa de direito a meação, pois, cada um só será credor da metade do que o outro adquiriu, a título oneroso durante o matrimônio (CC, art. 1.672), se houver dissolução da sociedade conjugal. Há portanto dois patrimônios, o inicial que é o conjunto dos bens que possuía



cada cônjuge a data das núpcias e os que foram por ele adquiridos, a qualquer título, durante a vigência matrimonial (CC, art. 1.673), e ao final, verificável no momento da dissolução do casamento (CC, art. 1.674). (DINIZ, 2002, p. 162).

Art. 1.672 do CC: “No regime da participação final dos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, a época da dissolução da sociedade conjugal, direito a metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.”

A administração dos bens particulares cabe a cada cônjuge, podendo aliená-los se forem móveis (art. 1.673 do CC).

No pacto antenupcial que adotar esse regime poder-se-á convencionar a livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares do alienante (CC, art. 1.656). Se não houver convenção antenupcial nesse sentido, nenhum dos cônjuges poderá alienar ou gravar de ônus os bens imóveis (CC, art. 1.647, I) sem autorização do outro. (DINIZ, 2002, p. 163).

Bem lembra Monteiro que:

A administração exclusiva e a alienabilidade de bens não inclui a doação, que necessita de outorga conjugal, podendo o cônjuge lesado, ou mesmo seus herdeiros, reivindicar o bem doado sem a devida autorização, ou, então, requerer seu computo no monte partilhável, em valor da época da dissolução (art. 1.675). (2002, p. 231).

Assim diz o artigo 1.674 do Código Civil:

Art. 1.674. Sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal, apurar-se-á o montante dos aquestos, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios:  
I – os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram;  
II – os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade;  
III – as dívidas relativas a esses bens.

Portanto, com o fim do casamento os bens tidos como próprios, inclusive as dívidas relativas a esses bens, não farão parte do montante total de bens que será repartido entre os cônjuges. Nesse sentido, o artigo 1.677 CC., também diz que as dívidas contraídas por um cônjuge após o matrimônio, terão como responsável somente este cônjuge, a não ser que comprove que a dívida se reverteu em benefício do outro cônjuge.

## **2.11 Do Regime da Separação Total de Bens**

O regime da Separação Total de Bens se subdivide em Regime da Separação Total de Bens Convencional, que dispõem os artigos 1.687 e 1.688 do Código Civil, e Regime da Separação Total de Bens Obrigatório previsto no artigo 1.641 do Código Civil.

### **2.11.1 Convencional**

O regime da separação de bens para Rodrigues é aquele em que os cônjuges têm e preservam para si não só a propriedade de seus bens como a administração destes, podendo aliená-los a qualquer tempo, e possui responsabilidade pelas dívidas anteriores e posteriores ao casamento, não atingindo o casamento a esfera patrimonial dos cônjuges. (2008, p. 190 e 191).

Tal regime da separação de bens convencional é o que decorre de pacto antenupcial, provém de uma convenção entre as partes, não é imposto por lei.

Diz o Código Civil em seu artigo 1.687: "Estipulada a separação de bens, estes permaneceram sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real."

Portanto, existem dois patrimônios perfeitamente separados e distintos: o do marido e o da mulher. Há incomunicabilidade não só dos bens que cada qual possuía ao se casar, mas também dos que veio a adquirir na constância do casamento, havendo uma completa separação de patrimônio dos dois cônjuges. (DINIZ, 2002, p. 166).

Apesar de não se comunicarem os bens, ambos os cônjuges são obrigados a contribuir com as despesas do casal, na proporção de seus rendimentos, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial (CC, art. 1.688).

Muito se discute sobre a comunhão dos aquestos no regime da separação de bens convencional, o entendimento pacífico é de que se comprovado o esforço comum para aquisição dos bens, cada um responde na medida de sua contribuição e não de acordo com sua meação, tal entendimento é para se evitar o enriquecimento sem causa.

“Podem os nubentes convencionar a separação limitada, envolvendo somente os bens presentes e comunicando os futuros, os frutos e os rendimentos. Não haverá nesse caso diferença entre o regime da comunhão parcial.” (GONÇALVES, 2009, p. 448).

Esse regime de bens é escolhido por casais que não querem confundir seus patrimônios, evitando futuros desentendimentos para alienação ou aquisição de bens, uma vez que tais bens são administrados somente pelo cônjuge proprietário dos mesmos.

### **2.11.2 Regime da Separação Obrigatória de Bens**

O regime da separação obrigatória de bens é uma modalidade do regime da Separação Total de Bens e será abordado no capítulo seguinte.

## **CAPÍTULO 3- REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS**

O regime da separação obrigatória de bens decorre da lei, por isso é também chamado de regime legal. Ele será imposto a todos aqueles que estiverem nas situações elencadas do artigo 1.614 do Código Civil.

(...) o regime da separação obrigatória de bens é imposto por lei com finalidades diversas, a depender da hipótese retratada, tendo a finalidade protetiva a terceiros, em certos casos, como do viúvo que, sem fazer a partilha de bens do casamento anterior, tendo filhos, casa-se novamente, e, em outros, ao cônjuge que está presente no casamento celebrado com suprimento judicial, bem como naquele realizado além do limite legal de idade. (MONTEIRO, 2004, p. 219).

Como se vê, o regime da separação obrigatória de bens visa em sua essência à proteção dos nubentes em fins patrimoniais, entretanto, como será amplamente comentado, tal regime acaba por prejudicar os cônjuges.

### **3.1 Conceito**

É aquele imposto a todos aqueles que estiverem nas situações elencadas do artigo 1.614 do Código Civil.

Esse regime é obrigatório em decorrência de lei, por razões de ordem pública (uma forma de proteger os cônjuges) ou sanção (pelo fato de os cônjuges não terem cumprido o que dispõe o artigo 1.523 do Código Civil), “(...) com o escopo de proteger os bens de cada cônjuge em certas situações, ou por motivos de ordem pública, ou como forma de punição por infringência a certos impedimentos de menor relevância.” (RIZZARDO, 2006, p.54).

Para Maria Berenice Dias, o regime da separação obrigatória de bens é considerada uma sanção àqueles que descumprirem o ordenamento jurídico:

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

“obrigatória” (CC 1.647). Parece que a intenção do legislador é evitar qualquer possibilidade de entrelaçamento de patrimônios. (DIAS, 2011, p. 248).

Percebe-se que por melhores que sejam as intenções do legislador, o regime da separação obrigatória de bens, torna-se uma sanção aos cônjuges, que ao menos podem, como já dito, contratar sociedade entre si ou com terceiros.

### 3.2 Aplicação

Encontra-se no artigo 1.641 do Código Civil as pessoas as quais esse regime deverá ser imposto.

**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;

**III** - de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.

**I** – *das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento.* Esse inciso diz respeito às pessoas que descumpriram algum dos incisos do art. 1.523 do Código Civil que diz:

Art. 1.523. Não devem casar:

**I** - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

**II** - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

**III** - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

**IV** - o tutor ou o 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.

Nesse caso, para os que infringirem esses dispositivos, o supracitado regime de bens vem como uma sanção, e que protegerá os cônjuges de possíveis confusões patrimoniais.

No caso da viúva ou viúvo que tiver filho do cônjuge falecido enquanto não fizer o inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros, senão houver bens a inventariar, “não há que se falar em separação e bens (RJTJSP, 39:27); o mesmo se diga se demonstrar que não haverá prejuízo para o herdeiro”. (DINIZ, 2002, p. 167).

No inciso segundo, se a viúva antes do fim do prazo de dez meses der a luz a um filho ou provar a inexistência de gravidez, o regime da separação total de bens não será imposto ao novo casamento.

O divorciado do inciso terceiro “se provar a inexistência de dano patrimonial para o ex-cônjuge” também não sofrerá a incidência do regime da separação total de bens. (DINIZ, 2002, p. 162).

Com a comprovação de que não haverá prejuízo para a pessoa tutela ou curatelada no caso do inciso quarto, não vai haver a necessidade da imposição do regime.

Descabido, outrossim, impor o regime legal da separação de bens ao viúvo que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não tiver feito inventário e procedido à partilha (CC 1.523 I). Prevê a lei exclusivamente filhos comuns, sendo omissa com relação a existência de filhos somente do falecido. Porém, ainda nesta hipótese é necessário primeiro a liquidação do regime de bens, para que se delimite a meação do de cujus e sobre esse montante se dê a sucessão hereditária. De qualquer forma, a lei preserva o interesse dos filhos ao instituir hipoteca legal sobre os imóveis de seu genitor (CC 1.489 II). Presente essa cautela, excessiva mais uma apenação.

A ausência da partilha dos bens de matrimônio anterior (CC 1.523 III) também não justifica a imposição do regime da separação total no novo casamento, até porque dispensável é a previa partilha para a decretação do divórcio (CC 1.581). Nem mesmo a conversão da separação em divórcio estava condicionada à partilha. Como as questões patrimoniais não geram impedimento para o divórcio, não cabe obstaculizar novo matrimônio invocando exatamente a mesma motivação, ou seja, ausência de participação de bens. Ao depois, a hipoteca legal assegurada aos filhos sobre os imóveis dos pais, enquanto não feita a partilha, é instituída também no divórcio e não só quando o casamento se dissolve pela morte (CC 1.489 II).

Por construção jurisprudencial, a interrupção da vida em comum implica na cessação do estado de cotularidade do patrimônio constituído durante o período de convívio. Os bens adquiridos depois da separação passam a ser de propriedade exclusiva de quem os adquiri, não se comunicando com o cônjuge, independentemente do regime de bens ou da falta de dissolução do casamento. O acervo amealhado depois de separado o casal é de propriedade exclusiva de quem o adquiri, e é de todo irrelevante a ultimação da partilha para extremar com precisão a titularidade dos bens. Com a separação de fato passou a ter efeitos jurídicos, pondo fim à comunhão patrimonial, excessiva a cautela da lei. A separação de fato põe termo ao regime de bens e aos deveres do casamento, dentre eles o dever de coabitação e de fidelidade. Portanto, é possível a constituição de união estável mesmo que inexistente partilha de bens. Os cônjuges separados de fato estão desimpedidos para constituírem nova família. Ora, se quem está separado e não procedeu a partilha pode viver em união estável, cujo regime de bens é o da comunhão parcial, nenhuma justificativa há para impor limitações mais severas ao novo casamento. (DIAS, 2011, p. 249 e 250).

**II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos.** Impõe-se o regime da separação total para evitar que haja casamento por interesse patrimonial, devido à idade avançada do cônjuge, entretanto, “nessa hipótese, suceder união estável de mais de dez anos consecutivos ou da qual tenham nascido filhos, não se aplica a regra, podendo os nubentes, de acordo com o art. 45 da Lei n. 6.515, escolher livremente o regime matrimonial de bens.” (DINIZ, 2002, p. 168).

Maria Berenice Dias entende que a imposição do regime da separação obrigatória de bens no caso dos idosos é mais uma sanção do que proteção, não dando a oportunidade do maior de 70 anos comprovar sua total capacidade mental e conhecimento da situação, mostrando que não estava enganado, para poder optar pelo regime de bens:

Das várias previsões que visão suspender a realização do casamento, nenhuma delas justifica o risco de gerar enriquecimento sem causa. Porém, das hipóteses em que a lei determina o regime da separação obrigatória de bens, a mais desarrazoada é a que impõe tal sanção aos maiores de 70 anos (CC 1.641, II), em flagrante afronta ao Estatuto de Idoso. A limitação de vontade, em razão da idade, longe de se constituir uma precaução (norma protetiva), se constitui em verdadeira sanção. (...)

Para todas as outras previsões legais que impõe a mesma sanção, ao menos existem justificativas de ordem patrimonial. Consegue-se identificar a tentativa de proteger o interesse de alguém. Mas, com relação aos idosos, há presunção *juris et de jure* de total incapacidade mental. De forma aleatória e sem buscar sequer algum subsídio probatório, o legislador limita a capacidade de alguém exclusivamente para um único fim: subtrair a liberdade de escolher o regime de bens quando do casamento. A imposição da incomunicabilidade é absoluta, não estando prevista nenhuma possibilidade de ser afastada a condenação legal. (DIAS, 2011, p. 248).

Maria Helena Diniz compartilha o mesmo entendimento, de que não tem sentido tal imposição legal, tendo em vista que o maior de setenta anos tem maturidade para tomar suas decisões:

Neste caso, impõem-se o regime da separação para evitar que o casamento se dê por interesse econômico. Mas não se pode olvidar que o nubente, que sofre tal *capitis diminutio* imposta pelo Estado, tem maturidade suficiente para tomar uma decisão relativamente aos seus bens e é plenamente capaz de exercer atos da vida civil, logo, parece-nos que, juridicamente, não teria sentido essa restrição legal em função de idade avançada do nubente. (DINIZ, 2002, p. 168).

**III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.** Nessa situação o regime da separação total de bens é imposto como uma forma de proteger o nubente que precisa de autorização para casar por não ter o discernimento suficiente para perceber o abuso alheio.

O suprimento judicial neste caso pode ser de idade e de consentimento. O primeiro é concedido pelo juiz aos nubentes menores de 16 (dezesesseis) anos que queiram se casar, pois a idade mínima para se casar é de dezesseis anos; o segundo é concedido aos nubentes entre dezesseis e dezoito anos que não conseguiram autorização dos pais para realizar o casamento, que é necessária para realização do casamento entre nubentes dessa idade, nos termos dos artigos 1.517 a 1.520 do Código Civil.

No caso de o noivo ter idade inferior a 18 anos, precisa da autorização de ambos os pais (CC 1.517). Negando qualquer dos genitores o consentimento,

pode o juiz suprir a ausência de autorização (CC 1.519). Essa é uma das hipóteses em que o casamento é celebrado mediante autorização judicial. No entanto, como o juiz supre o consentimento quando injustificável foi a negativa dos pais, acabam sendo punidos os noivos por uma resistência descabida dos genitores em concordar com suas núpcias. Assim, injusto o regime da incomunicabilidade dos bens, não havendo porque o Estado impor qualquer tipo de punição quando a própria justiça chancelou a realização do matrimônio. (DIAS, 2011, p. 249).

As pessoas as quais se enquadram nesses incisos do artigo 1.641, são pessoas cujo legislador buscou proteger seus patrimônios, ou porque presume-se não terem total discernimento para saber se o cônjuge está casando-se com ela para ter um benefício patrimonial, ou para não gerar confusão patrimonial, ou para evitar casamentos fundados exclusivamente no interesse econômico.

### 3.3 Da Violação dos Preceitos Constitucionais

Os princípios constitucionais norteiam nosso direito, são as bases para a formação e convicção dos pensamentos e das leis, pois todo modo de ver o direito emerge da nossa Carta Magna. Os princípios são imprescindíveis para chegarmos perto de um ideal de justiça.

O ordenamento jurídico positivo compõe-se de princípios e regras cuja diferença não é apenas de grau de importância. Acima das regras legais, existem princípios que incorporam as exigências de justiça e de valores éticos que constituem o suporte axiológico, conferindo coerência interna e estrutura harmônica a todo sistema jurídico.

(...) Os princípios são normas jurídicas que se distinguem das regras não só porque têm alto grau de generalidade, mas também por serem mandatos de otimização. Possuem um colorido axiológico mais acentuado que as regras, desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que condensam. Devem ter conteúdo de validade universal. Consagram valores generalizantes e servem para balizar todas as regras, as quais não podem afrontar as diretrizes contidas nos princípios. Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema e, como diz Celso Antonio Bandeira de Mello, violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um princípio mandamental obrigatório, mas a todo sistema de comandos. (DIAS, 2011, p. 58).

Como se pode ver as regras são submissas aos princípios constitucionais, não podendo aquelas ser contrárias a estes, porque iriam contrariar a própria constituição.

Nessa senda, existem os princípios constitucionais de direito de família, os quais não podem se distanciar da concepção de família atual. Para Dias apud Amaral, há onze princípios fundamentais que dizem respeito à organização e a proteção da família, da criança, do adolescente e do idoso:



(a) do reconhecimento da família como instituição básica da sociedade e como objeto especial da proteção do Estado (CF 226); (b) existência e permanência do casamento, civil ou religioso, como base, embora sem exclusividade, da família; (c) competência da lei civil para regular os requisitos, celebração e eficácia do casamento e sua dissolução; (d) igualdade jurídica entre os cônjuges (CF 226 § 5.º); (e) reconhecimento, para fins de proteção do Estado, da entidade familiar formada pela união estável de homem e mulher, assim como da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF 226 §§ 3.º e 4.º); (f) possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial pelo divórcio (CF 226 § 6.º); (g) direito de constituição e planejamento familiar, fundado no princípio da paternidade responsável, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o seu exercício (CF 226 § 7.º); (h) igualdade dos filhos, proibidas quaisquer designações discriminatórias (CF 227 §6.º); (i) proteção da infância, com o reconhecimento de direitos fundamentais à criança, ao adolescente e ao jovem, e responsabilidade da família, da sociedade e do Estado por sua observância (CF 227); (j) atribuição aos pais do dever de assistência, criação e educação dos filhos (CF 229); e (l) proteção do idoso (CF 230). (DIAS, 2011, p. 61 e 62).

O regime da separação obrigatória de bens vai de encontro a muitos desses princípios supracitados e a outros princípios constitucionais que também são afrontados por tal dispositivo, tais como o princípio da igualdade, da dignidade humana (DIAS, 2011, p. 250) e o direito de propriedade, máxime insculpidos, respectivamente, no caput e no inciso XXII do artigo 5º da Constituição Federal, e o que veda o enriquecimento ilícito.

Senão, vejamos, o princípio da igualdade norteia que:

“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”.

O legislador no momento de elaboração deste princípio previa o tratamento igualitário entre as pessoas em consonância com o ordenamento jurídico, vedando discriminações e diferenciações arbitrárias, portanto não se deve aceitar a diferenciação que o regime da separação obrigatória de bens faz no tratamento dos nubentes ao proibí-los de comunicar seus bens e tornar pleno seu casamento e suas vontades em todos os sentidos.

Podemos vislumbrar essa situação por meio de exemplo: Maria tem 16 anos e se casa por meio de suprimento judicial da autorização de seus pais, com João de 18 anos, ambos trabalham e ajudam no sustento da casa, entretanto não podem comunicar seus bens por meio de regime de bens, não podem sequer escolher o regime, sendo-lhes negado o princípio da liberdade dos pactos antenupciais. Neste caso, vê-se que a imposição legal não os beneficia, pelo contrário, somente os prejudica, tendo em vista que um casal jovem como este ainda vai

construir seu patrimônio, um com ajuda do outro. Deve os nubentes servirem-se das vias judiciais para tentar solucionar tal problema.

Fica ai evidenciado o tratamento distinto desnecessário e o enriquecimento ilícito de um dos nubentes, tendo em vista que seus bens adquiridos na constância do casamento não se comunicarão com o outro nubente, pertencendo no “papel” a apenas um deles, ambos vedados pela nossa constituição.

A aplicação da norma jurídica ao caso concreto é o principal papel do Poder Judiciário em sua atuação Jurisdicional; mas cabe também a todos os agentes públicos. É certo de que todos deverão dar às Leis uma interpretação que não permita o tratamento desigual entre pessoas, ou que ao menos, não permita o tratamento desigual não justificado entre pessoas. O interprete não poderá aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar desigualdades arbitrárias. De qualquer modo, o que se veda pelo mandamento constitucional são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois sempre haverá ocasiões em que o tratamento desigual será necessário. (KNAOCK, 2011).

Esse regime de bens além de ferir os princípios constitucionais elencados acima, no caso em que se aplica ao casamento de pessoa maior de setenta anos de idade, acaba por contrariar também o Estatuto do Idoso, na medida em que o Estatuto assegura proteção especial ao indivíduo maior de sessenta anos de idade, vedando de maneira expressa qualquer tipo de discriminação em razão da idade e do sexo. (KNAOCK, 2011). Depreende-se essa vedação, estando a mesma contida no artigo segundo do Estatuto do Idoso:

Art. 2º: O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-o, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Impor aos nubentes a punição do regime da separação obrigatória de bens tanto porque se casaram sem obedecer às causas suspensivas da celebração do casamento ou porque já estavam com mais de 70 anos, ou ainda porque casaram olvidando-se do suprimento judicial é de acordo com Dias apud Madaleno “ignorar princípios elementares de direito constitucional. Atinge direito cravado na porta de entrada da Carta Política de 1988, cuja tábua de valores coloca em linha de prioridade o princípio da dignidade humana.” (DIAS, 2011, p. 250).

Ainda nessa linha de pensamento, vejamos o caso de um casal que vive em união estável e desejam se casar, a Constituição Federal em seu artigo 226, parágrafo 3º diz “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.” Durante o período

em que o casal viveu em união estável, o regime de bens que vigorava era o da comunhão parcial, nos termos do artigo 1725 do Código Civil, entretanto caso venham a se casar, supondo que eles acabariam se enquadrando numa das hipóteses do artigo 1641 do Código Civil, e o regime que vigorará nesse relacionamento será o imposto por lei, o regime da separação obrigatória de bens.

Nesse caso, tal casal optaria não se casar, pois a lei, ao contrário do que diz a Constituição Federal não esta facilitando a conversão da união estável em casamento, pelo contrario, esta dificultando, uma vez que a partir do momento que este casal se casar não mais poderão comunicar os bens adquiridos na constância do casamento. Vê-se, portanto, mais uma situação em que o regime da separação obrigatória de bens viola preceito da Carta Magna.

Mais um exemplo de como o regime da separação obrigatória de bens fere o princípio da igualdade é o texto do artigo 977 do Código Civil onde proíbe aos cônjuges casados sob esse regime contratarem sociedade entre si ou com terceiros, sendo que no regime da separação de bens isto é permitido.

### **3.4 Comunhão dos Aquestos no Regime da Separação Obrigatória e a Súmula 377 do STF**

Sobre este tema, vários são os questionamentos levantados tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência sobre sua constitucionalidade.

A fim de se chegar ao atual entendimento jurisprudencial, que logo será abordado, houve uma evolução da jurisprudência, em que

(...) considerando que a convivência leva à presunção do esforço comum na aquisição de bens, procedeu à alteração do dispositivo legal que impunha o regime da separação obrigatória. Determinou a adoção do regime da comunhão parcial para impedir o locupletamento ilícito de um dos consortes em detrimento do outro. Nítido o conteúdo ético do enunciado, que de forma salutar assegura a meação sobre o patrimônio construído durante o matrimônio, gerando a impossibilidade da ocorrência de enriquecimento injustificado. (DIAS, 2011, p. 251).

Para que haja essa comunhão dos bens adquiridos na constância da sociedade conjugal também há a necessidade da comprovação da comunhão de esforços para a compra de bens, na manutenção da família, na administração do lar; mas tal comprovação é presumível tendo em vista que um casal estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de

direitos e deveres entre os cônjuges e seguindo as orientações do artigo 1.511 do Código Civil.

Pro conseguinte, e tendo em visa o que foi dito, mister se faz que o cônjuge que pleiteia participação no patrimônio, que acresceu ao do seu consorte, prove que concorreu para aquele acréscimo com seus recursos ou seu trabalho. Entretanto, uma vez feita essa prova, não há como negar a comunhão dos bens acrescidos, pois a ambos os cônjuges pertencem. (RODRIGUES, 2008, p. 193).

Tais questionamentos resultaram na Súmula 377, do Supremo Tribunal Federal, nossa corte suprema e guardiã da Constituição Federal de 1988, como segue transcrito:

“No regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Com a edição de tal Súmula, quis o STF, corrigir a inconstitucionalidade do artigo 258 do Código Civil, diante de ampla discussão doutrinária e jurisprudencial, pacificando o entendimento de que os bens adquiridos pelo casal, durante o matrimônio devem ser divididos igualmente.

No entanto, a comunhão de aquestos, desde que provada a conjunção de esforços, ou seja, a existência de sociedade de fato entre os cônjuges, tem apoio jurisprudencial. Assim, sob a inspiração do princípio que norteou a Súmula n. 380, a respeito do concubinato, a Súmula 377, sobre o regime da separação obrigatória, que veda o enriquecimento ilícito, se provado que o cônjuge casado pelo regime da separação convencional concorreu diretamente, com capital ou trabalho, para aquisição de bens em nome do outro cônjuge, é cabível a atribuição de direitos àquele consorte. Note-se que o posicionamento em sentido contrário fundava-se essencialmente na irrevogabilidade do regime de bens, que existia no Código Civil anterior e não mais existe no Código Civil de 2002. É evidente que a existência de sociedade de fato não se estabelece apenas em virtude da vida em comum, ou seja, pelo cumprimento de deveres que decorrem do casamento, sendo necessária a prova da contribuição efetiva, com recursos ou trabalho para a formação de patrimônio que resta somente em nome de um dos cônjuges. (MONTEIRO, 2002, p. 222).

Ao elaborar a súmula 377, o STF como dito tentou corrigir o equívoco do Código Civil de 1.916, entretanto este continuou incidindo no mesmo pecado, uma vez que o atual Código Civil traz as mesmas restrições não permitindo às pessoas elencadas no artigo 1641 do mesmo escolherem seu próprio regime de bens, tal como permite-se as outras pessoas. (NEGRÃO, 2011).

O legislador limitou-se a reproduzir dispositivo que existia no Código Civil anterior, não atentando que a justiça já o havia alterado. A restrição à autonomia da vontade, não admitindo sequer a comunhão dos bens adquiridos durante a vida em comum, levou o STF a editar a Súmula 377. Assim é justificado o seu enunciado: a interpretação exata da Súmula é no sentido de que, no regime da separação legal, os aquestos se comunicam

pelo simples fato de terem sido adquiridos na constância do casamento, não importando se resultaram, ou não, de comunhão de esforços.

A jurisprudência, considerando que a convivência leva a presunção do esforço em comum na aquisição de bens, procedeu à alteração do dispositivo legal que impunha o regime da separação obrigatória. Determinou a adoção do regime da comunhão parcial para impedir o locupletamento ilícito de um dos consortes em detrimento do outro. Nítido o conteúdo ético do enunciado, que de forma salutar assegura a meação sobre o patrimônio construído durante o matrimônio, gerando a impossibilidade da ocorrência de enriquecimento injustificado.

O Código não reproduziu o dispositivo da lei anterior, que determinava, no silêncio do pacto antenupcial, a comunicação dos bens adquiridos no casamento (CC/16 259): *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.* Em face da exclusão da norma, o Código atual simplesmente desprezou a orientação da justiça e derogou a súmula. Para determinar a repartição dos aquestos, passou a exigir a prova da efetiva colaboração na aquisição do patrimônio. Porém, a súmula não havia sido editada em razão de indigitada previsão legal. Seu fundamento é que a convivência leva à presunção do esforço comum na aquisição de bens. Procurou a justiça amenizar os efeitos nefastos da lei que pune quem desobedece à recomendação de não casar. (DIAS, 2011, p. 250 e 251).

Desta forma, a pacificação do uso da sumula 377, fará com que a percepção sobre a comunhão dos bens durante o casamento torne-se algo mais palpável no sentido de que será presumível o esforço comum de ambos os nubentes para aquisição de bens durante o casamento, não precisando este, ser comprovado, comunicando-se então os bens.

No mínimo, é imperioso reconhecer que, em qualquer das hipóteses de imposição do regime legal, a separação diz respeito aos bens presentes, e não aos futuros, obtidos na vigência do casamento. Alias, essa foi a lógica que inspirou a edição da súmula. O casamento gera plena comunhão de vidas (CC 1.511). Em decorrência do dever de mútua assistência (CC 1.566 III), os cônjuges adquirem a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família (CC 1.565). O casamento faz surgir verdadeiro vínculo de solidariedade (CC 265), não se justificando a vedação legal, sob pena de fomentar o locupletamento indevido de um em detrimento do outro. (DIAS, 2011, p. 251).

Contudo, nada impede os nubentes de ao adquirirem um bem, comprarem em nome de ambos, mas tal situação ainda não vem a consertar o erro do legislador, pois em muitos casos os casais são constituídos por pessoas simples, que na hora de adquirirem um bem pensam que esse se comunicará ao seu marido ou sua esposa, e quando por ventura acontece um divórcio descobrem que o imóvel pertence a um só deles, e nesse caso se não houver um acordo quanto à partilha desse imóvel, o cônjuge atingido terá que recorrer das vias judiciais para conseguir parte dele. Fica aí evidenciado a hipótese de enriquecimento ilícito, ou sem causa, vedado pela Constituição de 1988.

Sobre esse assunto, caso os nubentes comprem um bem em nome de ambos, estarão comprando-o em sociedade, o que não os impediria de comprarem bens com terceiros. Então, se a lei permite aos nubentes regidos pelo regime da separação legal a compra de bens com terceiros, porque não permitir que comprem em nome de um e transmita ao outro por meio do regime de bens? Tal constatação permite perceber mais uma quebra de princípio constitucional: o princípio da isonomia, no momento em que o artigo 1641 faz diferença entre os nubentes e terceiros.

### **3.5 Implicações e Benefícios da Súmula 377**

É evidente que o uso de tal súmula não só veio para corrigir uma desigualdade legal, como passara o regime da separação obrigatória de bens a ser regido pelas normas do regime da comunhão parcial de bens, pois é como se este estivesse vigente durante o casamento.

Para obviar essas distorções é que sobreveio a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, a qual, em última análise, estabelece as regras do regime da comunhão parcial para o de separação obrigatória, ou seja, determina a comunicabilidade dos bens adquiridos na constância do casamento sob a égide do regime da separação legal obrigatória. (NEGRÃO, 2011).

Tendo em vista essa situação, muitos cartórios de registro de imóveis, apesar de o casal estar casado no regime da separação obrigatória de bens, vêm exigindo do cônjuge que pleiteia alienar seu imóvel a outorga uxória do outro cônjuge. Os cartórios agem dessa forma para evitar possíveis futuras lides judiciais, uma vez que o uso da súmula 377 estabeleceu aos nubentes as mesmas regras do regime da comunhão parcial de bens, não podendo neste regime os nubentes alienarem seus bens imóveis sem a autorização de seu marido ou esposa (podendo a falta desta somente ser suprida judicialmente).

Outro benefício, é que o uso de tal súmula corrigiu parcialmente a violação dos preceitos constitucionais, tais eles como: princípio da igualdade, da dignidade humana e o direito de propriedade. Corrige parcialmente, pois, para que haja uma real mudança será necessário que o legislador atue em prol da causa e exclua definitivamente do código civil o regime da separação obrigatória de bens, ou modifique o artigo 1641, tornando obrigatório o regime da comunhão parcial de bens, que no epílogo, é o que acaba sendo realmente utilizado.

**APELAÇÃO CÍVEL. PARTILHA. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. SÚMULA 377 DO STF.**

Ainda que o casamento tenha sido celebrado pelo regime da separação obrigatória de bens (art. 258, parágrafo único, inc. I, do CC/16), é devida a partilha igualitária do patrimônio adquirido na sua constância, com base no

princípio da solidariedade e a fim de evitar a ocorrência de enriquecimento ilícito de um consorte em detrimento de outro. Aplicação da Súmula 377 do STF.

ALIMENTOS DEVIDOS À EX-CÔNJUGE. MENSURAÇÃO DO VALOR. BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE.

Impositiva a redução da verba alimentar arbitrada em primeira instância quando esta compromete a quase totalidade dos rendimentos auferidos pelo alimentante. Inteligência do art. 1.694, §1º, do Código Civil.

Apelo provido em parte.

APELAÇÃO CÍVEL

Nº 70019801034

M.A.P.

..

G.M.S.P.

..

SÉTIMA CÂMARA  
CÍVEL

COMARCA DE  
CANOAS  
APELANTE

APELADO

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em prover em parte o apelo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária (Presidente), os eminentes Senhores **DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS E DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES**.

Porto Alegre, 08 de agosto de 2007.

**DES.<sup>a</sup> MARIA BERENICE DIAS,**  
**Presidenta e Relatora.**

## RELATÓRIO

**DES.<sup>a</sup> MARIA BERENICE DIAS (PRESIDENTA E RELATORA)**

Trata-se de recurso de apelação interposto por MANOEL A. P. contra a sentença que, nos autos da ação de separação judicial litigiosa movida por GEORGINA M. S., julgou procedentes os pedidos para, entre outras deliberações: a) decretar a separação do casal; b) *determinar a partilha, na proporção de 50% para cada uma das partes, do imóvel devidamente matriculado no Registro de Imóveis sob o nº 4.680 (fl. 12) e dos bens móveis que guarneciam o lar, descritos às fls. 26 e 27. Todavia, enquanto não efetivada a partilha, os locativos e despesas referentes ao imóvel em questão deverão ser divididos, na proporção de metade para cada um dos separandos*; c) condenar o varão ao pagamento de alimentos à ex-cônjuge no valor correspondente a um salário mínimo mensal (fls. 134-8).

O apelante assevera que as partes celebraram casamento pelo regime da separação obrigatória de bens, e não pelo da comunhão universal de bens, consoante entendido pelo julgador monocrático. Dessa forma, resulta indevida a partilha dos bens descritos na inicial, porquanto inexistente prova de que tenha a apelada contribuído para a formação do patrimônio. Postula, ainda, a redução dos alimentos fixados em sentença, na ordem de um salário mínimo, para 15% dos seus rendimentos. Requer o provimento do apelo (fls. 140-3).

A apelada oferece contra-razões (fls. 147-52).

Subiram os autos a esta Corte.

A Procuradoria de Justiça lança parecer pelo conhecimento e parcial provimento da inconformidade, para o fim de estabelecer alimentos em 30% dos ganhos do recorrente (fls. 155-60).

As partes foram intimadas para manifestar expressamente sua concordância ou não com o decreto do divórcio nesta fase recursal, tendo apenas a virago exteriorizado o desejo de romper o vínculo conjugal (fls. 161-3).

Foi observado o disposto no art. 551, §2º, do CPC.

É o relatório.

## **V O T O S**

### **DES.<sup>a</sup> MARIA BERENICE DIAS (PRESIDENTA E RELATORA)**

Merece ser acolhida em parte a inconformidade.

As partes contraíram matrimônio em 22-01-1966 pelo regime da separação obrigatória de bens, sendo importante registrar que esse regime prescinde da realização de pacto antenupcial, motivo pelo qual nada consta a esse respeito nas certidões de casamento das fls. 10 e 144. Em 1977, foi adquirido o imóvel *sub judice* (fls. 12 e 46), constituindo incontroverso o fato de, posteriormente, terem as partes construído edificações sobre o referido terreno.

Portanto, não há dúvidas de que o terreno e as respectivas acessões constituem patrimônio amealhado na constância do matrimônio, de modo que incide no caso em tela a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal: *No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.*

A jurisprudência deste Tribunal é pacífica quanto à aplicação da referida Súmula aos casamentos celebrados pela separação obrigatória de bens, visando à incoerência de enriquecimento ilícito de um cônjuge em detrimento do outro e à justa e equânime partilha do patrimônio adquirido mediante o esforço comum, e que muitas vezes é registrado apenas no nome de um dos cônjuges. Assim, partilham-se os aqüestos considerando a comunhão de esforços existentes num casamento, excluídos os bens subrogados, doados ou percebidos por herança. Como a união é baseada no afeto, companheirismo e dedicação, revela-se despicienda a necessidade da prova da contribuição financeira por parte de qualquer dos cônjuges.

Sobre o tema, os precedentes desta Corte:

*APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. PARTILHA. SÚMULA 377 DO STF. NOME DE CASADA. De acordo com a Súmula 377 do STF, no regime da separação obrigatória de bens, comunicam-se apenas os aqüestos, restando afastados os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do relacionamento, por doação ou sucessão. Manutenção, no caso concreto, da sentença que determinou que a virago voltasse a usar o nome de solteira, pois a utilização do nome de casada deu-se por um curto período de tempo, não se verificando, assim, prejuízos para a sua identificação . RECURSOS IMPROVIDOS. (Apelação Cível Nº 70018511949, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 29/03/2007)*

*APELAÇÃO CÍVEL. PARTILHA. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. SÚMULA 377 DO STF. Ainda que o casamento tenha sido celebrado pelo regime da separação obrigatória de bens (inc. do art. 258, parágrafo único, inc. II do CC/16), impõe-se a partilha igualitária do patrimônio adquirido na sua constância, a fim de evitar a ocorrência de enriquecimento ilícito de um consorte em detrimento de outro. Impositiva a justa e equânime partilha*



*do patrimônio amealhado mediante o esforço comum, e que muitas vezes é registrado apenas no nome de um dos cônjuges. Aplicação da Súmula 377 do STF. Negado provimento ao apelo. (Apelação Cível Nº 70009641515, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 27/10/2004)*

Nessa mesma linha de entendimento, segue aresto do Superior Tribunal de Justiça:

*União estável. Dissolução. Partilha do patrimônio. Regime da separação obrigatória. Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes da Corte.*

*1. Não há violação do art. 535 do Código de Processo Civil quando o Tribunal local, expressamente, em duas oportunidades, no acórdão da apelação e no dos declaratórios, afirma que o autor não comprovou a existência de bens da mulher a partilhar.*

*2. As Turmas que compõem a Seção de Direito Privado desta Corte assentaram que para os efeitos da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal não se exige a prova do esforço comum para partilhar o patrimônio adquirido na constância da união. **Na verdade, para a evolução jurisprudencial e legal, já agora com o art. 1.725 do Código Civil de 2002, o que vale é a vida em comum, não sendo significativo avaliar a contribuição financeira, mas, sim, a participação direta e indireta representada pela solidariedade que deve unir o casal, medida pela comunhão da vida, na presença em todos os momentos da convivência, base da família, fonte do êxito pessoal e profissional de seus membros.***

*3. Não sendo comprovada a existência de bens em nome da mulher, examinada no acórdão, não há como deferir a partilha, coberta a matéria da prova pela Súmula nº 7 da Corte.*

*4. Recurso especial não conhecido. (REsp 736.627/PR, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 11.04.2006, DJ 01.08.2006 p. 436 – sem grifo no original)*

*Casamento. Separação obrigatória. Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes da Corte.*

*1. Não violenta regra jurídica federal o julgado que admite a comunhão dos aqüestos, mesmo em regime de separação obrigatória, na linha de precedentes desta Turma (Resp 208640/RS, Rel: Min. Carlos Alberto Menezes Direito, datada de 15/02/2001, Terceira Turma, publicada em 28/05/2001)*

Nesse passo, merece destaque o entendimento exposto pelo Superior Tribunal de Justiça, no primeiro julgado acima colacionado, em manifesta renovação da orientação contida na Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal - referente aos casamentos celebrados pelo regime da separação legal de bens -, agora embasada, não só no princípio da vedação do enriquecimento ilícito, mas também no princípio da solidariedade, que deve nortear as relações familiares.

Nesses termos, indemonstrada nos autos eventual sub-rogação, recebimento de herança ou doação a beneficiar o apelante, é de ser conferido à virago o direito à meação do terreno e das edificações sobre ele construída, mantendo-se a sentença nesse aspecto.

No que tange aos alimentos devidos à apelada, fixados em um salário mínimo, tem-se que devem ser reduzidos.

A necessidade alimentar da apelada é incontestada, tendo em vista que, durante os 38 anos de casamento, não desenvolveu qualquer atividade laborativa.

Portanto, hoje, afigura-se evidente a dificuldade de, aos 56 anos de idade ingressar no mercado de trabalho (fl. 10) .

O alimentante, por sua vez, conta 69 anos de idade (fl. 10) e tem possibilidades de contribuir para a manutenção da apelada, pois recebe pensão do INSS no valor de um salário mínimo e também auferia rendimentos decorrentes do aluguel de imóveis.

Contudo, no que tange a tais aluguéis, o juízo monocrático já determinou a divisão desses valores entre os consortes, de maneira que a manutenção da verba alimentar em um salário mínimo, arbitrada pelo juízo *a quo*, revela-se demasiadamente onerosa (art. 1.694, §1º, do diploma processual civil).

Ao depois, o filho do casal, embora já tenha atingido a maioridade, ficou sob os cuidados do recorrente. E, ao que tudo indica, a apelada está residindo reside em uma das casas edificadas sobre o terreno comum (fato não refutado em contra-razões de apelação).

Diante desse contexto, na esteira do parecer lançado pela Procuradoria de Justiça, fixam-se os alimentos no valor correspondente a 30% dos rendimentos do recorrente.

Por fim, deixa-se de decretar o divórcio das partes, tendo em vista a ausência de manifestação do varão (fls. 161 e 164-5).

Por tais fundamentos, provê-se em parte o apelo, apenas para fixar a verba alimentar em 30% dos proventos de aposentadoria do alimentante.

**DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS (REVISOR)** - De acordo.

**DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES** - De acordo.

**DES.<sup>a</sup> MARIA BERENICE DIAS** - Presidente - Apelação Cível nº 70019801034, Comarca de Canoas: "PROVERAM EM PARTE. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: ALESSANDRA ABRAO BERTOLUCI (BRASIL, TJRS, 2007)

O supracitado acórdão exemplifica o uso da Súmula 377 pelos tribunais. O caso em tela são os autos de uma separação judicial litigiosa, em que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul decidiu em sede recursal que mesmo as partes tendo celebrado casamento pelo regime da separação obrigatória de bens, não havendo dúvidas de que o patrimônio (terreno e as respectivas acessões) foram adquiridos na constância da sociedade conjugal, incide a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, sendo devida a partilha igualitária de tal patrimônio.

## CONCLUSÃO

Em conclusão, do momento da criação do casamento até os dias atuais, houve a necessidade de regulamentá-lo. Essa regulamentação trata desde as formas de constituição do mesmo até a situação patrimonial existente entre os cônjuges decorrente do matrimônio.

Nessa senda criaram-se os regimes de bens, os quais disciplinam as relações patrimoniais entre os nubentes. São eles: o da comunhão parcial de bens; da separação total de bens (convencional e obrigatória); da comunhão universal de bens; e da separação final dos aquestos.

Todos os regimes de bens podem ser optados pelos cônjuges no momento do casamento, por meio de um pacto antenupcial, com exceção de um: o regime da separação obrigatória de bens. E caso não seja optado nenhum, o que entrara em vigor é o regime da comunhão parcial de bens, conhecido como regime legal.

O regime da Separação Obrigatória de Bens quando criado pelo legislador visava à proteção dos nubentes, de cunho patrimonial, na medida em que se casavam desobedecendo algum preceito do artigo 1.523 do Código Civil ou porque já estavam com mais de 70 anos, ou ainda, casaram olvidando-se do suprimento judicial. O referido princípio está normatizado no artigo 1.641 do Código Civil.

Mostrou-se que é mais uma sanção patrimonial do que proteção, indo de encontro a muitos princípios constitucionais e de direito de família, tais como o princípio da isonomia (verificável no momento em que diferencia essas pessoas das demais pessoas que podem optar pelo regime de bens do casamento); princípio do não enriquecimento ilícito (quando os bens mesmo adquiridos com esforço comum de ambos os cônjuges, passam a pertencer a apenas um deles); e princípio da dignidade da pessoa humana (em que há uma interferência do Estado na vida do particular, totalmente dispensável, ultrapassando os limites do aceitável).

Diante de exaustiva discussão jurisprudencial e doutrinária, o supremo editou a Súmula 377, em que seu conteúdo permite aos nubentes, mesmos casados no regime da separação obrigatória de bens, comunicar os bens que os dois adquiriram na vigência do casamento.

O referido regime de bens acaba por tornar-se inaplicável, uma vez que o uso da sumula 377 do Supremo Tribunal Federal, aplica o regime da comunhão parcial de bens, nas situações em que os casais se enquadram no artigo 1.641 do Código Civil.

Deve o legislador corrigir esse erro que está inscrito no nosso Código Civil, porque, é de tal gravidade que vem a ser inconstitucional, na medida em que fere preceitos importantíssimos da Carta Magna, tais como: como o princípio da igualdade, da dignidade humana e o direito de propriedade, já supracitados.

As formas que podem ser usadas para ajustar a situação em análise seriam: extinguir do Código Civil tal regime, não impondo mais aos casais essa reprimenda, ou substituindo no artigo 1.641 o regime a ser imposto aos cônjuges pelo regime da comunhão parcial.

Tais mudanças seriam mais justas, mais igualitárias, uma vez que o casal poderia comunicar pelo menos os bens adquiridos na constância do casamento, os favoreceria, não infringiria nenhum preceito constitucional.

Portanto, deve o legislador atualizar o Código Civil, regulamentando tal assunto, afim de por fim na discussão a respeito da constitucionalidade ou não do regime da separação obrigatória de bens.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Vade mecum: obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 02-139.

BRASIL. Lei n.10.741, de 1º de outubro de 2003. **Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências**. Vade mecum Legislação selecionada para OAB e Concursos: organização Darlan Barroso e Marco Antonio Araujo Junior. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 1.078-1.087.

\_\_\_\_\_. **Código civil de 2002**. Vade mecum: obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 141-361.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Apelação civil, nº 70019801034, comarca de Canoas, partilha, separação obrigatória de bens, apelante M.A.P. apelado G.M.S.P. presidenta e relatora Desª Maria Berenice Dias, **Sumula 377 do STF**. Disponível em: <Erro! A referência de hiperlink não é válida.> .Acessado em: 15 de novembro de 2011.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**, v. 5, 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**, v. VI. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KNAOCK, Joana Darca Malheiros. **Imposição do regime da separação obrigatória de bens no casamento do maior de sessenta anos de idade**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=283>> Acessado em: Acesso em: 08 de julho de 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**, v. 2, 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NEGRÃO, Sônia Regina. **Regime de bens: o novo código civil e a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 697, 2 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6828>>. Acesso em: 7 de março 2012.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1990.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**, 4<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: direito de família, v. 6. 27<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_, v. 6. 28<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, Jose Afonso da. **Os princípios constitucionais fundamentais**. Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/principios\\_constitucionais\\_fundamentais.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/principios_constitucionais_fundamentais.pdf)>. Publicado em 1994. Acesso em: 14 de outubro de 2011.

URBANEJO, Lisiane. **Natureza jurídica do casamento**. Disponível em: [http://www.webartigos.com/articles/39191/Natureza-Juridica-do-Casamento/pagina\\_1.html](http://www.webartigos.com/articles/39191/Natureza-Juridica-do-Casamento/pagina_1.html). Publicado em 2010. Acesso em: 08 de julho de 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família, 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2006.