

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

MARINA PACHECO CARDOSO

A aplicação da pena de sonegados nas partilhas decorrentes do divórcio

Mestrado em Direito

São Paulo

2015

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

MARINA PACHECO CARDOSO

A aplicação da pena de sonegados nas partilhas decorrentes do divórcio

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito das Relações Sociais, subárea Direito Civil, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Professor Doutor Francisco José Cahali.

São Paulo

2015

MARINA PACHECO CARDOSO

A aplicação da pena de sonegados nas partilhas decorrentes do divórcio

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito das Relações Sociais, subárea Direito Civil, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Professor Doutor Francisco José Cahali.

Aprovada em: ____/____/____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Francisco José Cahali (Orientador)

Instituição: PUC-SP

Assinatura_____

Julgamento: _____

Prof. Dr.

Instituição: _____Assinatura_____

Julgamento: _____

Prof. Dr.

Instituição: _____Assinatura_____

Julgamento: _____

Dedico este trabalho à minha família originária e à que acabei de iniciar, em especial, ao meu marido, Pedro da Silva Dinamarco, meu porto seguro, e à minha “sobrinha-filha” Sofia Cardoso Schettert, minha maior fonte de amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, meus exemplos de vida, por todo amor e dedicação que sempre tiveram comigo, obrigada sempre, vocês são tudo para mim!

Às minhas irmãs, quase mães, Marise Pacheco Cardoso e Mariane Cardoso Schettert, pelo amor, pelo cuidado – independente da distância – e, principalmente, pelo constante incentivo.

Ao meu marido, Pedro da Silva Dinamarco, pela parceria incrível, pelo estímulo, pelas discussões, pelas revisões, pelos livros, por todo o carinho e atenção que tiveste comigo, de coração, muitíssimo obrigada.

Ao meu sogro, Cândido Rangel Dinamarco e ao meu cunhado, Cândido da Silva Dinamarco, pela gentileza ao se prontificarem em debater e contribuir com meu trabalho, pelas preciosas sugestões e comentários sobre a pesquisa, e de modo especial, pela segurança na defesa da ideia, minha sincera gratidão.

Às famílias Pacheco, Cardoso e Dinamarco: pelos exemplos de amor, honestidade e humildade, meus eternos agradecimentos.

À minha sócia e amiga, Cyntia Aguillera, pela força e dedicação em nosso escritório nesse período de necessária distância da minha parte, por tão jovem ser tão madura e ter conseguido manter como se de lá eu não tivesse saído.

À minha analista, Iolanda Toledo, por ajudar organizar minhas ideias, meu tempo, e por etapas (como ela sempre diz) me fazer acreditar que realmente seria capaz de concluir este trabalho, que com muito esforço, cheguei ao fim.

De modo especial, ao meu orientador, Prof. Dr. Francisco José Cahali, por quem supro muito orgulho pela pessoa e pelo profissional – professor e advogado – que é, agradeço a confiança e a possibilidade de ingressar na vida acadêmica, na qual, aqui faço publicamente uma promessa, não sairei. Muito obrigada, Professor!

RESUMO

O presente trabalho aborda algumas espécies de fraudes patrimoniais cometidas quando da dissolução do matrimônio, os instrumentos legais existentes para reverter ou minimizar os prejuízos sofridos e, por fim, a viabilidade de aplicação da pena de sonegados nas partilhas decorrentes do divórcio, como medida punitiva, e principalmente, preventiva de combate ao malicioso esvaziamento patrimonial. Antes disso, contudo, expõe uma breve análise da evolução da família, o conceito de patrimônio e os princípios vinculados ao direito patrimonial das relações familiares, para melhor compreensão acerca das regras de conduta esquecidas, na maioria das vezes, pelos partícipes destas relações, bem como para ressaltar a necessidade de maior proteção da dignidade dos cônjuges no momento do rompimento dos relacionamentos amorosos. Aponta as espécies de regimes de bens e o regulamento dado a cada um pelo ordenamento jurídico, bem como o procedimento de inventário e partilha, aplicáveis para qualquer espécie de divisão patrimonial, o regramento do instituto dos sonegados, o qual não há razão de ser afastado da categoria que mais clama por proteção, e os defeitos do negócio jurídico recorrentes nas partilhas de bens.

Palavras-chave: Fraude. Divórcio. Inventário. Sonegação. Partilha.

ABSTRACT

This investigation discusses some kinds of asset fraud when the dissolution of marriage, the existing legal instruments to reverse loss incurred and, finally, the feasibility of application of penalty for property concealing in divvying up of assets in divorce. The latter considered as a punitive and mainly preventive measure in order to fight malicious disposal of marital estates. First, however, this study presents a brief analysis of the evolution of the family, the concept of heritage and the principles bound to property rights of family relationships. This will enable a better understanding of some rules of conduct that are, in most cases, overlooked by participants of these relations and will also stress the need for better protection of the dignity of the spouses at the time of the breakup of romantic relationships. Finally, this investigation points out the kinds of property regimes and the rules allotted to each one by the legal system, the procedures related to inventory and asset sharing applicable to any kind of asset division, the regulation of the penalty for property concealing – which cannot be left out from the category that most cries out for protection – and the defect of legal acts in property division.

Keywords: Fraud. Divorce. Inventory. Property Concealing. Division.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	ANÁLISE DO PROCESSO EVOLUTIVO DE FAMÍLIA	12
2.1	A família no Direito Romano	12
2.2	A família contemporânea	16
2.3	A transformação da família com o advento da Constituição Federal de 1988	19
2.4	A família no Código Civil de 2002	21
3	DIREITO PATRIMONIAL	25
3.1	Noção de patrimônio	25
3.2	Princípios do direito patrimonial	29
3.2.1	Conceito de princípio e a diferença entre princípios, regras e normas	29
3.2.2	Princípio da dignidade da pessoa humana no direito patrimonial	32
3.2.3	Princípio da autonomia privada	35
3.2.4	Princípio da boa-fé objetiva nas relações patrimoniais de família	39
3.2.5	A proibição do comportamento contraditório no âmbito das relações patrimoniais de família	43
3.2.6	Boa-fé na escolha e na alteração no regime de bens e no contrato de convivência	46
3.2.7	Boa-fé objetiva na gestão patrimonial durante o casamento	53
3.2.8	Boa-fé na dissolução do vínculo conjugal e na partilha de bens	55
3.3	A regulamentação legislativa da posição dos cônjuges na relação patrimonial	56
4	DOS REGIMES DE BENS	59
4.1	Disposições gerais	59
4.2	Princípios que regem os regimes de bens do casamento	60
4.3	Classes de regime de bens	63
4.3.1	Do regime de comunhão parcial de bens	63
4.3.2	Do regime de comunhão universal	67
4.3.3	Do regime de participação final nos aquestos	68
4.3.4	Risco de fraude na divisão dos bens comuns	69
4.3.5	Do regime da separação de bens	70
4.3.6	Do regime obrigatório de separação de bens	71
4.3.7	Do regime convencional de separação de bens	75
5	PARTILHA DE BENS NA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL	77
5.1	Conceito de partilha de bens	79
5.2	Espécies de partilha de bens	78
5.2.1	Partilha de bens consensual	78
5.2.2	Partilha de bens litigiosa	81
5.2.3	Da efetivação da partilha de bens	84
5.3	Dos Sonogados	84
5.3.1	Conceito e finalidade da pena de sonogados	86
5.3.2	Requisitos para a configuração da sonegação de bens	88
5.3.3	Ação de sonogados	89

6	DEFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO NA PARTILHA DE BENS	92
6.1	Requisitos de validade do negócio jurídico	92
6.2	Erro, dolo e coação, estado de perigo, lesão e simulação	94
6.3	Vacilação do significado da palavra fraude	98
6.4	Distinção entre fraude e vício de consentimento	101
6.5	Ausência de conhecimento	102
7	OMISSÃO COMO FRAUDE À PARTILHA DE BENS	105
7.1	Omissão direta dos bens	105
7.2	Omissão indireta	105
7.2.1	Mau uso da pessoa jurídica na partilha de bens	106
7.2.1.1	Confusão patrimonial	109
7.2.1.2	Desvio da finalidade da pessoa jurídica	112
7.2.1.3	Subcapitalização das quotas sociais	113
7.2.1.4	Pela mudança do tipo social	115
7.2.1.5	Incorporação, fusão e cisão fraudulenta da sociedade	121
7.2.1.6	Alienação das quotas e ações da sociedade	123
7.2.1.7	Criação de <i>offshore</i> e holdings patrimoniais	124
7.2.2	Mau uso de interpostas pessoas físicas	126
7.2.3	Transferência de investimentos para a previdência privada	128
7.2.4	Falso endividamento às vésperas do rompimento conjugal	130
8	INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE COMBATE À DESPROPORÇÃO DA PARTILHA DE BENS	132
8.1	Na fase processual do processo de partilha dos bens	132
8.1.1	Arrolamento de bens	132
8.1.2	Ação pauliana	135
8.1.3	Desconsideração inversa da personalidade jurídica	137
8.1.4	Desconsideração da pessoa física	139
8.1.5	Ação de anulação dos atos fraudulentos	140
8.1.6	Compensação ou indenização do montante correspondente aos bens excluídos ilicitamente da partilha	143
8.2	Após a homologação da partilha de bens	144
8.2.1	Ação anulatória: defeitos do negócio jurídico e desproporção severa	144
8.2.2	Ação de sobrepartilha de bens no Direito de Família	146
8.2.3	Ação de indenização dos frutos recebidos pelo bem sonegado e arbitramento de aluguéis	147
8.2.4	Ação de responsabilidade civil por ato ilícito de atribuição de valores irreais aos bens partilháveis	148
8.3	Aplicação da pena de sonegados nas partilhas judiciais decorrentes da dissolução do casamento	149
8.4	Sugestão de alteração legislativa para aplicação da pena de sonegação nas partilhas decorrentes da dissolução do vínculo conjugal	154
9	CONCLUSÃO	157
	REFERÊNCIAS	158

1 INTRODUÇÃO

Dúvida não existe de que a família é a base da sociedade, até mesmo porque assim está previsto no art.226 da Constituição Federal. É inquestionável que o ser humano nasce e morre pertencendo a uma entidade familiar – seja ela qual for, casamento, união estável entre homem e mulher ou pessoas do mesmo sexo, formada por um genitor e filhos (monoparental). É no seio familiar que o indivíduo molda e forma seu caráter, sendo em razão desta estrutura social de base, a extrema importância do rígido regramento de conduta no âmbito doméstico, pois como afirma Friedrich Engels, a família é produto do sistema social e refletirá o estado de cultura desse sistema.¹

O modelo familiar é mutável e varia de acordo com as perspectivas e expectativas da sociedade na qual está inserida. Entre as incontáveis mudanças que serão abordadas no primeiro capítulo deste trabalho, no qual é apresentada a análise do processo evolutivo da família, está a substituição dos tradicionais casamentos duradouros, vividos por experiências dos nossos avós e muitos de nossos pais, por relacionamentos mais curtos, que iniciam com a saudável crença de vitaliciedade de outrora. A confiança no ditado “até que a morte os separe”, muito embora seja essencial e aconselhável, na maioria dos casos cega os noivos para as hipóteses do fim das núpcias, e ao invés de pactuarem da forma que entendem ser justa uma eventual partilha, adotam, por constrangimento ou falta de conhecimento, ou mesmo, por opção, o regime de comunhão de bens, e quando se deparam com a necessária divisão de bens, os egoístas e maliciosos não economizam esforços para frustrar à meação do outro consorte.

Não são raros os rompimentos amorosos em que um dos partícipes é profundamente prejudicado por manobras ardilosas provocadas para esvaziar a partilha de bens comuns, tendo a vítima dessas maliciosas estratégias, que enfrentar dificuldades financeiras e sociais degradante e desumanas, ficando, em contrapartida, o fraudador isento de qualquer sanção, ainda que preveja a Lei Civil a pena de sonegados para a escrupulosa omissão patrimonial.

Nesse contexto de irrefreável egocentrismo e ódio dos fins dos relacionamentos que a presente pesquisa aufere relevância, pois entende-se que o Estado, com as armas que tem ou com as que tiver que construir, deve atuar com mais rigor para minimizar as corriqueiras atitudes desonestas que marcam o fim o casamento, e punir o cônjuge fraudador pelo desvio de bens, para

¹ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: Centauro, 2002, p.109.

que outros, quando tiverem na eminência de fraudar, desistam da conduta desonrosa pelo receio da penalidade.

A pretensão central é demonstrar que o processo de inventário e partilha de bens é único, de modo a serem aplicáveis todas suas regras materiais e procedimentais, no que couber, em qualquer espécie de partilha de bens – divórcio ou *causa mortis* –, inclusive a pena de sonegados, mediante uma interpretação lógica, sistemática e finalística da norma.

A metodologia empregada partiu da pesquisa bibliográfica em literatura nacional e estrangeira e da busca de julgados nos Tribunais de Justiça estaduais e superiores, para embasar com situações práticas a parte teórica abordada.

O trabalho foi dividido em oito capítulos. Após a Introdução, no segundo, como dito, é abordada a evolução da família e os aspectos jurídicos correspondentes. No terceiro, apresentada a noção de patrimônio, os principais princípios que incidem sobre o direito patrimonial e a regulamentação legislativa da posição dos cônjuges na relação patrimonial. Na sequência, especificados e explanados brevemente os regimes de bens e os princípios dos regimes patrimoniais, no quarto capítulo. O quinto capítulo é voltado para a descrição do conceito e espécies das partilhas de bens no divórcio e igualmente para o estudo do instituto dos sonegados. No sexto, são abordados os defeitos do negócio jurídico na partilha de bens, e no sétimo as diversificadas formas de omissão dolosa de bens.

O oitavo e último capítulo foi dedicado a tratar dos mais utilizados instrumentos jurídicos para fins de minimizar a desproporção causada pela fraude patrimonial, bem como expor o entendimento de possibilidade de aplicação da pena de sonegados ao cônjuges fraudador da partilha, para, ao final, propor a sugestão de alteração legislativa para assegurar a incidência da pena de perdimento nas partilhas decorrentes do divórcio.

Evidentemente que não pretende este trabalho esgotar a pesquisa dos temas abordados, pois além de muito controverso é pouco estudado no nosso ordenamento. No entanto, mas a ideia que não se afasta, desde o princípio, é buscar na própria legislação, soluções viáveis e eficazes de combate a atos ilícitos, abusivos, fraudulentos e antijurídicos na seara patrimonial do Direito de Família, pois é neste campo que ocorre o maior índice de ilegalidades.

2 ANÁLISE DO PROCESSO EVOLUTIVO DE FAMÍLIA

2.1 A família no Direito Romano

Como o progresso das relações familiares está intimamente ligado ao surgimento e ao aprimoramento dos engodos patrimoniais que a doutrina e a jurisprudência há muito buscam combater, necessário expor brevemente a evolução da família no aspecto jurídico a partir do direito romano. Contudo, não se pretende exaurir o estudo, nem mesmo penetrar verticalmente na abordagem histórica, mas tão somente registrar de forma sucinta os aspectos relevantes para o desenvolvimento deste trabalho.

O estudo do direito romano merece destaque em virtude de ter dado origem à propriedade e ao direito privado, e sobretudo por ter a família brasileira recebido fortes influências da *gens* romana nascida em 753 a.C. com a fundação de Roma e o surgimento do Império Romano.²

A família romana, conhecida por *família iures communi*, era representada por um conjunto de pessoas subordinadas a um chefe, o *paterfamilias*³. Nessa estrutura, os vínculos de parentesco se davam pela *adgnatio* quando eram submetidos ao mesmo chefe e pela *cognatio* quando o parentesco fosse consanguíneo. A submissão e a soberania do *paterfamilias* foi o vínculo parental que prevaleceu na maior parte da história.⁴

O papel de *paterfamilias* era exercido pelo pai, que tinha autoridade quase absoluta sobre todos os seus descendentes, escravos, e a própria esposa, bem como detinha o domínio sobre todo o patrimônio. O *pater* tinha a *dominium in domo*, ou seja, o domínio do grupo doméstico em todos seus aspectos: religioso, econômico e jurídico-político⁵, razão pela qual Ebert Chamoun considerava a família como “uma comunidade política em miniatura: *maiores nostri domum pussilam rei publicam esse iudicaverunt*.”⁶

² CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. 6.ed. Rio de Janeiro: Rio, 1977, p.150.

³ WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.9.

⁴ CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. 6.ed. Rio de Janeiro: Rio, 1977, p.151.

⁵ CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.107.

⁶ CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. 6.ed. Rio de Janeiro: Rio, 1977, p.152.

Na concepção de Pontes de Miranda, a “família compreendia, portanto, o *paterfamilias*, que era o chefe, os descendentes ou não submetidos ao pátrio poder, e a mulher *in manu*, que se considerava em condição análoga à de filha: *loco filiae*.”⁷

Para Cretella Júnior, a instituição família, em Roma, significava um conjunto de pessoas que estavam sob o poder de um chefe, o *paterfamilias*. Segundo o autor, foi dessa característica da família romana que surgiu a base patriarcal com a centralização do controle *pater*, pois ele dominava a esposa e seus descendentes, exercendo um poder plurilateral: sobre os membros da família (*patria potestas*), sobre a mulher (*manus*), sobre as pessoas (*mancipium*), sobre os escravos (*dominica potestas*) e sobre os bens (*res*).⁸

Friedrich Engels ressalta que

Famulus quer dizer escravo doméstico e a família é o conjunto dos escravos pertencentes a um mesmo homem. Nos tempos de Gaio, a família ‘id est patrimonium’ (isto é, herança) era transmitida por testamento. A expressão foi inventada pelos romanos para designar um novo organismo social, cujo chefe mantinha sob seu poder a mulher, os filhos e certo número de escravos, com o pátrio poder romano e o direito de vida e morte sobre todos eles.⁹

A continuidade ao culto doméstico era a finalidade da família romana. Cada família tinha as suas crenças que eram passadas dos ascendentes aos descendentes, em especial aos homens, conforme descrito na obra Cidade antiga:

A origem da família antiga não está apenas na geração. A prova disso temo-la no fato de a irmã na família não igualar seu irmão, em o filho emancipado ou a filha casada deixarem completamente de fazer parte dela, e temo-la enfim, nas numerosas disposições importantes das leis greco-romanas [...]. O princípio da família não o encontramos tão-pouco no afeto natural. O direito grego e o direito romano não levavam em consideração esse sentimento. Podia este realmente existir no âmago dos corações, porém para o direito nada representava. O pai podia amar muito sua filha, mas não podia legar-lhe os seus bens.¹⁰

Em relação ao casamento, em Roma, existiam duas formas de contrair núpcias: a) a *conventio in manus* quando a mulher substituída o *patria potestas* e era introduzida à família do marido, e b) a *conventio sine manus* quando mesmo com casamento a esposa continuava ligada à autoridade paterna. Na *conventio in manu* a mulher era considerada como filha do novo *patria*

⁷ MIRANDA, Pontes de. **Direito de família**. Exposição Technica e Systematica do Código Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p.01.

⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.107.

⁹ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: Centauro, 2002, p.60.

¹⁰ FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1985, p.32-33.

potestas, em outras palavras, a esposa era tratada como filha de seu sogro e irmã de suas cunhadas.¹¹

De acordo com a doutrina romana, a *affectio maritalis* era um elemento necessário para a existência e continuação do matrimônio, não bastando apenas no momento da celebração. Ou seja, o consentimento não deveria ser inicial, mas enquanto continuasse o casamento. Desta forma, as núpcias eram caracterizadas pelo consenso inicial e permanente, e caso este viesse a terminar dissolvia-se o casamento automaticamente.¹²

Sobre o casamento, Pontes de Miranda menciona que os romanos deixaram duas definições, como a de Modestino:

*Nuptiar sunt conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio (conjunção do homem e da mulher, que se associavam para toda a vida, a comunhão do direito divino) e a das Institutas (§ 1, de patr. pot., 1, 9): nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuum consuetudinem vitae continens.*¹³

Além das *justas núpcias*, em Roma, havia outros tipos de relacionamentos que surtiavam efeitos jurídicos, dentre eles o *concubinatos*, cuja união em sua origem era considerada inferior e não nivelava a mulher ao *status* social do marido, como também não subordinava os filhos à *patria potestas* do pai. Entretanto, houve uma significativa evolução do concubinato no direito romano, pois no início, inexistiam efeitos jurídicos e, posteriormente, através da Lei *Julia de adulteriis*, passou a ser considerado legítimo, sem nenhuma condenação aos concubinos.¹⁴ Contudo, com o advento do período do Imperador Constantino, a Lei *Julia de adulteriis* foi revogada e o companheirismo novamente tido como uma união ilegal.¹⁵

Deste modo, percebe-se que a estrutura patriarcal, a espécie do vínculo de parentesco civil pela agnação e as regras do casamento justificam a natureza política da família romana, a qual até a época clássica, quase não sofria a intervenção estatal. A unidade política correspondia à unidade econômica e religiosa. A economia doméstica era dominante, porém, a partir da época do direito clássico romano, a família começou a perder a sua unidade política, econômica e

¹¹ WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.10.

¹² CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. 6.ed. Rio de Janeiro: Rio, 1977, p.157.

¹³ O autor não apresenta a tradução da definição das Institutas, apenas menciona que o culto privado perdeu a anterior importância, e a manus caiu aos poucos em desuso. Daí não se aludir mais à *communicatio divini et humani juris* o que se nota na definição das Institutas [...] (MIRANDA, Pontes de. **Direito de família**. Exposição Technica e Systematica do Código Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p.14).

¹⁴ CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.122.

¹⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo – uma espécie de família**. 2.ed. São Paulo: RT, 2001, p.99.

religiosa, e com a atenuação da autoridade do *pater familias*, o eixo econômico foi transferido da família para o indivíduo, momento também em que a religião familiar foi substituída pela do Estado.¹⁶

A fase do período neolítico foi marcada por grandes reformulações na cultura e na mentalidade da sociedade, com isso, a mulher e os filhos adquiriram um pouco mais de autonomia e o solene casamento com *manus*, o qual integrava a mulher à autoridade do *pater familias* do marido, foi aos poucos substituído pelo casamento sem *manus*.¹⁷

Estas modificações da família romana foram traduzidas por Arnaldo Wald:

No império, desaparece a gens e se concedem direitos sucessórios e alimentares aos cognados. O Estado limita a autoridade do pater, admitindo-se que o alieni juris possa recorrer ao magistrado no caso de abuso do pater. Desaparece a venda dos filhos pelo pai e a este só se permite aplicar a modica castigatio (pena moderada). A mãe, em virtude de disposições de direito pretoriano, é autorizada a substituir o pai, ficando com a guarda dos filhos. Com o Senatus-consulto Tertuliano, passa ela a ter direitos sucessórios na herança do filho, tornando-se herdeira legal na ausência de descendentes e de irmãos consangüíneos do falecido.¹⁸

Logo, partindo dessas considerações a respeito da família romana, é possível verificar que o genitor perdeu a autoridade arbitrária sobre a esposa e os filhos; a mulher, por sua vez, obteve mais autonomia e adquiriu direitos, cujos fatos muito contribuíram para a inserção na vida social e política, não se satisfazendo mais a mulher apenas com funções estritamente familiares. Essa ideologia de família tradicional, na qual o *pater familias* representava o poder do chefe da sociedade conjugal, influenciou na redação do Código Civil Brasileiro de 1916, cujo texto traz a definição clássica de família como um modelo patriarcal, monogâmico, fundado no casamento regulado pelo Estado.

É bem verdade que o modelo familiar desenhado na legislação pátria de 1916 foi uma família institucionalizada, com caráter transpessoal, na qual havia marcada hierarquização entre cônjuges e rechaçava a simultaneidade familiar, uma vez que consagrava um modelo uníssono de família: o matrimônio.¹⁹

¹⁶ CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. 6.ed. Rio de Janeiro: Rio, 1977, p.152.

¹⁷ WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.10.

¹⁸ WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.11.

¹⁹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.17.

2.2 A família contemporânea

A família, certamente, foi uma das organizações que mais evoluiu nos últimos tempos, principalmente quanto aos fins sociais a que se propõe como instituição, no que se refere às formas de composição e também quanto aos ofícios dos pais e dos filhos. Analisando o modelo de família como era estruturado, é possível perceber que, por muito tempo, a finalidade principal foi constituir e manter o grupo familiar, estabelecendo suas funções procriacional e patrimonial, cujos objetivos principais eram a proteção do vínculo do casamento e da prole.

Certamente a evolução social, a introdução da mulher no mercado de trabalho e as necessidades do próprio homem foram os principais responsáveis pela modificação da estrutura familiar, sendo correto afirmar ter a família “seu quadro evolutivo atrelado ao avanço do homem e da sociedade, mutável de acordo com as novas conquistas da humanidade e descobertas científicas²⁰”.

As principais mudanças, dentre várias de significativo valor, são aquelas referentes aos aspectos pessoais dos seres humanos, em especial da mulher, com relação à sexualidade, às formas de expressão de afetividade, bem como com à questão profissional e à função perante a instituição família, pois por muitos séculos, a mulher esteve subjugada ao homem em nossa sociedade patriarcal.

Foi com a Revolução Francesa de 1789, que surgiu o princípio de igualdade, na qual questionou-se se essa subordinação era natural e inalterável, surgindo daí muitas teorias para entender a causa da situação de inferioridade vivida pela mulher. Marie Langer afirma que a mulher era tratada de forma inferior, colocando-se numa posição de subordinação, devido a sua constituição física ser mais frágil que a do homem.²¹ De outra banda, Friedrich Engels sustenta que as desigualdades foram despertadas pelo surgimento da propriedade privada, que deu apenas ao homem a capacidade de produção, enquanto a mulher ficava numa situação econômica totalmente desfavorável e de total dependência do pai ou do marido.²²

Como se vê, os diferentes papéis desenvolvidos pelo homem e pela mulher não são frutos da natureza de cada um, mas sim resultado de uma variação cultural, pela qual a própria

²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.6.

²¹ LANGER, Marie. O papel da mulher. In: **Maternidade e sexo**. 2.ed. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1986, p.18.

²² ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: Centauro, 2002, p.169.

sociedade impôs esse modelo, delegando ao homem o poder de direção e à mulher o de submissão.

Com a Revolução Francesa, o avanço dos descobrimentos técnicos e a transformação do trabalho, a mulher foi inserida no mercado de trabalho, tendo obrigações além da criação e educação dos filhos, passando a viver entre os trabalhos de produção caseira e os da fábrica. Nesse período até mesmo as crianças começaram a se dedicar ao trabalho, para auxiliar na subsistência da família.²³ Foi a partir daí que a vida familiar sofreu uma grande modificação, pois dos labores estritamente e exclusivamente domésticos, a mulher foi ao trabalho fora do lar, tendo que se dedicar, além desse encargo, aos cuidados com os filhos e a casa. Ao perceber sua capacidade, a mulher foi conquistando espaço e depois disso não mediu forças para alcançar sua independência.

Nesse contexto caracterizou-se a vida da mulher operária no decorrer do século passado, a qual, progressivamente, foi adquirindo direitos no trabalho, ainda de que de forma lenta²⁴, razão pela qual Sérgio Pinto Martins assevera que o decorrer da Revolução Industrial (século XIX) foi o marco histórico de inserção do trabalho da mulher, principalmente para a operação de máquinas. O fato de as mulheres aceitarem salários inferiores foi um dos motivos pelos quais aumentou o número do gênero feminino nas indústrias em substituição ao masculino²⁵. Nesse período, as mulheres foram submetidas a uma pesada jornada de trabalho, salários baixos, locais de trabalho com considerável prejuízo à saúde e, ainda, ao cumprimento de muitas obrigações, além do que era devido, para não perderem o emprego.²⁶

Diante desta realidade as mulheres foram desafiadas a ocupar em todos os campos o lugar do homem, uma vez que deixaram de viver no único espaço até então existente para elas, o lar. Realizaram com êxito suas tarefas profissionais e obtiveram grande reconhecimento pela sociedade, assim como conquistaram sua autonomia, tanto que no pós guerra os homens se depararam com uma mulher independente economicamente e com liberdade sexual. Por conseguinte, com estas modificações, o preconceito existente desde o início da história sobre a inferioridade e a subordinação feminina, terminou.²⁷ Contudo, muitas mulheres seguem o modelo patriarcal antigo nos dias de hoje e os resultados são na maioria das vezes devastadores,

²³ LANGER, Marie. O papel da mulher. In: **Maternidade e sexo**. 2.ed. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1986, p.19.

²⁴ LANGER, Marie. O papel da mulher. In: **Maternidade e sexo**. 2.ed. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1986, p.19.

²⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **O direito do trabalho**. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.06.

²⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **O direito do trabalho**. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.06.

²⁷ LANGER, Marie. O papel da mulher. In: **Maternidade e sexo**. 2.ed. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1986, p.19.

pois além da dificuldade, ou mais grave, da impossibilidade de recolocação no mercado de trabalho, não têm conhecimento acerca dos negócios do marido e, ao final, são altamente prejudicadas tanto pela queda do padrão de vida, quanto pelos desvios de bens comuns, sem sequer tomar conhecimento de sua existência.

Marie Langer aponta que a mulher do século passado sofria as restrições no campo sexual, todavia, havia um favorecimento das atividades e funções maternas. Além disso, no outro extremo, afirma que a mulher do século XX, que se adapta a uma sociedade antimaternal, sofrerá com as consequências de não saber conviver bem com sua realização profissional, com sua vida amorosa e de mãe.²⁸ Langer ainda ressalta que o papel do homem, neste modelo de sociedade, vive uma situação de dependência e de insegurança em relação à mulher, temendo perder seu predomínio social sobre ela em razão da modificação cultural que atingiu a família.²⁹

Assim, a partir do século XX, assinala-se um rompimento do patriarcalismo, em que o homem perde o controle e a exclusividade do poder econômico em relação à mulher. Com base nisso, verifica-se que, realmente, houve uma profunda mutação cultural na estrutura familiar: o pai, que exercia total domínio sobre a mulher e os filhos, perdeu aquele status de todo poderoso, e algumas mulheres assumiram sozinhas ou conjuntamente as rédeas da administração familiar, trazendo não só o respeito, como o equilíbrio durante e após o fim do relacionamento.

A adoção do princípio da igualdade de direitos e obrigações entre os cônjuges foi um grande avanço no sistema pátrio, vez que foi dada à mulher a oportunidade de provar a sua capacidade e competência, quer no exercício de sua profissão, na política, ou nos negócios. No entanto não se pode negar que esse progresso trouxe como seqüela natural os conflitos conjugais e, com ele o *animus* de fraudar, pois na grande maioria das vezes, o modelo de casamento indissolúvel cedeu espaço ao casamento efêmero, sem dele desvincular a enraizada crença na perpetuidade, pela qual as riquezas eram transmitidas de uma geração a outra do mesmo grupo familiar.

Com efeito, a concepção tradicional de família foi rompida pelos novos valores da sociedade contemporânea introduzidos em nosso sistema pela Carta Constitucional de 1988. A estrutura da sociedade moderna, bem diferente da anterior, pugna por um modelo de família

²⁸ LANGER, Marie. O papel da mulher. In: **Maternidade e sexo**. 2.ed. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1986, p.19.

²⁹ LANGER, Marie. O papel da mulher. In: **Maternidade e sexo**. 2.ed. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1986, p.20.

descentralizado, democrático, igualitário, desmatrimonializado, no qual a mola propulsora passa a ser o afeto e a pessoa humana a receber proteção especial.³⁰

2.3 A transformação da família com o advento da Constituição Federal de 1988

A família, para o direito brasileiro, repousava na concepção restritiva da instituição formada por pais e filhos, sendo o casal unido pelo matrimônio. No tocante ao tratamento constitucional, pode-se asseverar que a primeira Constituição a reconhecer o casamento civil foi a de 1890, desde que fosse antecedido de cerimônia religiosa, cuja condição foi extraída na Carta de 1891, em virtude da separação do Estado e Igreja com a Proclamação da República, sendo desta forma mantida nas posteriores.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 a noção de família foi ampliada, o casamento deixou de ser a única forma de constituir família e outros modelos de agrupamento de pessoas foram reconhecidos como entidade familiar, configurando uma verdadeira mudança de paradigma, pois o reconhecimento constitucional de outras espécies de famílias implicou na ruptura inequívoca da unicidade codificada.³¹

A concepção jurídica de família deslocou-se do aspecto desigual, formal e patrimonial para o aspecto pessoal e igualitário,³² e além disso, a proteção da pessoa humana restou em evidência de tal sorte que ruiu o império do *ter* e relevou a tutela do *ser*.³³

A Carta Maior acolheu o indivíduo na plenitude de sua dignidade, ao mesmo tempo em que concedeu proteção aos direitos fundamentais da personalidade, previstos no art.5º e no Capítulo VII, quando regulamenta a família. Para Ingo Sarlet, a dignidade é uma qualidade intrínseca da pessoa, motivo pelo qual a sua proteção constitui em “meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito”.³⁴

³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 4.

³¹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 34.

³² CARBONERA, Maria Silvana. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: (Coord.) FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.290.

³³ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.04.

³⁴ SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.27. Na mesma obra o autor salienta que “a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida em que este a reconhece, já que constitui dado prévio, no sentido de preexistente e anterior a toda a experiência especulativa. Todavia, importa não olvidar que o Direito poderá exercer papel crucial na sua proteção e promoção, não sendo, portanto, completamente sem fundamento que se sustentou até mesmo a desnecessidade de uma definição jurídica da dignidade da pessoa humana, na medida em que, em última análise, se cuida do valor próprio, da natureza do ser humano como tal.” (p.43).

Inexistem dúvidas de que o constituinte de 1988, na busca da proteção da dignidade da pessoa humana, ampliou o conceito de família e contemplou no art.226 da Constituição Federal, outros modelos de entidades familiares³⁵.

Semy Glanz ao se manifestar sobre as alterações do sistema com o advento da Constituição Federal, diz que “a mais importante é a do reconhecimento da família sem casamento, que sempre existiu, mas não era regulada em lei, e dependia da doutrina e da jurisprudência oscilante”. A Constituição, como lei mais elevada, introduziu novo conceito, dando proteção a uma velha entidade, agora reconhecida.³⁶

É bem a verdade que o reconhecimento jurídico de uniões desmatrimonializadas foi um grande avanço para o direito familiar pátrio, entretanto cumpre destacar que, dentre inúmeras mudanças, as principais ou de mesmo valor foi a proclamação da igualdade entre os cônjuges, no que tange aos direitos e deveres e a equiparação de todos os filhos independentemente de sua origem, de tal sorte que restou consagrado o princípio da isonomia. Conforme Luiz Edson Fachin, a “Constituição Federal estabeleceu a direção diárquica da família à luz da igualdade”.³⁷

Sérgio Gischkow Pereira, defensor intransigente da absoluta paridade entre os cônjuges, entende que “o respeito integral pelo ser humano, em nível familiar, não se coaduna com relações de dominação”.³⁸ E, vai mais longe quando afirma que “quem não respeita o próximo na relação familiar atuará da mesma forma na relação social em geral”.³⁹

Nesse enfoque, começa a desaparecer a concepção tradicional em substituição à família moderna, em virtude da extensão da tutela estatal, ao se abrir espaço para famílias fundadas unicamente no afeto e no *animus* de as pessoas viverem juntas, tornando a afetividade um elemento central da comunhão de vidas.

Outro aspecto que merece destaque é referente ao rol de entidades familiares mencionadas pela Carta Maior. Muito embora haja divergência, restou consagrado que se trata de *numerus apertus*, ou seja, um rol aberto, conforme conclui Carlos Ruzyk:

³⁵ Poucos autores atribuem sentidos distintos aos termos “família” e “entidade familiar”, entre eles: Carlos Alberto Bittar, Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho.

³⁶ GLANZ, Semy. **A família mutante** – sociologia e direito comparado: inclusive o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.134.

³⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**: Curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.47.

³⁸ PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Estudos de Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.50.

³⁹ PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Estudos de Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.51.

A nova ordem constitucional, ao consagrar a proteção da família na pessoa de cada um de seus membros, rompe com a racionalidade dos modelos fechados, abraçando a concepção plural de família que sempre esteve presente na sociedade, ainda que sujeita a estigmatizações e à marginalidade. A família na Constituição de 1988 não tem por fonte primária e exclusiva um ato formal, solene, encoberto pelo manto exclusivo da legitimidade jurídica, mas, sim, nasce e se mantém nos acordes do leimotiv do afeto.⁴⁰

Ainda que haja entendimento sobre a taxatividade do rol de entidades familiares explicitadas pela Constituição, a pluralidade constitucional é cristalina. O conceito de família é aberto e protegido além daqueles modelos familiares expressos na Lei Maior.

O alargamento conceitual junto com a supremacia da dignidade da pessoa humana e as demais transformações trazidas pelo constituinte terminaram com as expressões preconceituosas como ilegítima, espúria, adulterina, informal, impura que se adjetivavam as relações afetivas e a prole.⁴¹ Esse processo evolutivo da sociedade compeliu o legislador a amparar a família e as relações interpessoais, no sentido de respeitar os valores sociais, éticos, econômicos e morais que concorrem para a solução justa dos casos concretos.

Enfim, é de se reconhecer que o Direito de Família da pós-modernidade, calcado nos laços de afetividade tem a finalidade de

servir como verdadeiro motor de impulsão para afirmação da dignidade das pessoas e seus componentes, tratando-se do lócus privilegiado, o ambiente propício, para o desenvolvimento da personalidade humana em busca da felicidade pessoal, e não mais como instituição merecedora de tutela autônoma, justificada por si só, em detrimento, não raro, da proteção humana.⁴²

2.4 A família no Código Civil de 2002

O Codificação Civil atual, que costuma chamar de nova, teve seu projeto original em 1975 e entrou em vigor somente em 11 de janeiro de 2003. Essa demora é justificada em razão das profundas alterações políticas, sociais e ideológicas caracterizadas pela passagem do sistema militar para o regime democrático e, também, em virtude da promulgação da Constituição Federal de 1988, que alterou a base de toda legislação privada.⁴³

⁴⁰ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.163.

⁴¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10 ed. São Paulo: RT, 2014, p.39.

⁴² FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.22.

⁴³ ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **A evolução do direito de família no Brasil**. In: (Org.) Douglas Phillips Freitas. **Curso de direito de família**. Florianópolis: Vox Legem, 2004, p.31.

A conquista da redemocratização e o surgimento da Lei Maior, que tem como principal regra a proteção da dignidade da pessoa humana, importaram em significativa alteração no sentido de interpretação do Código Civil, pois deixou de ser um monumento legislativo central. A Constituição Federal passou a ser o *foco de iluminação*, pois inseriu a regulação dos valores fundamentais no nosso sistema.⁴⁴ Entretanto, não podemos olvidar que é o Código, a lei responsável por dar efetividade às regras consubstanciadas na lei fundamental.

Com a edição da Carta Magna de 1988, que incorporou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, também foi necessário fazer uma ampla reforma na legislação civil, principalmente no direito de família, dispendendo, portanto, um tempo maior, razão pela qual foi objeto de muitas críticas.

Na concepção de Maria Berenice Dias, o Código Civil nasceu velho, tramitou

pelo Congresso Nacional antes de ser promulgada a Constituição Federal, em 1988, que introduziu diversa ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana. Em completo descompasso com o novo sistema jurídico, o projeto teve de se submeter a profundas mudanças. Daí o sem-número de emendas que sofreu, tendo sido bombardeado por todos os lados. Assim, o novo Código, embora bem-vindo, chegou velho.⁴⁵

De outra banda, Renan Lotufo entende que temas muito atuais não poderiam estar regulado pelo *codex*, pois estes sequer foram objetos de discussão acadêmica e a legislação geral deve ser baseada em ideias amadurecidas, sob pena de ser frágil e de fácil defasagem.⁴⁶

Para o autor, o novo Código Civil é muito mais avançado que o antigo, e essa evolução beneficiou diretamente os cidadãos, uma vez que foi necessário um reestudo do Direito Civil e uma mudança de entendimentos nos tribunais. Mais adiante o jurista menciona ser “um código que procura, com este contrapeso de valores dar efetividade às normas constitucionais, que propugnam, em última análise, a dignidade do ser humano. Há no Código disposições que elevam este ideal ao cume do Direito privado brasileiro.”⁴⁷

Apesar das divergências, é inegável que a Lei nº10.406/2002, iluminada pela Carta Maior, trouxe os seguintes avanços materiais ao Direito de Família: o surgimento de novos

⁴⁴ LOTUFO, Renan. **Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição**. In: (Org.) SARLET, Ingo. O Novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.20.

⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: RT, 2014, p.31.

⁴⁶ LOTUFO, Renan. **Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição**. In: (Org.) SARLET, Ingo. O Novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.27.

⁴⁷ LOTUFO, Renan. **Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição**. In: (Org.) SARLET, Ingo. O Novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.27.

arranjos familiares⁴⁸, a igualdade absoluta dos cônjuges⁴⁹ e dos filhos⁵⁰, a substituição do pátrio poder pelo poder familiar⁵¹, a possibilidade de alteração do regime de bens⁵² e a limitação do parentesco⁵³.

Dentre as inúmeras mudanças, sem dúvidas de que as principais foram a adoção do princípio da igualdade e a ampliação do conceito de família. O Código Civil de 2002 trouxe a paridade entre os cônjuges quando no art.1.511 determinou que a direção da sociedade conjugal seja exercida conjuntamente pelo homem e pela mulher, como também dispôs no mesmo sentido no art.1.567. O art.1.596 deixou claro que todos os filhos terão os mesmos direitos e qualificações, ficando assim revogadas todas as regras discriminatórias previstas na legislação anterior.⁵⁴ No que tange à ampliação do conceito familiar, a nova legislação flexibilizou ainda mais as relações interpessoais quando expressamente regulou as questões referentes à união estável, que antigamente era disciplinada por leis esparsas.

No que tange ao concubinato, o art.1.727 do Código prevê serem *as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar*. Assim, o legislador excluiu expressamente a possibilidade de o concubinato adulterino caracterizar uma união estável, sendo estas relações se existentes discutidas no âmbito do direito das obrigações, como sociedades de fato ou simplesmente inexistentes. No entanto, baseado mais uma vez na dignidade da pessoa humana, tanto a doutrina como a jurisprudência já reconheceram a existência de união estável simultânea ao casamento ou a outra relação informal.

Apesar das inconstitucionalidades, retrocessos e lacunas legislativas deixadas pelo atual código, a doutrina é unânime em concordar que na maioria dos artigos houve uma elogiável melhora na redação.⁵⁵ Para parte dos familistas, a posição do direito de família no Livro IV da

⁴⁸ Art.1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

⁴⁹ Art.1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

⁵⁰ Art.1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁵¹ Art.1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

⁵² Art.1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. §2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

⁵³ Art.1.592. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.

⁵⁴ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **O Código Civil e o novo direito de família**. Casamento, separação e divórcio, adoção, poder familiar, alimentos e bem de família. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004, p.19.

⁵⁵ GLANZ, Semy. **A família mutante** – sociologia e direito comparado: inclusive o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.340.

Parte Especial tornou-o mais técnico e didático.⁵⁶ Outra novidade que agradou alguns juristas foi a divisão do direito pessoal e do direito patrimonial, restando de tal sorte sistematizado e mais compreensível o Direito de Família.⁵⁷ Além disso, o atual código tem seus valores calcados no *puro liberalismo* e no *individualismo exacerbado*, sendo uma legislação aberta e que aspira por um *balanço entre o valor do indivíduo e o valor da sociedade*.⁵⁸

Evidente que grande parte do sucesso da nova legislação deve-se à atividade construtora e criativa de advogados, promotores, defensores e da sensibilidade e inteligência dos julgadores. A matéria legislada já era aplicada pela jurisprudência e pela doutrina, entretanto com o advento do código a proteção tornou-se concreta e concedeu segurança jurídica aos cidadãos.

Contudo, não houve a mesma evolução dos regimes de bens responsáveis por regular as questões patrimoniais das famílias contemporâneas, e diante do aumento das dissoluções dos vínculos afetivos, para burlar os tradicionais regimes escolhidos pelos nubentes, são cada vez mais fecundos os instrumentos inventados para manipular e lesar a partilha de bens. A proposta apresentada neste estudo da incidência da pena de sonegação nas partilhas advindas da dissolução do vínculo conjugal, um mecanismo de caráter inibitório e punitivo, de viável aplicação.

⁵⁶ WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.25.

⁵⁷ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **O Código Civil e o novo direito de família**. Casamento, separação e divórcio, adoção, poder familiar, alimentos e bem de família. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004, p.10.

⁵⁸ LOTUFO, Renan. **Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição**. In: (Org.) SARLET, Ingo. **O Novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.26.

3 DIREITO PATRIMONIAL

3.1 Noção de património

Originalmente a palavra património se referia aos bens de família, em virtude do prolongamento da personalidade pela sucessão.⁵⁹ Mais tarde, esta expressão foi vulgarizada e seu conceito ampliado, surgindo daí, diferentes teorias, sendo duas as correntes predominantes sobre o património: a clássica e a moderna.

A teoria clássica também chamada de subjetiva foi formulada no século XIX, por Aubry e Rau, cujos autores sofreram muitas críticas pelo rigorismo formal de seus estudos, pois associam o património à noção de personalidade, de modo que, segundo esta linha de raciocínio, “se não há sujeito de direito, não há património. Mas inversamente, sempre que houver um sujeito de direito existe património.”⁶⁰

Sob esta ótica, património é considerado o conjunto de bens de um indivíduo e avaliado como uma universalidade de direito, a qual se entende, ontologicamente, como algo distinto dos seus elementos, pois pertencendo à mesma pessoa, o património é uma coisa unitária e imutável, sendo variável apenas o seu conteúdo, tanto em quantidade como em qualidade.⁶¹

Nesse sentido, António Menezes Cordeiro escreve que para a teoria clássica o património “consistiria no conjunto dos bens duma pessoa, encarado como universalidade de Direito, isto é, uma massa heterogenia unificada apenas pela ideia de pertença a uma pessoa. [...] O património seria uma emanção da personalidade humana.”⁶²

Sobre esta conexão, Orlando Gomes consigna que a vinculação do património à personalidade se consolida “no elemento de coesão, que explica o princípio de identidade e continuidade do património, pelo qual a substituição dos bens e seu aumento ou diminuição não ferem a substância conceitual de unidade abstrata, que se conserva a mesma durante toda a vida da pessoa”.⁶³

Para a teoria clássica só as pessoas físicas ou jurídicas podem ter património; toda pessoa tem, necessariamente, um património, ainda que não possua nenhum bem; e cada indivíduo só

⁵⁹ BEVILAQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. Livraria Francisco Alves: Rio de Janeiro, 1908, p. 215.

⁶⁰ CUNHA, Paulo. **Do património**. Lisboa: Minerva, 1934, p.63-64.

⁶¹ TELES, Galvão. **Das universalidades**. Lisboa: Minerva, 1940, p.76.

⁶² CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**: Parte Geral, t. II, Coimbra: Almedina, 2002, p.177.

⁶³ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.233.

pode ter um patrimônio. Desta proposição, sucedida do axioma fundamental da escola clássica, Aubry e Rau classificam o patrimônio como uno, indivisível e inalienável, já que não pode se separar da personalidade.⁶⁴ Sendo destas conclusões o advento dos princípios do direito brasileiro, da unicidade, indivisibilidade e inseparabilidade do patrimônio da pessoa.

O excessivo subjetivismo da teoria clássica foi contundentemente criticado pela integralidade dos autores inseridos na teoria moderna, os quais, apesar de divergirem entre si, afastam a máxima da teoria de Aubry e Rau, de que o patrimônio emana da personalidade, e “admitem o patrimônio de afetação, isto é, de patrimônios unificados não em atenção à pessoa, mas ao fim a que se destinam”⁶⁵.

Sobre as diferentes ideias da concepção moderna de patrimônio, Milena Oliva ressalva que a divisão em apenas duas vertentes (clássica e moderna) é insuficiente, pois muitas vezes as divergências mais profundas estão entre as conclusões dos autores modernos e não quando confrontados com a teoria clássica. Por este motivo, após analisar o estudo das principais concepções, Oliva subdividiu, em sua obra, seis diferentes concepções, a saber:

a) Primeira concepção: teoria clássica, na qual a concepção de patrimônio se confunde com a personalidade, já que são noções permanente e indissociáveis;

b) Segunda concepção: Francesco Saverio Bianchi, autor inserido nesta segunda vertente, onde há liame entre personalidade e patrimônio, pois considera o patrimônio como uma universalidade de direito como a teoria clássica, contudo, diferente de Aubry e Rau, aceita as regras do direito positivo contrárias à primeira concepção, passando, portanto, a incidir um valor pragmático;

c) Terceira concepção: na qual inseriu Mazeaud e Mazeaud, cujos escritores repudiam a teoria clássica, pois conceituam patrimônio como o conjunto de direitos e obrigações de uma pessoa, tenham ou não caráter pecuniário, cujo acervo entendem ter o caráter de universalidade vinculada à ideia de afetação de direitos, e não à personalidade. Para eles nem

⁶⁴ CUNHA, Paulo. **Do património**. Lisboa: Minerva, 1934, p.192.

⁶⁵ OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.58.

a indivisibilidade, nem a intransmissibilidade se aplicam ao patrimônio, pois, respectivamente, afrontam a sucessão hereditária e criam entraves à iniciativa privada;

d) Quarta concepção: compartilhada por Francesco Ferrara, ainda personalista por não admitir a existência de patrimônio sem sujeito, mas diverge quanto à universalidade de direito, pois para esta vertente as dívidas não integram o patrimônio, apenas o oneram.

e) Quinta concepção: é a objetivista, pois considera o patrimônio sem sujeito, e retira, diferente de todas as anteriores, a essencialidade da noção de sujeito de direito para o normal funcionamento jurídico do patrimônio.

f) Sexta concepção: é a de Léon Duguit, cuja teoria é defensora da objetivação absoluta do patrimônio, na qual a ideia de pessoa é substituída pela ideia de fim.⁶⁶

De fato são diversas as opiniões encontradas entre os objetivistas, mas, na lição de Caio Mário da Silva Pereira, não deixam de compor a vertente moderna, sejam muito ou em nada influenciados pela doutrina tradicional, tanto que consigna ter sido a teoria da afetação, a mais significativa criação dos escritores contemporâneos. Através desta teoria, aceita em parte por Caio Mário, é concebida uma espécie de separação ou divisão do patrimônio pelo encargo ou condição impostos pelo direito positivo a certos bens, quando vinculados a um fim determinado, como, por exemplo, o antigo dote, garantias reais, herança, entre outros considerados destacados do patrimônio particular e vinculados a uma destinação de garantia, de transferência ou de utilização.⁶⁷

Mantendo a doutrina tradicional da unidade do patrimônio, sem dela compartilhar o rigorismo e demasias da teoria de Aubry e Rau, aderimos à teoria da afetação, bem como à relação necessária entre a existência do indivíduo e seu patrimônio, envolvendo não só os bens, mas o complexo das relações jurídicas, pois entendemos que todo o homem precisa ter um patrimônio para viver em sociedade e, em consequência, para participar de relações jurídicas com reflexos econômicos, cujas operações necessariamente têm efeitos ora positivos, ora

⁶⁶ OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.104-106.

⁶⁷ SILVA, Caio Mário Pereira da. **Instituições de direito civil** v.I. Forense: Rio de Janeiro, 1980, p.343.

negativos. De sorte que, assim como o lado positivo, o conceito de patrimônio, na nossa concepção, engloba o lado negativo, ou seja, ativo e passivo, independente de qualquer apuração, pois, conforme expõe Caio Mário, com quem compartilhamos estas conclusões, em eventual equivalência de valores, chegar-se-ia à negação patrimonial e na inconcebível ideia da existência do indivíduo desprovido de patrimônio.⁶⁸

Nesta linha, a afetação rompe a noção absoluta da unidade indivisível, pois autoriza separar do patrimônio da pessoa um conjunto de bens ou direitos vinculados a um determinado fim, tratando-os de forma independente do patrimônio geral do indivíduo, sem com isso desfazer a concepção tradicional da unidade do patrimônio, até hoje utilizada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Esta a razão da nossa predileção pelo conceito de ser “o complexo das relações jurídicas de uma pessoa, que tiverem valor econômico”⁶⁹, cuja descrição foi extraída do direito francês por Clóvis Bevilacqua.

Em decorrência desta concepção, o direito brasileiro considera o patrimônio uma universalidade, definindo-o como uma noção quantitativa do conjunto de bens e direitos de uma pessoa, cujos elementos, pela elasticidade, podem ser integrados ou subtraídos pelo titular da universalidade, expandindo ou comprimindo seu conteúdo. Mas isso não quer dizer que o patrimônio pode ser plural ou divisível, pois, na realidade a unicidade e a indivisibilidade se mantêm na medida em que há apenas a distinção da procedência e condições no mesmo patrimônio. Por exemplo, o herdeiro até a efetiva partilha integra ao seu acervo uma massa distinta de bens, assim temporariamente mantida, até a liquidação da herança.⁷⁰

Em outras palavras,

os bens existem no patrimônio do titular, ora como o encargo de serem transferidos a outrem, ora sob a condição de o serem em determinadas circunstâncias, e, então, poderão, ou não, ser transmitidos ou permanecer em definitivo. Mas sempre como massa de bens e não como um patrimônio distinto do seu sujeito.⁷¹

Como explica Caio Mário, por uma questão de linguagem, algumas vezes estes *acervos bonitários* são chamados de “patrimônio separados”, em virtude da finalidade ou circunstâncias de certos bens.

⁶⁸ PEREIRA, Caio Mário Pereira da Silva. **Instituições de direito civil** v.I. Forense: Rio de Janeiro, 1980, p.337.

⁶⁹ BEVILAQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. Livraria Francisco Alves: Rio de Janeiro, 1908, p.216.

⁷⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil** v.I. Forense: Rio de Janeiro, 1980, p.339-340.

⁷¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil** v.I. Forense: Rio de Janeiro, 1980, p.340.

Assim como os bens podem ser acrescidos ao patrimônio, o titular pode estabelecer relações jurídicas que os subtraíam da universalidade. Ou seja, a mutabilidade do conteúdo é viável, e o titular do patrimônio, dentro da limitação legal, tem plenas condições de alterar a situação dos bens, seja com a entrada ou saída do patrimônio. Desta feita, como as restrições e as garantias impostas pelo legislador não são tão modernas e criativas como as fraudes patrimoniais, na grande maioria das vezes, nos casos de partilhas de bens decorrentes do divórcio ou da dissolução de união estável, a autonomia jurídica destes elementos contribui com o titular da ilicitude, pois facilmente o acervo conjugal é esvaziado no intuito de frustrar o direito do outro cônjuge ou companheiro(a). Em muitos casos são graves e irreversíveis os prejuízos. Por esta razão, além da apresentação dos mecanismos legais como os sugeridos pela doutrina e já utilizados pelos julgadores, pretende-se nesta dissertação sugerir a aplicação de uma penalidade para reprimir os maliciosos desvios patrimoniais no momento da derrocada conjugal, facilitados, como visto, inclusive pela própria concepção e características do patrimônio.

3.2 Princípios do direito patrimonial

3.2.1 Conceito de princípio e a diferença entre princípios, regras e normas

Antes de adentrar nos princípios específicos do direito patrimonial, necessário abordar, ainda que de maneira breve, os conceitos e a distinção entre normas, princípios e regras para melhor compreensão da proficuidade dos referentes à partilha de bens na busca do combate às fraudes patrimoniais em decorrência do divórcio ou da dissolução da união estável.

Princípios são os elementos estruturais ou pilares de uma ciência e que permitem sua melhor organização sistemática.⁷² São assim “premissas que determinam seu próprio modo-de-ser e dão-lhe individualidade perante outras ciências, constituindo-se em raízes alimentadoras de seus conceitos e de suas propostas”, ou seja, pontos de partida para o estudo.⁷³

Os princípios de uma ciência nunca vivem autonomamente em relação aos das demais. Afinal, eles sempre se sustentam nos princípios de outra ciência mais ampla. Assim, os princípios do direito de família se apoiam nos princípios de direito civil; e estes nos de direito

⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.450-451.

⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de processo civil**. v.I. n.75. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.197.

constitucional; e assim por diante até chegar aos grandes postulados filosóficos do conhecimento humano.

Especificamente no tocante às ciências jurídicas, os princípios são responsáveis “pela boa qualidade e coerência da legislação e também pela correta interpretação dos textos legais e das concretas situações examinadas”.⁷⁴

Por isso, a violação a um princípio é muito mais grave do que a uma norma. Como diz Celso Antônio Bandeira de Mello, “é a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema”. Sustenta o autor que princípio é

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico⁷⁵.

Eles, todavia, não estabelecem um único significado possível e sim um objetivo a ser alcançado pelo legislador e pelo intérprete, mostrando um caminho a ser seguido.

Como se percebe, um princípio dá estabilidade e harmonia ao sistema. Mas apesar dele não sofrer alterações em sua linha mestra, deve estar sempre apto a se adaptar a mudanças histórico-culturais que ocorram pelo transcurso do tempo ou variação do local.⁷⁶ Isto é, um princípio dificilmente terá significado idêntico em países diferentes, de culturas diferentes, em épocas diferentes, mas visará à obtenção de um resultado equivalente.

De fato, a imutabilidade absoluta do significado dos princípios jurídicos e, das normas em geral, como se fossem verdadeiros dogmas, seria algo extremamente danoso. Eles devem servir ao ser humano e não o contrário. É preciso que eles acompanhem a evolução da sociedade e a ela se adapte. Esta interpretação evolutiva é a denominada “ideologia dinâmica da interpretação jurídica”.⁷⁷ A respeito, basta imaginar o princípio da dignidade humana, que nos tempos atuais passou a ser fundamento para permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo e a paternidade

⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de processo civil**. v.I. n.75. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.196.

⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.450-451.

⁷⁶ GRAU, Eros Roberto Grau. **A ordem econômica na Constituição de 1988** – interpretação e crítica. 4.ed. São Paulo: Malheiros, p.183.

⁷⁷ GRAU, Eros Roberto Grau. **A ordem econômica na Constituição de 1988** – interpretação e crítica. 4.ed. São Paulo: Malheiros, p.170.

socioafetiva e que em tempos relativamente recentes a ele não era emprestada toda essa extensão interpretativa.

Um cuidado que deve ser adotado é o de identificar os verdadeiros princípios, distinguindo-os de normas ou regras, evitando-se assim equívocos muito comuns. Para ser considerado um verdadeiro princípio, deve-se constatar que aquele instituto realmente fornece luzes e base para todo o ramo da ciência estudada, pois do contrário será mera regra ou norma.

Dentro da ciência jurídica as *normas* são regras de valor hierárquico inferior aos princípios, e assim como estes não têm um significado totalmente estável, podendo inclusive ter maior volatilidade interpretativa em alguns casos. As normas, portanto, devem sempre ser interpretadas à luz dos seus princípios informadores, não tendo a mesma extensão destes. Como se sabe, as normas podem ter diversas categorias ou hierarquias. Podem ter origem na Constituição, estas as mais relevantes e que não podem ser contrariadas pelas demais,⁷⁸ em leis federais, estaduais ou municipais, decretos, resoluções, portarias e outras fontes.

As normas, segundo José Afonso da Silva, são

preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem 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 obtenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem.⁷⁹

As normas são regras menos abstratas fixadas pelo legislador ordinário ou constituinte e que devem ser seguidas pelas pessoas físicas ou jurídicas, para que possa haver uma sociedade organizada. Elas estão necessariamente assentadas sobre os seus princípios informadores, e a partir deles devem ser interpretados.

Mas as normas legais apenas trazem maior explicitude aos princípios (especialmente os constitucionais). Assim, se a normatização legal a respeito de um determinado assunto for eliminada, ainda assim será em muitos casos possível obter o mesmo resultado com base somente nos princípios.⁸⁰ Além disso, os princípios gerais têm a função supletiva de suprir as lacunas legislativas.

⁷⁸ Se previstos na Constituição, os princípios assumem o papel mais importante num sistema jurídico, sendo seu verdadeiro guardião. No Brasil, muitos princípios jurídicos estão previstos na Constituição de 1988, em especial aqueles mais relevantes para o direito de família.

⁷⁹ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.95.

⁸⁰ NUNES, Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.185.

Para Humberto Ávila, por outro lado, as regras se diferenciam dos princípios pela natureza da descrição normativa, pois descrevem objetos determináveis enquanto os princípios descrevem um estado ideal de coisas a ser promovido pela natureza da justificação, já que as regras exigem uma análise de correspondência entre a descrição normativa e os fatos e atos praticados e os princípios exigem uma avaliação da correlação positiva entre o efeito da conduta e o estado de coisas que deve ser promovido. Por fim, as regras também se distinguem dos princípios pela natureza da contribuição para a solução do problema, pois têm caráter de decidibilidade, por buscarem a solução provisória para um problema já conhecido, enquanto os princípios têm o caráter de complementariedade, uma vez que visam contribuir, junto com outras razões, à solução da questão.⁸¹

Na teoria de Robert Alexy, a diferenciação entre princípios e regras é diagnosticada na aplicação, pois, segundo o jurista alemão, os princípios jurídicos são espécies de normas jurídicas por meio das quais são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus. De acordo, com Alexy, se a norma puder ser aplicada gradualmente se estará diante de um princípio; caso a norma exija o cumprimento total, então se tratará de uma regra. Outro aspecto relevante para essa distinção é o relacionamento normativo, haja vista que quando há um conflito de regras, necessariamente uma deverá ser considerada inválida, sendo inviável a coexistência de regras contraditórias. Já os princípios, quando em colisão, poderão coexistir sem se invalidarem. Neste caso, a solução apresentada por Alexy é a utilização da ponderação entre os princípios, ou seja, com base no caso concreto será analisado qual princípio prevalecerá.⁸²

3.2.2 Princípio da dignidade da pessoa humana no direito patrimonial

O princípio da dignidade da pessoa humana é um tema enfrentado em todo o sistema jurídico, em face de seus desdobramentos e, principalmente, por ser um dos fundamentos da República previsto no art.1º, III, da Constituição Federal.

O respeito à dignidade somente foi inserido no Direito Brasileiro em 1988, após mais de duas décadas de ditadura, tal como ocorrera anteriormente em outros países, em particular, após a Segunda Grande Guerra, em face das torturas cometidas pelo nazifascismo. A Lei Maior,

⁸¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.83.

⁸² LEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.77.

diante da importância, consagrou a dignidade humana como um dos princípios fundamentais, e a elevou ao topo da ordem jurídica⁸³, sendo, portanto, considerado a *razão de ser do direito*, pois “se bastaria sozinho para estruturar o sistema jurídico”.⁸⁴

Ao conceituar, Ingo Sarlet considera a dignidade

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede de vida.⁸⁵

A dignidade, portanto, sendo valor primeiro e a base do ordenamento jurídico, deve ser observada tanto entre sujeito e Estado, como entre sujeitos, ou seja, nas relações privadas de qualquer espécie, sobretudo na seara familiar, como no direito patrimonial que regem essas relações, pois “não há que falar de direito privado sem que seja prestigiada a vida e a liberdade do homem”⁸⁶. Além disso, a Constituição Federal ao tratar da família no art.226, §7º, consignou ser a base da sociedade, merecedora de especial proteção do Estado, e seu planejamento fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana.

Os princípios constitucionais, nos quais a dignidade humana está inserida, são normas situadas no ápice do ordenamento jurídico e, portanto, aplicáveis direta ou indiretamente às relações privadas pela metodologia civil constitucional, caracterizada por prevalecer as situações existenciais (*ser*) sobre as situações patrimoniais (*ter*). Esta visão social e humanista, que fez com que o *ter* se tornasse um mero instrumento de realização do *ser*, não propõe um desmembramento absoluto entre o existencial e o patrimonial, mas uma funcionalização entre essas situações, pois socialmente o patrimônio está inteira e diretamente vinculado na grande

⁸³ “A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pelas Nações Unidas em 1948, enunciava no seu art.1º: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e Direito.” A Constituição italiana de 1947, entre os princípios fundamentais, também já havia proclamado que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade e são iguais perante a lei”. Não obstante, costuma-se apontar a Lei Fundamental de Bonn, de maio de 1949, como primeiro documento legislativo a consagrar o princípio em termos mais incisivos: ‘Art.1.1 – A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais’. (MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo In: **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.118).

⁸⁴ NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. São Paulo: RT, 2008, p.235.

⁸⁵ SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.73.

⁸⁶ NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. São Paulo: RT, 2008, p.235-236.

maioria das relações privadas,⁸⁷ mormente nas relações familiares como casamento e união estável, já que mesmo sob o regime da total separação de bens, no caso de falecimento de um dos cônjuges ou companheiros, haverá reflexos patrimoniais através da sucessão.

Sobre a total segregação, Anderson Schreiber afirma ser impossível, pois além de artificioso, entende que seria contrário ao principal objetivo da metodologia civil-constitucional submeter todo o direito civil ao atendimento dos valores existenciais previstos na Constituição Federal.⁸⁸

A cogente incidência nos direitos pessoais e patrimoniais decorre dos valores ético-jurídicos fornecidos pela democracia aos princípios constitucionais, como também da transposição das normas diretivas do texto da Lei Civil para o da Constituição Federal responsável pela humanização e proteção dos vulneráveis, em cujo grupo estão inseridos, por exemplo, as crianças, os adolescentes, os idosos, os portadores de deficiência física e mentais, os consumidores e os membros da família, dos quais, para efeitos deste estudo, interessam os cônjuges e companheiros prejudicados pelo desequilíbrio da partilha dos bens amealhados ao longo, geralmente, de muitos anos de união e companheirismo, pois no momento das acirradas disputas judiciais são as partes vulneráveis sujeitas, muitas vezes, à injusta redução ou à perda integral de seus bens.

De tudo isso, possível concluir que nos casos de sonegação e da perpetração da fraude, a relevância da preservação da dignidade não repousa unicamente na proteção dos vulneráveis e no critério objetivo de garantir a subsistência do consorte ou do companheiro, mas igualmente, por se tratar de um valor que deve ser buscado na interpretação de qualquer relação jurídica, na integralidade do prejuízo maliciosamente causado, pois “dignidade não é apenas a manutenção do mínimo substancial. A sua preservação tem de ter em conta as circunstâncias particulares de cada situação concreta.”⁸⁹

Sem contar ser o núcleo familiar uma verdadeira unidade de “produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos”⁹⁰, razão pela qual, pós Constituição Federal, a ideia da família-instituição foi substituída pela família como instrumento do desenvolvimento da pessoa humana, a medida este é “o elemento finalístico da proteção estatal,

⁸⁷ SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2012, p.20-21.

⁸⁸ SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 21.

⁸⁹ BRASIL. Recurso Especial nº1.200.708/DF.

⁹⁰ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo III. Rio de Janeiro, 2009, p.349.

para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo.”⁹¹

Deste aspecto individual chega-se no aspecto social, pois é na família que se assentam as *colunas econômicas*, e, por conseguinte, as *raízes morais da organização social*.⁹²

Como o bom direito é aquele que antecipa e promove a transformação da sociedade, com objetivo de propiciar maiores chances de vida livre e dignidade humana a todos. O núcleo familiar é o responsável pelos valores das pessoas, pois é onde ocorre o desenho da personalidade e do caráter do ser humano, cada vez mais necessário o incentivo e o direcionamento ao comportamento desejável através de novos instrumentos jurídicos combatentes à crescente profusão da deformação dos regimes matrimoniais, já que diversos e cada vez mais inovadores são os engodos patrimoniais. Nesta ótica do direito constitucional de família, propomos o estudo das ferramentas existentes para desconstituir as arquitetadas fraudes patrimoniais, e por fim, a pesquisa da viabilidade de aplicação da pena de sonegação nas partilhas decorrentes do divórcio ou da dissolução da união estável, para mais do que o efeito posterior, da perda do direito sobre o bem maliciosamente excluído da meação, cause receio ao pretenso fraudador, e conseqüentemente, o incentivo de agir de acordo com os ditames éticos e sociais esperados de todos os seres humanos.

3.2.3 Princípio da autonomia privada

A autonomia privada percorre todas as esferas da atividade humana e desempenha um papel essencial nas relações privadas, mormente nas relações negociais, sendo considerada no seu sentido substancial, um dos pilares do ordenamento jurídico.

Na doutrina muitos juristas distinguem a autonomia privada da autonomia da vontade, pois entendem que a segunda está ligada à vontade real ou psicológica dos indivíduos no exercício de sua liberdade de agir, e a primeira à ideia de poder do sujeito de direito em criar normas jurídicas particulares para reger seus atos.⁹³

⁹¹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo III. Rio de Janeiro, 2009, p.326.

⁹² RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil** – direito de família. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.05.

⁹³ FERRI, Luigi. **L'autonomia privata**. Milano: Giuffré, 1959, p.5.

Fernando Noronha defende, inclusive, a necessidade de substituição do princípio da autonomia da vontade pelo princípio da autonomia privada, pois na sua concepção

foi precisamente em consequência da revisão a que foram submetidos o liberalismo econômico e, sobretudo, as concepções voluntaristas do negócio jurídico, que se passou a falar em autonomia privada, de preferência à mais antiga autonomia da vontade. E, realmente, se a antiga autonomia da vontade, com o conteúdo que lhe era atribuído, era passível de críticas, já a autonomia privada é noção não só com sólidos fundamentos, como extremamente importante.⁹⁴

De fato se tratam de conceitos distintos como sintetiza Francisco Amaral ao escrever que a “autonomia da vontade dá relevo à vontade subjetiva, psicológica, enquanto que a tese da autonomia privada destaca a vontade objetiva, que resulta da declaração ou manifestação de vontade, fonte de efeitos jurídicos.”⁹⁵

Por essa razão a teoria voluntarista define o negócio jurídico, instrumento de realização da autonomia privada⁹⁶, como ato de vontade subjetivista, pois está diretamente vinculada ao elemento volitivo interno do agente, tendo esta corrente surgido das formulações de Savigny e Windscheid, e, inicialmente conquistou maior espaço da doutrina brasileira e estrangeira.⁹⁷ Por ser a primeira, por um longo período a característica principal do negócio jurídico, quando ainda era chamado de ato jurídico, consistia no ato de vontade, conforme escreveu Sílvio Rodrigues: “O ato jurídico é fundamentalmente um ato de vontade visando a um fim.”⁹⁸ Este critério subjetivista prevalecia no Código Civil de 1916, pela regra do antigo art.85 que dispunha: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem.”

Contudo, esta concepção não subsistiu, e acabou sendo suplantada pela da autonomia privada, cujo princípio teve seu conceito “moldado de acordo com a teoria do negócio jurídico, sem o ranço do dogma da vontade.”⁹⁹

Nesta perspectiva, a definição do negócio jurídico é feita com base na função e nos efeitos resultantes do ato, sendo o negócio um preceito da autonomia privada destinado à eficácia constitutiva, a realizar, imediatamente, os efeitos ordenativos correspondentes, na vida de

⁹⁴ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contractual. São Paulo: Saraiva, 1994, p.113.

⁹⁵ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada como Poder Jurídico. In: **Estudos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.293.

⁹⁶ FERRI, Luigi. **L'autonomia privata**. Milano: Giuffré, 1959, p.214.

⁹⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 8.

⁹⁸ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil** – parte geral. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p.145.

⁹⁹ NANNI, Giovanni Etori. **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p.09.

relação, tendo a declaração natureza preceptiva ou dispositiva e de caráter vinculativo, e não de simples revelação externa de um estado de espírito interno, sem eficácia operativa própria.¹⁰⁰

Para Antônio Junqueira de Azevedo, “a transformação do negócio em norma jurídica concreta é artificial, na medida em que a expressão *norma jurídica* implica sempre em um *jubere* que o negócio não possui”¹⁰¹. Afirma, além disso, que o unilateralismo das definições pela função causa os mesmos defeitos lógicos das definições pela origem, sendo, portanto, ambas as correntes insuficientes para alcançar a concepção do negócio jurídico. Esta é a razão pela qual adota um terceiro entendimento, a definição do negócio jurídico pela sua estrutura.¹⁰² Ou seja, sob este ponto de vista, não há preocupação com a origem do negócio jurídico, nem como ele atua, mas sim, o que é. Segundo Antônio Junqueira de Azevedo “não mais – exagerando as implicações – a vontade, a psique e a psicologia, nem o autorregramento, a sociedade e a sociologia, mas sim a declaração de vontade, o fato jurídico e a ciência do direito.”¹⁰³

Quanto à estrutura, o negócio jurídico pode ser definido como categoria ou fato jurídico abstrato. Como fato, pode ser considerado fato jurídico concreto. Como uma categoria, trata de um suporte fático composto de circunstâncias negociais as quais produzem efeitos jurídicos por serem socialmente conhecidas. Então, como uma categoria, o negócio jurídico é uma declaração de vontade e a ela o direito atribui os efeitos manifestados como queridos. A declaração recebe a característica específica primária e os efeitos constitutivos de direito a característica específica secundária. Verifica-se, portanto, o negócio pela estrutura normativa na medida em que é considerado aquilo que socialmente se vê como um ato ou manifestação de vontade. Concretamente, o negócio jurídico é todo fato oriundo de uma declaração de vontade, com efeitos ordenados pelo direito, que atentem aos pressupostos da existência, validade e eficácia.¹⁰⁴

Por ser o elemento volitivo a origem dos efeitos do negócio jurídico, o ordenamento jurídico limita a vontade das partes pela autonomia privada e proíbe as declarações contrárias às leis, à moral e aos bons costumes. Também para garantir mais segurança às partes, exige a presença de boa-fé, conforme observa Judith Martins-Costa:

¹⁰⁰ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p.78-94.

¹⁰¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2013, p.12.

¹⁰² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2013, p.14.

¹⁰³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2013, p.15-16.

¹⁰⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2013, p.32.

A concepção da obrigação como um processo e como uma totalidade concreta põe em causa o paradigma tradicional do direito das obrigações, fundado na valorização jurídica da vontade humana, e inaugura um novo paradigma para o direito obrigacional, não mais baseado exclusivamente no dogma da vontade (individual, privada ou legislativa), mas na *boa-fé objetiva*.¹⁰⁵

Ou seja, mais uma vez o voluntarismo e o subjetivismo cederam lugar ao objetivismo pela autonomia privada, conceituada, como ponto de partida por Pietro Perlingieri como “o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos.”¹⁰⁶ Em outras palavras, “a autonomia privada é pois efetivamente o poder que têm os particulares de se dar um ordenamento, reconhecido por um ordenamento superior.”¹⁰⁷

Na concepção de Rosa Maria Andrade Nery, a autonomia privada desafia os dois lados de uma mesma medalha, pois em um só tempo, é a confirmação de um espaço jurídico livre da ingerência do Estado, destinado à normatividade particular e, de outro, a constatação da existência de reserva de um espaço de incidência apenas de normas de aplicação imperativa, exclusivo do exercício do poder, já que proibida a liberdade negocial,¹⁰⁸ cuja cancha sempre foi mais extensa nas relações familiares em função da maior intervenção estatal em prol dos interesses da célula familiar.

Após a Constituição Federal de 1988, com a valorização da dignidade da pessoa humana, grande parte deste terreno foi tomado pela autonomia privada, inclusive no âmbito das relações familiares,¹⁰⁹ sobretudo nas relações patrimoniais dos cônjuges, como demonstra a admissibilidade de escolha e de alteração do regime de bens, bem como a forma de dissolução do casamento (judicial ou extrajudicial). No entanto, é preciso esclarecer que esta autonomia não é absoluta, pois sofre limitações das ordens públicas¹¹⁰ e, como bem colocado por Judith Martins

¹⁰⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999, p.385.

¹⁰⁶ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.335.

¹⁰⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil – teoria geral, ações e fatos jurídicos**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.72. Perlingieri entende ser mais apropriada a expressão autonomia negocial à autonomia privada por abranger o fenômeno de autorregulamentação de todos os sujeitos jurídicos, sejam privados ou públicos. (PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.336-338).

¹⁰⁸ NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. São Paulo: RT, 2008, p.239.

¹⁰⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 154.

¹¹⁰ TARTUCE, Flávio. **Direito civil 3 – teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. São Paulo: Método, 2013, p.59.

Costa, pelos ditames da boa-fé objetiva que regem as relações familiares, pois a autonomia não é da vontade, mas da pessoa.¹¹¹

3.2.4 Princípio da boa-fé objetiva nas relações patrimoniais de família

Com a mudança de paradigma após o advento da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico comprometido em estabelecer um padrão ético de conduta e regras capazes de evitar o desequilíbrio nas relações interpessoais, passou a tratar com primazia os efeitos sociais do comportamento humano em detrimento do seu sentimento e sua real intenção (boa-fé subjetiva), pois na sociedade atual quase não existe espaço para o imperativo ético, em especial no final das relações amorosas, onde a lealdade e honestidade estão em verdadeiro estágio de extinção. Daí a extrema importância da consagração do princípio da boa-fé objetiva em nosso sistema, assim como de novos mecanismos jurídicos para combater, por meio de “ameaças de sanções, os desonestos, desleais e mentirosos a agirem como se não o fossem”¹¹².

Apesar de ter nascido e se desenvolvido em um cenário exclusivamente negocial e ser aplicada com mais abundância no direito do consumidor, direito administrativo e empresarial, a cláusula geral da boa-fé objetiva vem, progressivamente, ganhando espaço no Direito de Família, tanto nas relações existenciais como patrimoniais, para preservação e ampliação da incidência da confiança, e sobretudo, para proteção do princípio da dignidade humana com a vedação do injusto desequilíbrio patrimonial provocado pela conduta contraditória de um dos partícipes da relação familiar.

Difundida do direito alemão (BCG, §242), a boa-fé objetiva surgiu com a finalidade de corrigir os excessos da liberdade individual e se tornou um princípio geral de lealdade recíproca entre os contratantes, como igualmente assumiu uma função importante na solução de conflitos, sendo por essas razões, a preocupação da doutrina em investigar e compreender o seu conceito e conteúdo técnico, para ampliar sua aplicação em diversos gêneros de conflitos que caracterizem o abuso do direito, sem que levar à banalização do instituto.¹¹³

Uma das maiores contribuições dos juristas alemães foi diferenciar a boa-fé objetiva da boa-fé subjetiva, cuja distinção para Francisco Amaral ocorre da seguinte forma:

¹¹¹ Díez-PICAZO, Luís; GULLÓN, Antonio. **Sistema de derecho civil**. 11.ed. Madrid: Tecnos, 2003, p.379.

¹¹² NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contractual. In: (Org.) MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.222.

¹¹³ SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2012, p.53-54.

A boa-fé é um princípio geral do direito que oferece duas perspectivas de análise e consideração. Para a primeira, de natureza subjetiva ou psicológica, a boa-fé é a crença de que se procede com lealdade, com certeza da existência do próprio direito, donde a convicção da licitude do ato ou da situação jurídica. É estado de consciência, uma crença de agir conforme o direito; é o respeito consciente ao direito de outrem. Para a segunda perspectiva, de natureza objetiva, a boa-fé significa a consideração, pelo agente, dos interesses alheios, ou da imposição de consideração pelos interesses legítimos da contraparte, o que é próprio de um comportamento leal, probó, honesto, que traduza um dever de lisura, correção e lealdade, a que o direito italiano chama de *correttezza*.¹¹⁴

Para Judith Martins Costa, “a expressão ‘boa-fé subjetiva’ denota do ‘estado de consciência’, ou convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito”, e complementa, que “diz-se ‘subjetiva’ justamente porque, para sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção, enquanto o a boa-fé objetiva significa

modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar sua própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto; com honestidade, lealdade, probidade’. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subjetivo.¹¹⁵

Por se tratar de um verdadeiro freio às atitudes antes tidas como irresistíveis na esfera contratual que a boa-fé objetiva ganha espaço, pois acaba por controlar os abusos da autonomia privada, sejam nas relações contratuais como nas familiares de ordem existencial e patrimonial. Contudo, para que não haja a vulgarização do instituto, Anderson Schreiber alerta sobre a necessidade da busca de uma justificativa técnica para ampliação de sua aplicação, pois a simples associação à ética, à equidade, ao comportamento digno e aos mais elevados valores sociais retira da cláusula geral sua utilidade prática nas soluções dos conflitos concretos já que fragilizado fica do ponto de vista científico pela generalização e pela ausência de especificação do seu conteúdo.¹¹⁶

Schreiber defende ser preciso resistir ao uso exacerbado e quase mitológico da boa-fé objetiva e atentar para seu “conceito técnico como cláusula geral que impõe deveres de lealdade

¹¹⁴ AMARAL, Francisco. **Direito civil** – introdução 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.420.

¹¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p.411.

¹¹⁶ SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2012, p.318-319.

e respeito à confiança recíproca entre as partes de uma relação jurídica, à margem da expressa constituição de obrigação nesse sentido.”¹¹⁷ Igualmente afirma ser imperioso o estabelecimento de preceitos objetivos para aplicação desta cláusula geral, como ocorre com a vedação do enriquecimento sem causa e a proibição de comportamento contraditório quando visa lesar a confiança despertada em outrem, pois assim será delimitado de forma sólida o amplo conteúdo desta tão importante ferramenta jurídica.¹¹⁸

Apesar não precisar o conceito, na busca da melhor aplicação, a doutrina distinguiu três funções da boa-fé objetiva, a saber: a) interpretativa; b) criação de deveres jurídicos; e c) limite ao exercício dos direitos subjetivos,¹¹⁹ cuja divisão é muito útil às relações patrimoniais advindas do casamento ou da união estável, pois, na verdade, assim como as demais, apesar de afastado do Direito de Família o interesse no lucro e da vantagem econômica, são relações negociais que exigem um determinado padrão de conduta, a concretização da confiança e, principalmente, um dever de não se comportar contrariamente às expectativas geradas no outro no momento que ambos, tomados pelo amor e pela crença da eternidade da união, olhavam na mesma direção.

A função interpretativa, como bem assevera João Brandão Aguirre, busca identificar o “alcance do consenso de ambas as partes e os objetivos desejados no momento da entabulação do negócio”, cujos elementos, no Direito de Família, são de fácil verificação pela escolha do regime de bens. Os deveres jurídicos criados são aqueles que emanam da boa-fé objetiva e devem ser respeitados não somente durante a vigência do pacto firmado entre as partes, mas nos momentos que antecedem as tratativas e após o término da relação conjugal, conforme prevê o art.422 do Código Civil. Já a terceira e última função corretiva elencada pela doutrina visa coibir as negociações e condutas unilaterais e abusivas de um dos cônjuges ou companheiros que causem maliciosa redução patrimonial à meação do outro, uma vez que prima pelo equilíbrio da relação negocial com a correção dos danosos efeitos produzidos pelo abuso de direito cometido.¹²⁰

Em outras palavras, as consagradas funções da boa-fé objetiva existem justamente para ajustar a interpretação do contrato, contribuir com o suprimento das falhas com acréscimo de

¹¹⁷ SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 318-319.

¹¹⁸ SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2012, p.320-322.

¹¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999, p.44.

¹²⁰ AGUIRRE, João Brandão. **Responsabilidade e informação** – efeitos jurídicos das informações, conselhos e recomendações entre particulares. São Paulo: RT, 2011, p.74-83.

questões não abordadas por ele e, quando necessário, corrigir alguma questão “que não é de direito no sentido justo.”¹²¹

No entendimento de Cristiano Chaves de Farias, esta tríplice função da boa-fé objetiva a concede o caráter multifuncional, pois desempenha diferentes papéis de acordo com o caso concreto, como afasta nitidamente as relações patrimoniais da teoria da vontade e da teoria da declaração e as aproxima da teoria da confiança, pela qual “se materializam os valores constitucionais e prestigia-se a proteção fundamental da pessoa humana, a partir da solidariedade social e da isonomia.”¹²²

Diante desta amplitude, guardando o alertado zelo, a boa-fé objetiva também penetra no Direito Patrimonial de Família, pois na qualidade de um princípio jurídico – que exige um comportamento ético – e de uma cláusula geral – responsável por proteger a confiança depositada nas relações familiares, impedir o *venire contra factum proprium* e o enriquecimento sem causa –, tem o cunho de preservar os interesses da entidade familiar, e, principalmente, a dignidade de seus membros nos efeitos materiais advindos do matrimônio, os quais refletem além da partilha de bens, objeto deste trabalho, na herança, na pensão alimentícia, no direito real de habitação, usufruto dos bens, entre outros assuntos especiais das relações familiares.

Assim sendo, a boa-fé objetiva deve impor modelos ideais de conduta e ao mesmo tempo consequências jurídicas para a hipótese de descumprimento destes deveres, como imperativo alicerçado na noção de responsabilidade, cuja ideia pretendemos sugerir na seara da divisão patrimonial decorrente da dissolução do casamento. Isto, porque, atualmente inexistente sanção ao cônjuge que se empenha em omitir ou desviar bens para fraudar a meação do outro, o que acaba por ser uma porta aberta às ações fraudulentas, pois se houver êxito nos maliciosos estratagemas, o desonesto é contemplado com a totalidade do bem comum sonogado, e na pior das hipóteses, terá apenas que submeter o patrimônio escondido à partilha ou sobrepartilha de bens, muitas vezes após anos de discussão ter se beneficiado do uso exclusivo ou até mesmo de eventual renda proporcionada com a sonegação.

A recíproca também deve ser protegida pela boa-fé objetiva, ou seja, quando cientes os cônjuges do patrimônio particular do outro, deve ser inviabilizada a pretensão de qualquer um deles de, por vias transversas, se beneficiar dos respectivos bens no momento da partilha, como,

¹²¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiência, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, v.1, p.7.

¹²² FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.27.

aliás, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº1.164.887/RS, quando negou a comunicação dos frutos de bem doado com cláusula de incomunicabilidade, cujo gravame abrangia as futuras bonificações, pois além de não haver exigência legal de os nubentes descreverem quais eram seus bens anteriores no momento do casamento, “pretender que o separando tivesse sido cientificado dos bens que a separanda possuía ao casar, bem como a condição de cada um deles, implicaria presumir que o casamento não estava sendo contraído de boa-fé pelo varão.”¹²³

Exatamente por essas e outras situações é que a boa-fé objetiva, nesta perspectiva, é fundamental desde o princípio: na escolha do regime de bens, em eventual alteração do regime escolhido, na administração e gestão do patrimônio durante a união e, na dissolução dos vínculos familiares, consoante abordaremos na sequência, após analisar a vedação ao *venire contra factum proprium*.

3.2.5 A proibição do comportamento contraditório no âmbito das relações patrimoniais de família

Um dos critérios práticos para a aplicação da boa-fé objetiva no direito patrimonial familiar é a vedação da conduta contraditória¹²⁴, conhecida pelo provérbio latino *nemo potest venire contra factum proprium*, cujo princípio inviabiliza alguém se comportar em um determinado sentido e posteriormente contrariar o comportamento inicial para lesar a confiança e a expectativa despertadas em outrem.

É, pois, a proibição de incoerência de comportamento, ou como melhor conceitua Menezes Cordeiro, quando o exercente postula duas ações lícitas em si e diferidas no tempo, sendo a primeira o *factum proprium*, contrariada pela segunda.¹²⁵ Ou seja, não é lícito alguém, utilizando-se de um direito, refutar seu comportamento anterior, quando este se opuser à lei, aos bons costumes e à boa-fé.¹²⁶

¹²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j.24-04-2014.

¹²⁴ Menezes Cordeiro menciona que a presença da *venire contra factum proprium* na Ciência do Direito moderna ocorreu graças a monografia de Riezler, publicada no início do século (Riezler, *Venire contra factum proprium/Studien im romischen, englischen und deutschen Zivilrecht* – 1912), na qual o autor traça os quadros dessa preposição nos Direito romano, inglês e alemão, mencionando ainda, o Direito canônico, os glosadores, os conciliadores e a evolução posterior até a pandectística. (CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p.742-743).

¹²⁵ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p.745.

¹²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999.

Esta teoria, apesar de nunca ter sido prevista expressamente no ordenamento jurídico, mantém um *contínuo flerte* com a Ciência jurídica contemporânea, tanto que a doutrina e a jurisprudência têm amplamente se utilizado da vedação do *venire contra factum proprium* como expressão da cláusula geral de boa-fé objetiva, em especial no Direito de Família,¹²⁷ como, por exemplo fez o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº1.283.796/RJ ao permitir a antecipação de partilha ao ex-cônjuge mulher de metade de indenização percebida em processo de dissolução de sociedade comercial, pelos mesmos motivos e condições defendidos outrora pelo varão – ausência de decisão quanto à meação e grande vulto do patrimônio do ex-casal –, os quais impugnou quando utilizado pela ex-esposa.¹²⁸

Nada mais coerente a decisão da Corte superior, pois ao ter o ex-marido levantado antecipadamente seu quinhão da indenização sob o argumento de ser um direito líquido e certo sem prejuízo à mulher em face da grandiosidade do patrimônio partilhado, não haveria como, posteriormente, atender seu requerimento de inviabilizar a liberação do mesmo montante à outra parte, pelo fato de o inventário não ter sido concluído ou por não ter sido liquidado todo o patrimônio conjugal, pois, do contrário, corroboraria o Poder Judiciário com o nítido comportamento contraditório do recorrente.

Fora da esfera processual, estas condutas desarmônicas são recorrentes quando o assunto é o patrimônio familiar, pois não raras as vezes após escolher por um regime de comunhão de bens, um dos cônjuges por puro egoísmo ou motivado pela errônea sensação de ter conquistado

¹²⁷ SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2012, p.321.

¹²⁸ PROCESSO CIVIL. DIREITO CIVIL. LEVANTAMENTO DE MEAÇÃO EM PROCESSO DE INVENTÁRIO E PARTILHA PENDENTE NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. PATRIMÔNIO DE GRANDE VULTO A RESPALDAR EVENTUAL DIFERENÇA PORVENTURA APURADA EM PROCESSO DE INVENTÁRIO E PARTILHA. ANTECIPAÇÃO DE PARTILHA DEFERIDA AO EX-CÔNJUGE. COMPORTAMENTO PROCESSUAL CONTRADITÓRIO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. SÚMULA 7 DO STJ. NÃO OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART.535 DO CPC. 1. Inexiste violação ao art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma suficiente sobre a questão posta nos autos, sendo certo que o magistrado não está obrigado a rebater um a um os argumentos trazidos pela parte se os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 2. Em regra, os requisitos autorizadores da concessão de tutela antecipada, previstos no art.273 do Código de Processo Civil, devem ser aferidos pelo juiz natural, sendo defeso ao Superior Tribunal de Justiça o reexame dos aludidos pressupostos, em face do óbice contido na súmula 7/STJ. 3. A impossibilidade de reversão da decisão (em fase de execução), que reconheceu o direito do ex-cônjuge varão à percepção de indenização em processo de dissolução de sociedade comercial, cumulada com apuração de haveres, somada ao direito incontroverso da ex-mulher à meação desses valores, legitima seu levantamento pela recorrida, máxime tendo em vista que o patrimônio do casal é suficientemente expressivo para cobrir qualquer diferença porventura apurada em favor de um ou de outro, nos autos do *inventário e partilha*, consoante consignado pelo tribunal de origem (fl. 191). *Infirmar tal decisão é vedado pelo óbice erigido pela Súmula 7 do STJ*. 4. Ademais, sendo o escopo precípua da caução prevenir provável risco de grave dano de difícil ou incerta reparação a que exposto o executado com o prosseguimento da execução, ressoa inequívoca a prescindibilidade desta garantia no caso em julgamento, ante o expressivo vulto do patrimônio partilhável. 5. Ademais, a antecipação de partilha outorgada ao recorrente, sob os mesmos motivos e condições outrora defendidos, e que ora impugna, descerra comportamento processual contraditório, caracterizado como *venire contra factum proprium*. Precedentes. 6. Recurso especial não provido. Cassada a liminar concedida namedida cautelar 17.090/RJ. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.14-02-2012).

todo o acervo conjugal sozinho, ou ainda, por mera vingança, providencia durante o casamento ou após a separação fática do casal o esvaziamento e a dissipação de maior parte do patrimônio em total contradição ao *animus* escolhido e prometido no início da relação.

A partir da análise da breve noção conceitual em conjunto com os exemplos de aplicação no caso concreto, possível verificar que a caracterização do *venire contra factum proprium* exige os seguintes requisitos: a) o *factum proprium*; b) a legítima confiança; c) a contradição ao *factum proprium* e d) o dano efetivo ou potencial.¹²⁹ Segundo Menezes Cordeiro é necessário ainda que a contradição seja objetiva, pois “só se considera como *venire contra factum proprium* a contradição direta entre a situação jurídica originada pelo *factum proprium* e o segundo comportamento do autor.”¹³⁰

A este fenômeno jurídico, Cristiano Chaves de Farias assemelha o abuso do direito cometido pela *supressio* (*Vermirkung*) e pela *surrectio* (*Erwirkung*), institutos derivados do sistema alemão que consideram, respectivamente, inadmissível o exercício de determinadas situações jurídicas após o retardamento e a omissão terem ensejado a expectativa em outra pessoa (*supressio*), e o surgimento de uma situação vantajosa para alguém em face do não exercício de um determinado direito por outrem (*surrectio*), pois assim como o *venire contra factum proprium*, a *supressio* e a *surrectio* atuam como fatores de preservação da confiança alheia e somente se diferenciam pelo fato de a expectativa, ao invés de ser delimitada de acordo com a conduta antecedente, ser projetada pela injustificada e circunstancial inércia do titular, cujo comportamento indica que o direito não mais será exercido.¹³¹

Tanto o *venire contra factum proprium* como a *supressio* e a *surrectio* têm o foco de tutelar a confiança para preservar os fundamentos basilares da Constituição Federal, a saber, os princípios da solidariedade social e da segurança jurídica, e a cláusula geral da boa-fé objetiva que deles decorre, posto que no direito contemporâneo, o interesse está em proteger a repercussão dos atos de um cidadão sobre outros, sendo esta, inclusive, a razão pela qual é irrelevante a culpa no comportamento do indivíduo para a efetiva configuração, sobretudo no campo do direito patrimonial de família, onde a crença nas atitudes do outro é cegamente depositada.

¹²⁹ SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2012, p.132.

¹³⁰ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p.746.

¹³¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. A aplicação do abuso do direito nas relações de família. In: (Orgs.) EHRHARDT, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Leituras Complementares de Direito Civil**. Salvador: Juspodium, 2010, p.197-198.

3.2.6 Boa-fé na escolha e na alteração no regime de bens e no contrato de convivência

Como do casamento decorrem vários efeitos econômicos, antes da celebração, os cônjuges podem optar pela escolha de um dos quatro regimes de bens na legislação atual (separação total de bens, comunhão parcial de bens, comunhão total de bens e participação final dos aquestos), pela mistura de um ou mais regimes, ou ainda, pela criação de cláusulas que adaptem os interesses do casal afetivo.¹³²

Além dos regimes convencionais, as partes têm liberdade para mesclar os regimes nominados ou adotar outros que melhor se ajustem às suas reais necessidades, conforme observa Sílvio Rodrigues: “A lei faculta aos nubentes estipularem o que lhes aprouver quanto aos seus bens. De modo que podem optar por um dos regimes disciplinados no Código Civil, como podem combinar regras de um com regras de outro, ou ainda estabelecer um regime peculiar.”¹³³

A liberdade de estruturação foi aprovada pelo Enunciado 331 da *IV Jornada de Direito Civil do Superior Tribunal de Justiça*, com a seguinte redação:

O estatuto patrimonial do casal pode ser definido por escolha de regime de bens distintos daqueles tipificados no Código Civil e, para efeito de fiel observância no art.1.528 do CC¹³⁴, cumpre certificação a respeito, nos autos o processo de habilitação patrimonial.

Portanto, a autonomia privada autoriza os noivos escolherem, desde que respeitados os limites legais, alterações e combinações de regimes de bens de acordo com a casuística de cada casamento. É permitida a mistura inclusive com regimes previstos em legislações estrangeiras, ou ainda, usar o extinto regime dotal, nestas hipóteses descrevendo as regras e cláusula no contrato nupcial.¹³⁵

Esta liberdade de negociação dos nubentes a despeito do regime patrimonial está prevista no art.1.639 do Código Civil, de modo que na hipótese de não escolherem pelo regime legal da

¹³² Necessário expor que em algumas situações, os noivos não escolhem o regime de bens do casamento, pois em virtude da regra do art.1.641 do Código Civil, suas liberdades de escolha são sufocadas pela imposição legal do regime da separação obrigatória. Esta restrição é fixada aos que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento (CC, art. 1.523); aos maiores de 70 anos, e àquelas pessoas que dependerem de suprimento judicial para casar. Ela exclui a utilidade do pacto antenupcial, pois a lei faz prevalecer a separação obrigatória e, por consequência, as regras dos arts.1.687 e 1.688 do Código Civil.

¹³³ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil** – direito de família. v.6. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.138.

¹³⁴ Art.1.528. É dever do oficial do registro esclarecer os nubentes a respeito dos fatos que podem ocasionar a invalidade do casamento, bem como sobre os diversos regimes de bens.

¹³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense. Atualizada por Tania da Silva Pereira, 2009, p.14.

comunhão parcial bens, deverão regulamentar as regras que irão nortear o casamento por intermédio do pacto antenupcial, cujo instrumento para Pontes de Miranda é um negócio jurídico de natureza especial, pois mistura regras do Direito de Família e do Direito das Obrigações.¹³⁶ Advém desta concepção o entendimento da maior parte da doutrina contemporânea, de ser o pacto um negócio jurídico de Direito de Família, pois além de regular as normas patrimoniais dos nubentes a partir do casamento, nele existe um espaço legal inviolável que prevê regras de natureza imperativa.¹³⁷

Para Caio Mário da Silva Pereira, embora seja contratual a escolha do regime patrimonial do futuro casal, o pacto antenupcial não se sujeita às regras do Direito das Obrigações, mas às do Direito de Família. E com base neste fundamento, conclui ser um “contrato de Direito de Família”.

Rolf Madaleno, ao tratar da natureza do pacto antenupcial, afirma ser contratual e institucional, em função do casal poder aderir e, em especial, dar sua feição própria ao pacto, desde que respeitados os limites legais oriundos das regras do regime primário de bens. Por fim, reforça o caráter de instituição ao escrever sobre a necessidade de intervenção judicial para uma eventual modificação posterior ao casamento e também de a dissolução somente poder ocorrer com a ruptura da sociedade conjugal.¹³⁸

No entender de Eduardo Fanzolato, o pacto antenupcial não é propriamente um contrato, mas uma espécie de convenção ou de pacto normativo. Isto porque, segundo o professor argentino, os interesses patrimoniais estão interligados ao matrimônio.¹³⁹ Por outro lado, a doutrina francesa defende que o *contrat de mariage* é de natureza exclusivamente contratual e acessório ao casamento¹⁴⁰, o que não nos parece correto, pois tampouco a natureza do casamento que consideram contrato principal, está definida entre os familistas.

A doutrina diverge quanto à natureza jurídica do pacto antenupcial, mas a origem e ligação com o Direito de Família é inegável, de maneira que julgamos incoerente defender tratar-

¹³⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. v.8. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 229.

¹³⁷ Este é o entendimento de: Rolf Madaleno (MADALENO, Rolf Hanssen. **Novos horizontes no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2010); Tula Wesendonck (WESENDONCK, Tula. **Direito patrimonial de família**: disciplina geral do regime de bens no Código Civil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011), João Andrades Carvalho (CARVALHO, João Andrades. **Regime de bens**. Rio de Janeiro: Aide, 1996) e Débora Gozzo (GOZZO, Débora. **Pacto antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992).

¹³⁸ MADALENO, Rolf Hanssen. **Novos horizontes no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.4-5.

¹³⁹ FANZOLATO, Eduardo Ignacio. Las capitulaciones matrimoniales. **Revista de Derecho de Familia** nº19. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002, p.25.

¹⁴⁰ SURVILLE, F; COURTOIS, J. Le. LACANTINERIE, G. Baundry. **Traité théorique et pratique de droit civil**. Du contrat de mariage. , t. premier, deuxtème e troiseime. Paris: Librairie de La Societé Du Recuel G. Dês. Lois el Dês Arrêts, 1901, p.5.

se de natureza exclusivamente contratual, até mesmo porque é no âmbito do pacto nupcial que o elemento volitivo e a autonomia privada resolvem questões patrimoniais e extrapatrimoniais, as quais somente originarão com o casamento, ou seja, com o início da entidade familiar, e a ela e ao Direito de Família e Sucessões estará vinculado até a extinção. Concluimos, portanto, que o pacto antenupcial é um negócio jurídico de Direito de Família, devendo para existir no mundo jurídico ser elaborado, antes da celebração do casamento, por escritura pública e por sujeitos capazes e legitimados.

Considerando ser um negócio jurídico, dentre os requisitos indispensáveis para a validade do pacto, está o elemento volitivo, isto é, a vontade das partes, cuja pretensão deve ser manifestada de maneira consciente e livre de qualquer vício, além de ser imbuída de boa-fé, sob pena de nulidade, com base na teoria relativa aos vícios de consentimento na formação do negócio jurídico.

Muito se discute sobre a influência da vontade interna nas declarações manifestadas na celebração dos negócios jurídicos especialmente quando se trata de erro e de interpretação do negócio jurídico, pois nestas situações o papel da vontade tem tratamentos distintos.

O art.112 do Código Civil prescreve: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem”. Ou seja, do ponto de vista legislativo, parece ser evidente admitir a investigação da vontade real, mas conforme observa Antônio Junqueira de Azevedo, apesar do sistema subjetivo de interpretação, não é possível pesquisarmos a vontade sem antes analisarmos a declaração, pois partimos da declaração para descobrir a intenção.¹⁴¹

Na fase seguinte, a discussão paira sobre como conduzir a interpretação, se pela vontade do declarante ou pela sua boa-fé. Apesar da divergência da doutrina, na jurisprudência muitas vezes predomina a intenção das partes, com aplicação do art.112 do Código Civil. Em algumas decisões são utilizados simultaneamente o critério da boa-fé e o da intenção, bem como os usos e costumes, para interpretar o negócio jurídico¹⁴², conforme observamos no julgamento do Recurso Especial nº1.013.976/SP, em 29 de maio de 2012¹⁴³.

¹⁴¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2013, p.98-99.

¹⁴² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2013, p.01.

¹⁴³ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE CONTRATO DIRECIONADA CONTRA "AVALISTAS" DO TÍTULO EXECUTIVO. AVAL APOSTO FORA DE TÍTULO DE CRÉDITO. EXEGESE DO ART. 85 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 (ART.112 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002). RECONHECIMENTO DA SITUAÇÃO DE COOBRIGADO NA AVENÇA. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO QUE PRIVILEGIA A INTENÇÃO DOS CONTRATANTES, A BOA-FÉ OBJETIVA E OS USOS E COSTUMES. 1. A principiologia adotada no art. 85 do CC/16 – no

Diante da prevalência da vontade no sistema brasileiro, Antônio Junqueira de Azevedo, na mesma linha da jurisprudência sugere “primeiramente interpretar a declaração, objetivamente, com base no critério abstrato, e somente num segundo momento, investigar a intenção do declarante (critério concreto).” Entende o autor que a declaração para ser interpretada deve ser inserida num contexto, envolvendo as circunstâncias, principalmente a boa-fé, os usos e costumes.¹⁴⁴

Este entendimento é bastante pertinente ao Direito de Família, pois muitas vezes a declaração da vontade exposta na escritura pública não corresponde ao desejo real dos noivos. Por esta razão, Rolf Madaleno defende aplicar o art.112 do *Codex*, pois assim, haverá a satisfação jurídica dos contratantes, tal qual ocorre nos testamentos ao assegurar ao máximo a vontade do testador.¹⁴⁵

Assim como nos demais negócios jurídicos, a declaração do pacto antenupcial, além de observar a vontade real, deve ser interpretada em consonância com a boa-fé, os usos e costumes, como fez o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº992.749/MS, ao excluir o cônjuge mulher da sucessão do falecido, mesmo sendo casados pela separação total de bens convencional (CC, art.1.829, I), em virtude da situação fática vivenciada pelo casal e a vontade dos consortes, conforme demonstramos em trecho do voto da Ministra Nancy Andrigui:

De curial importância o fato de que, se os nubentes pactuaram a separação de bens, muito provavelmente não gostariam que o cônjuge sobrevivente fosse alçado à condição de herdeiro em concorrência com os descendentes¹⁴⁶ [...] Deve, portanto, ser respeitada a vontade das partes, que ao estipularem o regime de bens sabem exatamente o que estão fazendo.¹⁴⁷

que foi reafirmada de modo mais eloquente pelo art.112, do CC/02 – visa conciliar eventuais discrepâncias entre os dois elementos formativos da declaração de vontade, quais sejam, o objetivo – consubstanciado na literalidade externada –, e o subjetivo – consubstanciado na internalidade da vontade manifestada, ou seja, na intenção do agente. 2. No caso concreto, é incontroverso que o ora recorrido assinou o contrato de mútuo como “avalista-interveniente”. Porém, o próprio acórdão recorrido reconheceu que, no corpo do contrato, “o agravado Abdo Aziz Nader assumiu a condição de coobrigado interveniente avalista, nos termos da cláusula 8.7 dos contratos firmados pelas partes, objeto da execução” (fl.127), o que evidencia, de fato, que a manifestação de vontade consubstanciada na literalidade da expressão “avalista” não correspondeu à intenção dos contratantes, cujo conteúdo era, decerto, ampliar as garantias de solvência da dívida, com a inclusão do sócio da devedora como coobrigado. 3. Assim, a despeito de figurar no contrato como “avalista-interveniente”, o sócio da sociedade devedora pode ser considerado coobrigado se assim evidenciar o teor da avença, conclusão que privilegia, a um só tempo, a boa-fé objetiva e a intenção externada pelas partes por ocasião da celebração. 4. Ademais, os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme os usos e costumes (art.113, CC/02), e se mostra comum a prática de os sócios assumirem a posição de garantes pessoais das obrigações da sociedade da qual fazem parte (por aval ou por fiança), de modo que a interpretação pleiteada pelo ora recorrente não se distancia – ao contrário, aproxima-se do que normalmente ocorre no tráfego bancário. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e provido. (BRASIL. REsp 1013976/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.17-05-2012, DJe 29-05-2012).

¹⁴⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2013, p.102.

¹⁴⁵ MADALENO, Rolf Hanssen. **Novos horizontes no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.17.

¹⁴⁶ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica>. Acesso em: 19 jul. 2013.

¹⁴⁷ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica>. Acesso em: 19 jul. 2013.

Muito embora a decisão não seja a mais adequada para o caso concreto, pois neste julgado a Corte Superior ignorou a regra sucessória do art.1.829, I, do Código Civil, inegável ter predominado a suposta verdade íntima do falecido sobre a declarada por ambos os nubentes, permitindo concluir que eventual divergência entre a vontade real e a manifestada acarretará a nulidade do negócio jurídico¹⁴⁸.

Além da vontade interna e da manifestação de vontade, o art.111 do Código Civil também consagra como meio de exteriorizar o consentimento, o silêncio. Sílvia de Salvo Venosa destaca que para produzir efeitos de manifestação de vontade deve vir “acompanhado de outras circunstâncias ou condições. O silêncio de um contratante só pode induzir manifestação de vontade, aquiescência de contratar, se naquelas determinadas circunstâncias, inclusive pelos usos e costumes de lugar, pode intuir-se uma manifestação volitiva.”¹⁴⁹

Em Portugal o silêncio juridicamente relevante é analisado perante às circunstâncias, sendo o silêncio um elemento de um vasto conjunto que compõe o caráter negocial. Desta forma, mesmo oriundo da lei ou dos usos, o silêncio não dará origem a nenhum negócio jurídico, pois conforme José de Oliveira Ascensão, ele está sub-rogado a exteriorização para de seus efeitos se extraírem consequências jurídicas similares das declarações, não subsistindo de forma autônoma.¹⁵⁰

No Brasil, o silêncio, em virtude das previsões do art.111 e o *caput* do art.1.640 do Código Civil, representa para os nubentes, no momento da escolha do regime de bens, o consentimento com a imposição do regime legal e supletiva da comunhão parcial de bens. No caso de outra opção, os noivos devem pactuar¹⁵¹ as regras patrimoniais de acordo com as regras gerais dos negócios jurídicos e específicas, as quais devem ser acompanhadas da vontade livre de vícios e imbuídas de boa-fé objetiva de ambos os contratantes, consoante preconizado nos arts.422 e 1.655, ambos do Código Civil.

Desta forma, apesar das diversas possibilidades de negociação, por exemplo, inviável seria fracionar os regimes em relação aos cônjuges, pois além da ofensa ao princípio da indivisibilidade do regime de bens que não permite pela isonomia constitucional, adotar regimes

¹⁴⁸ A prescrição inicia com a dissolução do vínculo conjugal, uma vez que o art.197, inciso I, do Código Civil, diz não incidir a prescrição entre os cônjuges na constância do casamento.

¹⁴⁹ VENOSA, Sílvia de Salvo. **Direito civil**: parte geral. v.1. 5.ed. São Paulo; Atlas, 2005, p.401.

¹⁵⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil** – teoria geral, ações e fatos jurídicos. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.34-36.

¹⁵¹ CARDOSO, Fabiana Domingues. **Regime de bens e pacto antenupcial**. São Paulo: Método, 2010, p.132.

distintos para o marido ou a esposa¹⁵², haveria nítida afronta ao princípio da boa-fé objetiva pelo enriquecimento ilícito causado. Ou seja, a excessiva submissão econômica de um dos nubentes, autorizaria o enriquecimento indevido do outro, de modo que, nestes casos, o equilíbrio patrimonial deve ser restaurado com fundamento na boa-fé objetiva.

Por outro lado, a boa-fé objetiva deve igualmente estar presente no momento da alteração do regime de bens na constância do casamento, cuja possibilidade está prevista no art.1.639 do Código Civil, e depende de pedido judicial conjunto e justificado que ressalve direitos de terceiros. Nos casos de alteração do regime matrimonial, apesar de não ser o foco deste trabalho, não custa lembrar que a boa-fé deve exercer a função de controle tanto nos interesses entre os cônjuges, como em relação a terceiros¹⁵³, pois não raras são as vezes que, a despeito da ressalva da própria lei, os nubentes mudam de um regime mais amplo para outro mais restrito para, por exemplo, fraudar credores e evitar a incidência de penhora sobre os bens do casamento, tal com ocorria na antiga separação de fachada, onde havia apenas uma simulação da ruptura e a partilha de bens, ficando o cônjuge que nada devia com a maior parte, senão todo o patrimônio familiar.

No tocante aos consortes a preocupação existe quando há uma restrição e renúncia de direitos com a modificação do regime de bens em casamentos em que já existe patrimônio comum, pois permitida a incidência do injusto e, muitas vezes, do malicioso efeito retroativo, o qual acaba tornando incomunicável os bens adquiridos desde o começo da relação. A ausência de boa-fé objetiva é facilmente verificada quando a precedente união estável é convertida em casamento, com a eficácia retroativa de um regime de comunhão total de bens ou parcial para o de total separação, sem prévia partilha de bens, pois além de haver um notório enriquecimento ilícito, tal conduta é completamente contraditória a anterior de escolha de comunhão patrimonial, sem contar que, independentemente do motivo, há a quebra da confiança e da expectativa criada no outro no início das núpcias.

Com base neste raciocínio, Rolf Madaleno entende que somente deveria “ter tráfico o contrato incidental de mudança de regime de bens quando for para empreender um regime de comunicação e não servir para impor restrições aos bens que já se comunicaram, só podendo ser

¹⁵² TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil 5: direito de família**. 8.ed. São Paulo: Método, 2013, p.23.

¹⁵³ Enunciado nº113, aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal em 2002: Art.1.639: é admissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade.

admitida mudança do regime quando for para ampliar, ou acrescentar direitos.”¹⁵⁴ Por esta razão que, assim como ocorre na alteração do regime de bens na constância do casamento de um regime mais abrangente para um mais limitado quando já há uma massa patrimonial, Madaleno, acompanhado da maioria da doutrina e jurisprudência¹⁵⁵, sustenta a exigência de prévia partilha dos bens já integrantes à meação¹⁵⁶, a qual igualmente entendemos que deve ser feita, salvo, evidentemente, ressalvem os cônjuges o contrário.

Nesse sentido Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald escrevem: “Com efeito, imaginando se tratar de modificação de um regime de comunhão para uma separação absoluta, é de se lhe reconhecer efeitos *ex nunc*, não retroativos, sendo obrigatória a realização da partilha.”¹⁵⁷

Em suma, para evitar o abuso de direito e respeitar os limites do princípio da boa-fé objetiva, caso não haja concordância expressa dos cônjuges acerca do efeito retroativo do novo regime de bens escolhido, os efeitos serão projetados após o trânsito em julgado da demanda de alteração, pois a eficácia da mutabilidade de um regime que era válido e eficaz deve ser para o futuro, para assim preservar as expectativas e os interesses dos cônjuges e de terceiros, independentemente de restringir ou ampliar direitos.¹⁵⁸

¹⁵⁴ MADALENO, Rolf. Pactos patrimoniais e autonomia da vontade. In: (Org.) SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. **Grandes temas de direito de família e das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.193.

¹⁵⁵ APELAÇÃO CÍVEL. REGIME DE BENS. MODIFICAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART.1.639, §2º, DO CÓDIGO CIVIL. [...] Não há qualquer óbice a que a modificação do regime de bens se dê com efeito retroativo à data do casamento, pois, como já dito, ressalvados estão os direitos de terceiros. E, sendo retroativos os efeitos, na medida em que os requerentes pretendem adotar o regime da separação total de bens, nada mais natural (e até exigível, pode-se dizer) que realizem a partilha do patrimônio comum de que são titulares. [...] Deram provimento. Unânime. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. ApC Nº70042401083, 8ª Câmara Cível, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 28/07/2011). CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SEPARAÇÃO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. REGIME DE BENS. EFEITOS SOBRE O PATRIMÔNIO COMUM ANTERIOR AO CASAMENTO. 1. Recurso especial em que se discute, além de possível julgamento extra petita, os efeitos decorrentes da opção por um determinado regime de bens, em relação ao patrimônio amealhado pelo casal, antes do casamento, mas quando conviviam sob a forma de sociedade de fato. 2. O pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo, em consideração ao pleito global formulado pela parte. 3. Deduzido pedido para a partilha de todo o patrimônio amealhado durante o casamento, engloba-se, por conclusão lógica, precedentes períodos ininterruptos de convívio sob a forma de união estável ou sociedade de fato, porque se constata a existência de linha única de evolução patrimonial do antigo casal, na qual os bens adquiridos na constância do casamento são fruto, em parcela maior ou menor, do período pré-casamento, quando já existia labor conjunto. 4. Convolada em casamento uma união estável ou sociedade de fato, optando o casal por um regime restritivo de compartilhamento do patrimônio individual, devem liquidar o patrimônio até então construído para, após sua partilha, estabelecer novas bases de compartilhamento patrimonial. 5. A não liquidação e partilha do patrimônio adquirido durante o convívio pré-nupcial, caracterizado como sociedade de fato ou união estável, importa na prorrogação da co-titularidade, antes existente, para dentro do casamento, sendo desinfluyente, quanto a esse acervo, o regime de bens adotado para vigor no casamento. 6. Recurso provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi, j.11/06/2013).

¹⁵⁶ MADALENO, Rolf. Pactos patrimoniais e autonomia da vontade. In: (Org.) SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. **Grandes temas de direito de família e das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.193-194.

¹⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 5.ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p.352.

¹⁵⁸ Direito civil. Família. Casamento celebrado sob a égide do CC/16. Alteração do regime de bens. Possibilidade. – A interpretação conjugada dos arts.1.639, §2º, 2.035 e 2.039, do CC/02, admite a alteração do regime de bens adotado por ocasião

3.2.7 Boa-fé objetiva na gestão patrimonial durante o casamento

Formada a sociedade conjugal, advém a comunhão plena de vida dos nubentes tanto na esfera afetiva como na patrimonial, consoante prevê o art.1.511 do Código Civil, cuja união é ainda mais completa quando o regime de bens escolhido pelo casal implica na comunicação do patrimônio, devendo o princípio da boa-fé objetiva reinar durante toda a existência do vínculo conjugal, inclusive no tocante à gestão patrimonial, pois apesar de existirem normas cogentes acerca da administração de bens, diversas são as formas silenciosas e aparentemente legais de driblá-las.

Além dos deveres e obrigações recíprocas dos consortes estabelecidas no art.1.566 do Código Civil, o legislador ao mesmo tempo fixou os atos que tanto o marido como a mulher podem livremente praticá-los (CC, art.1.642)¹⁵⁹, e os atos que, nos regimes de comunhão de bens, dependem de autorização prévia do outro (CC, art.1.647),¹⁶⁰ pois apesar de o casamento

do matrimônio, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido. – Assim, se o Tribunal Estadual analisou os requisitos autorizadores da alteração do regime de bens e concluiu pela sua viabilidade, tendo os cônjuges invocado como razões da mudança a cessação da incapacidade civil interligada à causa suspensiva da celebração do casamento a exigir a adoção do regime de separação obrigatória, além da necessária ressalva quanto a direitos de terceiros, a alteração para o regime de comunhão parcial é permitida. – Por elementar questão de razoabilidade e justiça, o desaparecimento da causa suspensiva durante o casamento e a ausência de qualquer prejuízo ao cônjuge ou a terceiro, permite a alteração do regime de bens, antes obrigatório, para o eleito pelo casal, notadamente porque cessada a causa que exigia regime específico. – Os fatos anteriores e os efeitos pretéritos do regime anterior permanecem sob a regência da lei antiga. Os fatos posteriores, todavia, serão regulados pelo CC02, isto é, *a partir da alteração do regime de bens, passa o CC02 a reger a nova relação do casal*. – Por isso, não há se falar em retroatividade da lei, vedada pelo art.5º, inc.XXXVI, da CF/88, e sim em aplicação de norma geral com efeitos imediatos. Recurso especial não conhecido. (BRASIL. REsp 821.807/PR, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j.19/10/2006, DJ 13/11/2006, p.261). RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO. ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS. TERMO INICIAL DOS SEUS EFEITOS. EX NUNC. ALIMENTOS. RAZOABILIDADE. BINÔMIO NECESSIDADE E POSSIBILIDADE. CONCLUSÕES ALCANÇADAS PELA CORTE DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO NA VIA ELEITA. SÚMULA 7/STJ. 1 – Separação judicial de casal que, após período de união estável, casou-se, em 1997, pelo regime da separação de bens, procedendo a sua alteração para o regime da comunhão parcial em 2007 e separando-se definitivamente em 2008. 2 – Controvérsia em torno do termo inicial dos efeitos da alteração do regime de bens do casamento ("ex nunc" ou "ex tunc") e do valor dos alimentos. 3 – Reconhecimento da eficácia "ex nunc" da alteração do regime de bens, tendo por termo inicial a data do trânsito em julgado da decisão judicial que o modificou. Interpretação do art.1639, §2º, do CC/2002. 4 – Razoabilidade do valor fixado a título de alimentos, atendendo aos critérios legais (necessidade da alimentanda e possibilidade do alimentante). Impossibilidade de revisão em sede de recurso especial. Vedação da Súmula 07/STJ. 5 – Precedentes jurisprudenciais do STJ. 6 – RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j.13/05/2014).

¹⁵⁹ Art.1.642. Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente: I – praticar todos os atos de disposição e de administração necessários ao desempenho de sua profissão, com as limitações estabelecida no inciso I do art. 1.647; II – administrar os bens próprios; III – desobrigar ou reivindicar os imóveis que tenham sido gravados ou alienados sem o seu consentimento ou sem suprimento judicial; IV – demandar a rescisão dos contratos de fiança e doação, ou a invalidação do aval, realizados pelo outro cônjuge com infração do disposto nos incisos III e IV do art. 1.647; V – reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos; VI – praticar todos os atos que não lhes forem vedados expressamente.

¹⁶⁰ Art.1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: I – alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; II – pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; III – prestar fiança ou aval; IV – fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação. Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia

não ser o fim da vida pessoal, a comunhão plena de vida é “uma verdadeira fusão de vontades ao redor de um objetivo comum.”¹⁶¹

Muito embora não seja intenção elencar e abordar as situações individuais, para melhor compreensão deste trabalho, *mister* expor que a exigência do consentimento para determinados atos visa coibir ações que possam resultar na redução do patrimônio imobiliário. Ou seja, olvidou o legislador de proteger os bens móveis, os quais muitas vezes são de grande valor, e infelizmente, em face da lacuna legal, são retirados do acervo comum às vésperas da dissolução conjugal em total abuso ao direito gestacional do cônjuge, cuja conduta, não rara, além de afrontar os deveres éticos e de lealdade, configura verdadeira afronta à boa-fé objetiva, por se tratar de um ato contraditório ao inicial, quando da escolha do regime de bens, e ainda caracterizar nítido enriquecimento indevido do responsável pelo esvaziamento patrimonial.

Bem lembrado por Rolf Madaleno, os ilícitos gerenciais também são cometidos com o uso de esquecidas procurações outorgadas por um dos cônjuges ao outro com intuito de facilitar a administração do acervo comum, e até mesmo de patrimônio particular do outorgante.¹⁶²

Além do desvio dos bens móveis, as pessoas jurídicas são um campo fértil para o exercício abusivo da gestão do patrimônio conjugal, conforme veremos mais detalhadamente no Capítulo 6, pois as alterações no âmbito societário independem de anuência do cônjuge, e desta prerrogativa muitos cônjuges imbuídos de má-fé se aproveitam, por exemplo, para aparentemente deixar o quadro social e não incluir a participação societária na partilha de bens; transformar o tipo societário e reduzir o valor das quotas ou ações; adquirir bens em nome da pessoa jurídica e ter a livre disponibilidade para venda; cindir a sociedade através da dissolução parcial ou total, judicialmente ou meramente de fato¹⁶³. O empresário ainda pode dispor dos bens da empresa sem a outorga conjugal, consoante permite o art.978 do Código Civil. Essas e outras infinitas manobras na administração dos bens conjugais permitem ao gestor concretizar o descaminho patrimonial, por isso a importância do princípio da boa-fé objetiva, pois os limites legais, infelizmente, não evitam os abusos cometidos durante a relação conjugal, os quais

separada.

¹⁶¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 5.ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p.362,

¹⁶² MADALENO, Rolf Hanssen. **Curso de direito de família**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.826.

¹⁶³ RIZZARDO, Arnaldo. Casamento e efeitos de participação social do cônjuge na sociedade. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. **Direitos fundamentais de direito de família**. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2004, p.56.

normalmente são feitos como prévia preparação da dissolução do matrimônio, onde igualmente a eticidade deve estar presente.

3.2.8 Boa-fé na dissolução do vínculo conjugal e na partilha de bens

Ainda que não seja possível impor a permanência do amor entre os cônjuges, caso não mantidos por vontade própria os deveres morais e éticos no término do casamento, é possível exigí-los com base na boa-fé objetiva, principalmente no tocante à partilha de bens e alimentos para evitar o desequilíbrio de fortunas e o indevido enriquecimento ilícito.

Independentemente do regime de comunicação de bens escolhido pelos consortes, realizada a partilha, seja no momento do divórcio ou posteriormente¹⁶⁴, o quinhão deve ser equânime e igualitário para ambos os cônjuges, salvo se algum deles, ciente de todo o monte partilhável e dos exatos valores, por vontade própria, abrir mão de alguma parcela ou de um bem específico¹⁶⁵. Contudo, pelo dever de cautela, pode o juiz se recusar a homologar o acordo pretendido pelos divorciandos quando “apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.”¹⁶⁶

Nas partilhas consensuais, quando não são tão consensuais assim, muitas são as vezes que a lealdade e a boa-fé passam longe, e no anseio de livrar-se logo do passado ou pelo receio de lhe ser mais prejudicial a partilha judicial, alguns cônjuges concordam com partilhas desiguais, as quais, infelizmente, passam incólumes pelos olhos do Estado-Juiz, ou são efetuadas pela possível escritura pública¹⁶⁷, onde a fiscalização, apesar de mais tênue, também com base na boa-fé deve existir, conforme alertam Francisco José Cahali e Regina Rick Rosa, ao escreverem

¹⁶⁴ O ideal é que os nubentes procedam a partilha de bens no final do relacionamento, mas a Lei Civil no artigo nº1.581 e a Lei de Processo Civil atual no art.1.121, §1º, norma mantida no art.731, parágrafo único do novo Código de Processo, permitem que esta divisão ocorra em momento posterior a homologação do divórcio. A única ressalva é que estes ex-consortes, enquanto não procederem a partilha, somente poderão contrair novo matrimônio pelo regime da separação obrigatória de bens, por conta das regras previstas nos arts.1.641, I, e 1.523, III, ambos do Código Civil.

¹⁶⁵ “Ainda com relação à partilha, não se olvide que, havendo desigualdade de quinhões, haverá incidência fiscal, como reconhecido pela Súmula 116 da Suprema Corte: ‘em desquite, ou inventário, é legítima a cobrança do chamado imposto de reposição, quando houver desigualdade nos valores partilhados’. De qualquer sorte, é necessário identificar qual a espécie tributária incidente. Para tanto, é possível usar como norte o posicionamento da Súmula 29 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, vazada em precisos termos: ‘na dissolução de sociedade conjugal, ocorrendo divisão desigual de bens, se a transmissão se der a título gratuito, incide ITCD (imposto sobre transmissão causa mortis ou sobre doação de bens e direitos), se a transmissão é a título oneroso, incide ITBI (imposto sobre transmissão de bens inter vivos)’. (FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 5.ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p.457).

¹⁶⁶ Art.1.574 do Código Civil.

¹⁶⁷ A possibilidade de divórcio por escritura pública adveio com a Lei nº11.441/2007.

que o tabelião ao verificar “que certa cláusula é vedada por lei, deverá recusar-se a lavrar a escritura, ou, ao menos, suscitar a respectiva dúvida.”¹⁶⁸

Não por outra razão, Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel afirma que

não surge como incoerente, tendo em consideração o conceito de família contemporânea, e as circunstâncias do caso concreto, o reconhecimento da nulidade, pela inobservância dos deveres impostos pela boa-fé objetiva, da partilha feita em separação consensual contendo disposição na qual um dos cônjuges realiza doação da totalidade dos bens ao outro, sem reserva do mínimo necessário para a sua subsistência, nos mesmos moldes do que estabelece o art.548 do Código Civil, em que é considerada “nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador.”¹⁶⁹

Os valores essenciais da boa-fé objetiva deveriam igualmente permear as partilhas litigiosas, mas as regras de conduta, o agir honesto, leal e ético passam longe dos combates conjugais, e ao invés de os consortes contribuírem e agirem com transparência com a indicação dos bens partilháveis e suas reais avaliações, não medem esforços para diminuir o acervo comum, precisando, evidentemente, em razão disso, a parte mais vulnerável ser cada vez mais protegida pelo Estado para evitar os nefastos resultados do desequilíbrio econômico e a afronta direta à boa-fé objetiva, pelo incontestável enriquecimento indevido, pois, em analogia ao direito obrigacional previsto no art.422 do Código Civil, os consortes são obrigados a guardar tanto antes, como na execução e na conclusão do casamento os princípios de probidade e boa-fé.

3.3 A regulamentação legislativa da posição dos cônjuges na relação patrimonial

O Código Civil de 1916 previa quatro regimes de bens, a saber, o da comunhão universal, da comunhão parcial, da separação total e o dotal. Em face da forte influência do sistema patriarcal, havia uma nítida prevalência pelo regime da comunhão universal com a administração dos bens pelo marido, chefe da família, sendo naquela época esse o regime legal, como igualmente previa o art.57 da legislação anterior (Decreto nº181, de 24 de janeiro de 1890)¹⁷⁰.

O extinto regime dotal era caracterizado pela existência de patrimônios distintos dos cônjuges, com a propriedade de cada um, sendo o dote a porção de bens que a mulher, ou alguém

¹⁶⁸ CAHALI, Francisco José; ROSA, Karin Regina Rick. **Escrituras públicas**: separação, divórcio, inventário e partilhas consensuais: análise civil, processual civil, tributária e notarial. São Paulo: RT, 2007, p.122.

¹⁶⁹ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. **Direito de família e o princípio da boa-fé objetiva**. Curitiba: Juruá, 2009, p.189.

¹⁷⁰ Art.57. Na falta do contracto ante-nupcial, os bens dos conjugues são presumidos communs, desde o dia seguinte ao do casamento, salvo si provar-se que o matrimonio não foi consummado entre elles.

por ela, transferia ao marido para, dos rendimentos dele, tirar o subsídio para o sustento do encargo patrimonial, restando a condição de restitui-lo depois de dissolvida a sociedade conjugal.¹⁷¹

A administração do acervo comum exclusiva do marido advinha da incapacidade da mulher casada, amenizada com o advento do Código Civil de 1916 e, formalmente excluída pelo Estatuto da Mulher Casada (Lei nº4.212/1962), cuja legislação criou a figura dos bens reservados, responsável pela exclusão do acervo comum, os bens adquiridos pela esposa pelo esforço de seu trabalho, como igualmente acrescentou o parágrafo único ao art.246 do Código Civil e o inciso XIII ao art.263, transformando o produto do trabalho da mulher em patrimônio separado.¹⁷² Contudo, essas mudanças não foram bem vistas, pois como os bens são normalmente adquiridos com fontes do trabalho exercido durante o casamento, a maior parte da doutrina entendeu que o instituto da comunhão de bens foi inutilizado e prejudicial à mulher, pois como todos são iguais perante a lei, os frutos dos rendimentos do marido também não eram mais bens comuns,¹⁷³ chegando Arnold Wald a sustentar ser esta regra a consagração do regime da comunhão parcial de bens.¹⁷⁴

Outra mudança relevante ocorreu em 1977, com o advento da Lei nº6.515, conhecida como Lei do Divórcio, pois foi a responsável por alterar o regime legal da comunhão universal para o da comunhão parcial. A partir desta época o regime da comunhão parcial passou a ser o mais frequente, seguramente em virtude “do fato de que, na fase romântica que precede o matrimônio, os noivos preferiam não falar de dinheiro, nem discutir o pacto antenupcial. Casam pelo regime que a lei determina viger no caso de seu silêncio.”¹⁷⁵

O Código Civil de 2002, em consonância com outros valores sociais, manteve os regimes da comunhão universal e da comunhão parcial de bens e as regras referentes à imposição do regime de bens obrigatória, revogou o regime dotal e introduziu o de participação final dos aquestos. Além disso, a Lei nº10.406/2002, dentre outras novidades, alterou as regras das disposições gerais sobre regime de bens, permitiu a alteração do regime de bens durante o casamento, conferiu maior liberdade aos cônjuges para a prática de determinados atos

¹⁷¹ BEVILAQUA, Clóvis. **Direito de Família**. 3.ed. Ramiro M. Costa e Filhos. Recife: Editores Recife, 1908, p.285.

¹⁷² TATSH, Arno Gaspar. Direito de família – a nova situação jurídica da mulher casada. **Revista da Ajuris**, n.37, Porto Alegre, jul.1986, p.132.

¹⁷³ DOWER, Nelson G. B. Bens reservados. In: (Orgs.) CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José Cahali. **Doutrinas essenciais** – família e sucessões v.V. São Paulo: RT, 2011, p.57-58.

¹⁷⁴ WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil** – direito de família. 3.ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1973, p.115-116.

¹⁷⁵ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil** – direito de família. v.6. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.177.

jurídicos¹⁷⁶, vinculou o regime de bens ao direito sucessório, pois incluiu novas regras acerca da concorrência do cônjuge supérstite e definiu a regra patrimonial aplicável à união estável do regime da comunhão parcial, quando não houver contrato dispondo o contrário.¹⁷⁷

¹⁷⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil** – família. São Paulo: Atlas, 2008, p.171.

¹⁷⁷ CARDOSO, Fabiana Domingues. **Regime de bens e pacto antenupcial**. São Paulo: Método, 2010, p.62.

4 DOS REGIMES DE BENS

4.1 Disposições gerais

O regime de bens é uma das matérias mais relevantes do Direito de Família, pois além de ser o conjunto de regras e princípios que regulam as relações econômicas dos cônjuges, reflete em questões de ordem ética e social. Como afirmam Christiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “nem somente de afeto é composta uma relação familiar.”¹⁷⁸

Em apertada síntese, a comunhão de vida entre os cônjuges é de tamanha plenitude, que além dos deveres de ordem pessoal, implica em responsabilidades e múltiplas consequências patrimoniais, sendo dos regimes de bens a incumbência de regular as questões econômicas.

Como a origem do regime de bens no direito brasileiro não veio do direito romano, pois faltou aos romanos e ao próprio direito canônico a noção de regime igualitário entre cônjuges, mas dos costumes trazidos pelo povo germânico, cujas leis foram adotadas por toda Europa¹⁷⁹, apesar da similitude, interessante transcrever a concepção de regime de bens do direito espanhol, abordada por Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón:

para el cumplimiento de sus fines el matrimonio requiere un soporte económico. Por esto, junto a los llamados “efectos personales” del matrimonio, la ley regula unos “efectos patrimoniales”. Al conjunto de reglas jurídicas que disciplinan la economía del matrimonio se le denomina usualmente en forma abreviada “regime económico conyugal”. Es un estatuto complejo, que tiene que dar respuesta a muy diferentes cuestiones.¹⁸⁰

No direito italiano, o conceito não é distinto: “secondo una consolidata definizione, il regime patrimoniale della famiglia è rappresentato dalla disciplina delle spettanze e dei poteri dei coniugi e dei familiari in ordine all’acquisto e alla gestione dei beni.”¹⁸¹

Antigamente pela influência das Ordenações Filipinas, o casamento e a vigência do regime de bens somente iniciavam com a primeira relação sexual depois da cerimônia. Mas

¹⁷⁸ FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.323.

¹⁷⁹ MIRANDA, Pontes de. **Direito de família**. Exposição Technica e Systematica do Código Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p.134-135.

¹⁸⁰ DíEZ-PICAZO, Luís; GULLÓN, Antonio. **Sistema de derecho civil**. 11.ed. Madrid: Tecnos, 2003, p.133. Tradução livre: “para o cumprimento da finalidade, o matrimônio requer um suporte econômico. Por isto, junto com os chamados efeitos pessoais do matrimônio, a lei regula os efeitos patrimoniais. O conjunto de regras jurídicas que disciplinam o aspecto econômico do matrimônio se denomina usualmente em forma abreviada de regime econômico conjugal. É um estatuto complexo, que tem que dar resposta a diferentes questões.”

¹⁸¹ SESTA, Michele. **Manuale di Diritto di Famiglia**. 5.ed. Padova: CEDAM, p.81. Tradução livre. Segundo uma consolidada definição, o regime patrimonial da família é representado pela disciplina dos deveres e dos poderes dos cônjuges e dos familiares em relação à aquisição e à gestão dos bens.

assim como a família e a sociedade, os regimes de bens também receberão novas configurações, e a partir de 1916 os regimes passaram a ter início quando da celebração do casamento – seja o civil ou o religioso dotado de efeitos civis (CC, art.1.639, §1º).¹⁸²

O Código Civil de 1916 previa quatro tipos de regimes de bens: comunhão parcial; dotal – dote era dado pelo genitor da esposa ao marido para os rendimentos manterem os encargos do casal – comunhão universal e o da separação. Uma vez escolhido o regime entre os nubentes vigiam as regras obrigatoriamente até o divórcio, em razão da irrevogabilidade, sendo até o advento da Lei nº6.515/1977, a comunhão universal, o regime legal de bens. Isso porque os regimes de comunhão de bens tinham como base a solidariedade matrimonial. Quanto mais restrita a capacidade contributiva da mulher, maior era a participação no acervo conjugal para evitar um desequilíbrio patrimonial, tanto é que atualmente há forte inclinação pelo regime convencional de separação de bens.

O Código Civil de 2002, construído e promulgado em outro contexto axiológico, trouxe algumas inovações em consonância aos valores sociais e constitucionais, a saber: substituiu o regime dotal pelo regime de participação final nos aquestos, alterou regras de disposições gerais sobre os regimes de bens, conferiu maior liberdade negocial aos cônjuges, instituiu o regime da comunhão parcial igualmente como regime legal à união estável, inseriu a possibilidade de alteração do regime patrimonial no curso do casamento, entre outras novidades não tão aplaudidas pelos juristas, como será abordado no decorrer deste trabalho.

4.2 Princípios que regem os regimes de bens do casamento

A doutrina identifica basicamente três princípios inerentes ao regime de bens: variedade dos regimes, liberdade pactícia e mutabilidade relativa dos regimes de bens.

O primeiro princípio fundamental, o da variedade de regime de bens, está conferido pelo art.1.639 do Código Civil¹⁸³ e consiste no fato de que o ordenamento jurídico brasileiro apresenta opções de regimentos incidentes no matrimônio/união estável, cuja escolha ficará a critério dos consortes. Atualmente, há quatro tipos de regimes de bens: a) comunhão universal de bens; b) comunhão parcial de bens; c) participação final nos aquestos; e d) separação total de bens (subdividido em duas modalidades: legal ou convencional). Conforme escreve Rolf Madaleno,

¹⁸² GOZZO, Débora. **Pacto antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992, p.6-7.

¹⁸³ Art.1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

a variação dos regimes permite aos cônjuges ou conviventes não apenas escolher dentre os quatro regimes de bens em vigor no Brasil [...], mas podendo mesclar esses regimes, e dessa forma personalizar as suas necessidades e pretensões, desde que suas cláusulas não contravenham disposição absoluta de lei¹⁸⁴.

Portanto, os consortes têm à sua disposição tipos diferentes de regramentos jurídicos e poderão escolher, conforme lhes aprouver e lhes for mais proveitoso e válido. Compartilhando do mesmo entendimento, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal afirmam que a extensão dos efeitos do princípio em estudo ultrapassa o texto de lei, até porque as partes podem fazer disposições além dos regimes “padrão”, “prontos” e determinados pelo Código Civil, particularizando suas regras, de acordo com as necessidades do casal e da família.¹⁸⁵

O segundo princípio, por sua vez, que é o da liberdade convencional, é decorrente do primeiro, pois dita a liberdade de escolha dos consortes acerca das opções legais de regimes de bens que são disponíveis. Esta liberdade de escolha está pautada na autonomia privada¹⁸⁶ e, como explanado anteriormente, poderão as partes criar suas regras próprias, se for de interesse, fugindo dos padrões legais.

Pelo princípio da liberdade convencional é que Fabiana Domingues Cardoso demonstra a relevância e a possibilidade de otimização do pacto antenupcial¹⁸⁷ – contrato¹⁸⁸ pelo qual os cônjuges, antes da celebração do casamento, podem deliberar sobre questões patrimoniais, a partir da escolha de um dos quatro regimes de bens, pela mistura de um ou mais regimes, ou ainda, pela criação de cláusulas que adaptem os interesses do casal afetivo.

¹⁸⁴ MADALENO, Rolf Hanssen. **Curso de direito de família**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.700.

¹⁸⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.346.

¹⁸⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.334.

¹⁸⁷ CARDOSO, Fabiana Domingues. **Regime de bens e pacto antenupcial**. São Paulo: Método, 2010, p.47.

¹⁸⁸ Para Pontes de Miranda, o pacto antenupcial é um negócio jurídico de natureza especial, pois mistura regras do Direito de Família e do Direito das Obrigações. Flávio Tartuce e José Simão sustentam ser o pacto de natureza contratual em virtude de visar interesses meramente patrimoniais. A maior parte da doutrina contemporânea assegura ser um negócio jurídico de Direito de Família, pois além de regular as normas patrimoniais dos nubentes a partir do casamento, nele existe um espaço legal inviolável que prevê regras de natureza imperativa. Para Caio Mário da Silva Pereira, embora seja contratual a escolha do regime patrimonial do futuro casal, o pacto antenupcial não se sujeita às regras do Direito das Obrigações, mas às do Direito de Família. E com base neste fundamento, conclui ser um “contrato de Direito de Família”. Rolf Madaleno, ao tratar da natureza do pacto antenupcial, afirma ser contratual e institucional, em função do casal poder aderir e, em especial, dar sua feição própria ao pacto, desde que respeitados os limites legais oriundos das regras do regime primário de bens. Por fim, reforça o caráter de instituição ao escrever sobre a necessidade de intervenção judicial para uma eventual modificação posterior ao casamento e também de a dissolução somente poder ocorrer com a ruptura da sociedade conjugal. (MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. v.8. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p.229. TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil 5: Direito de Família**. 8.ed. São Paulo: Método, 2013, p.123. Este é o entendimento de: Rolf Madaleno (MADALENO, Rolf Hanssen. **Novos horizontes no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.); Tula Wesendonck (WESENDONCK, Tula. **Direito Patrimonial de Família: disciplina geral do regime de bens no Código Civil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.) João Andrades Carvalho (CARVALHO, João Andrades. **Regime de bens**. Rio de Janeiro: Aide, 1996) e Débora Gozzo (GOZZO, Débora. **Pacto antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992).

Caso não celebrado o pacto com a escolha de outro regime de bens, ou sendo este nulo ou ou ineficaz, incidirão no casamento as regras do regime legal previstas para o regime da comunhão parcial de bens, consoante dispõe o art.1.640 do Código Civil.

O terceiro princípio, o da mutabilidade controlada, ou mutabilidade justificada do regime adotado é novidade inserida no art.1.639, §2º, do Código Civil de 2002, pois até então vigorava o princípio da imutabilidade absoluta dos regimes de bens. Contudo, esta mudança depende dos seguintes requisitos legais: pedido judicial formulado por ambos os cônjuges; indicação do motivo relevante e inexistência de prejuízo de terceiros e dos próprios cônjuges.

Em virtude da dependência dos pressupostos legais, Guilherme Calmon Nogueira da Gama lembra que diante da própria estabilidade das relações jurídicas, a mutabilidade do regime de bens é uma exceção. A regra continua sendo a manutenção do regime patrimonial do início ao fim do matrimônio.¹⁸⁹

Apesar de os efeitos da sentença da modificação do regime produzirem efeitos para o futuro, quando não requerido conjuntamente de forma diversa, e ter de proceder as razões invocadas conjuntamente pelos consortes para ser autorizada a mudança das regras que regem os efeitos patrimoniais do casamento, importante pontuar se

por um lado, os casais poderão alterar o seu regime matrimonial animados pelo estreitamento de suas relações, por outro, a falsa ilusão dessa mesma afinidade também poderá servir como porta de acesso à fraude e ao logro da credulidade conjugal. Casamentos celebrados no regime convencional da completa separação de bens poderão ser alterados para comunhão universal, convencido o consorte enuviado pela paixão das supostas e aparentes vantagens do casal em alterar judicialmente o seu regime de bens. Uma vez mudado o regime, surge de chofre o divórcio unilateral e o crédito de uma meação primitivamente inexistente.¹⁹⁰

Maior o risco de engodos patrimoniais ocorrerá na alteração do regime de bens se for permitida tal mudança através de escritura pública, como pretende o Estatuto das Família (Projeto de Lei nº2.285/2007), pois sem intervenção judicial, menor é a fiscalização e as chances de serem concretizados negócios jurídicos viciados, com aparência de legalidade.

¹⁸⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil** – família. São Paulo: Atlas, 2008, p.177.

¹⁹⁰ MADALENO, Rolf Hanssen. **Curso de direito de família**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.717.

4.3 Classes de regime de bens

4.3.1 Do regime de comunhão parcial de bens

O regime de comunhão parcial de bens também é conhecido como regime supletivo da vontade dos nubentes, pelo fato de, desde 1977, ser considerado o regime legal. Ou seja, na eventual não contratação dos cônjuges por outra opção, este é o regime que, por lei, regem as relações patrimoniais. Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, é um caso típico de intervenção estatal supletiva.¹⁹¹

Também cairão nesta regra comum, os nubentes que pactuaram outras regras, cujo pacto antenupcial tenha sido considerado nulo ou ineficaz. (CC, art.1.640).

Por meio desta regra, a comunhão de bens do casal é restrita aos aquestos – bens adquiridos ou fruídos na constância do matrimônio – pois presume-se a aquisição por um esforço comum, independente da efetiva contribuição financeira. É, de certa forma, uma espécie de regime que atende uma certa lógica e dispõe de um elemento ético entre os consortes, pois vale o ditado, “o que é meu é meu, o que é teu é teu e o que é nosso, é metade de cada um.”¹⁹²

Na lição de Arnaldo Rizzardo,

o patrimônio comum será formado pelos bens adquiridos ao longo da vida conjugal, ainda que colocados em nome de apenas um dos cônjuges. Presume a lei que a aquisição se faz com o fruto do trabalho do marido e da mulher. Por isso a referência à aquisição por título oneroso. Não advém o patrimônio gratuitamente. É pago ou dá-se a contraprestação durante a vida em comum dos consortes. Com o resultado dos esforços mútuos empregados para a prosperidade da sociedade conjugal, e a atuação de ambos na atividade profissional ou na economia doméstica.¹⁹³

Portanto, a comunicação patrimonial decorre do pressuposto da colaboração recíproca para a aquisição dos bens, sendo mais comum que a ajuda econômica, o válido e de igual importância auxílio moral e psicológico. E a lógica é exatamente esta: se a solidariedade familiar é o elemento central da comunhão parcial, naturalmente, os bens adquiridos antes das núpcias, bem como aqueles adquiridos a título gratuito (doação e herança) não ingressam na massa comum do casal.¹⁹⁴

¹⁹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.335.

¹⁹² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: RT, 2014, p.245.

¹⁹³ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.573.

¹⁹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.387-388.

São também excluídos da comunhão, por força do art.1.659 do Código Civil: os bens adquiridos com valores de origem anterior às núpcias através da sub-rogação, as obrigações anteriores ao casamento, as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo tenham revertido em proveito do casal, os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão, os proventos de do trabalho de cada cônjuge e as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

A sub-rogação gera a incomunicabilidade patrimonial por se tratar de uma substituição de um bem particular por outro de igual valor na constância do casamento. Por exemplo, se um dos cônjuges vende um apartamento de um milhão de reais e adquire na sequência outro imóvel de dois milhões, somente a metade deste novo imóvel será considerado comum, pois o restante foi subrogado do imóvel anterior. A dificuldade da sub-rogação reside na comprovação efetiva da procedência dos valores injetados no bem comum, pois não se presume o reemprego das verbas particulares, exige-se prova cabal da substituição, sendo ônus de quem alega comprar a sub-rogação.¹⁹⁵

As dívidas oriundas de obrigações contraídas antes do matrimônio e que não guardam relação com as núpcias (festa de casamento, por exemplo), assim como as contraídas durante o casamento e não em proveito da família, ficam afastadas dos bens comuns pela regra conjunta do art.1.659, III, e 1.666, ambos do Código Civil.

Pelo inciso V do art.1.659 do Código Civil não se comunicam os bens de uso pessoal e os instrumentos de profissão. Os bens de uso pessoal denominados pela doutrina de *bens privados por destino* são aqueles relativos ao uso particular de cada cônjuge, como, por exemplo, roupas, sapatos, recordações de família, bem como joias e relógios quando não forem adquiridos pelo casal como forma de investimento.¹⁹⁶ São igualmente personalíssimos os livros e instrumentos de profissão, em cujo preceito estão inseridos todos os bens necessários ao exercício da atividade profissional, pois a garantia da incomunicabilidade dos instrumentos de profissão pelo Código Civil respeita a mesma sistemática do art.649, V, do Código de Processo Civil, conforme salientam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “é uma forma de garantir a dignidade

¹⁹⁵ A sub-rogação, por tratar-se de exceção à regra da comunicabilidade, para ser reconhecida exige prova cabal por parte daquele que a invoca em seu favor, o que no feito em comento não ocorreu. Apelos desprovidos. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC: 70062590252, Rel.Sandra Brisolara Medeiros, j.27/05/2015, Sétima Câmara Cível, DJOU: 02/06/2015).

¹⁹⁶ Separação Judicial. Partilha. Jóias e relógios. Presunção legal de que são bens de uso pessoal, excluídos da partilha. Art.1659, V do Código Civil. Prova insuficiente para demonstrar o caráter de investimento. Decisão acertada. Recurso improvido. (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº994092804265, Rel. Maia da Cunha, j.04/02/2010, 4ª Câmara de Direito Privado).

de cada cônjuge, em especial após eventual ruptura da vida em comum, com a necessidade de estabelecimento de uma nova vida.”¹⁹⁷

Os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge excluídos da comunhão pelo inciso VI do art.1.659 são responsáveis por muita crítica e discussão. Para Rolf Madaleno é flagrante injustiça premiar o cônjuge que se esquia de amealhar patrimônio e prefere conservar em espécie os proventos de seu trabalho pessoal.¹⁹⁸ Mais que injustiça, José Lamartine e Ferreira Muniz afirmam que este inciso esvazia o regime da comunhão de bens, pois “se ganhos e salários do trabalho são bens próprios, próprios devem ser os bens adquiridos como esses proventos, em atenção ao princípio da sub-rogação.”¹⁹⁹

A interpretação correta neste caso é a extraída por Sílvia Rodrigues, ao dizer que os proventos só não se comunicam enquanto existirem como tais, de sorte que ao se transformarem em patrimônio, seja pela compra de bens ou por aplicações financeiras, opera-se a comunhão pela incidência das regras contidas nos arts.1.658 e 1.660, I, até porque não acrescido, nestas hipóteses, ‘e os sub-rogados em seu lugar’.²⁰⁰ Esse é inclusive o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como pode ser visto no seguinte trecho extraído do voto proferido pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no julgamento do Recurso Especial nº1.295.991/MG: “a incomunicabilidade se restringe ao direito ao recebimento dos frutos civis do trabalho, mas não aos valores em si, de modo que, uma vez percebidos, eles passam a integrar o patrimônio comum.”

Nesse contexto se insere o valor do FGTS e as verbas indenizatórias decorrentes da rescisão de contrato de trabalho, sendo o primeiro incomunicável enquanto depositado, porém comunicável quando sacado ou utilizado para aquisição de bens, e as indenizações de verbas trabalhistas somente excluídas da comunhão quando o direito trabalhista tiver nascido ou sido pleiteado após a separação casal.²⁰¹

Há quem sustente que não se comunicam as quotas de sociedades empresárias quando a atividade empresarial é o próprio trabalho do cônjuge. Para esta corrente, as quotas sociais que o consorte titula têm caráter de provento do trabalho pessoal, de forma que não há direito de

¹⁹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 5.ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p.389.

¹⁹⁸ MADALENO, Rolf Hanssen. **Curso de direito de família**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.749.

¹⁹⁹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 1998, p.424.

²⁰⁰ RODRIGUES, Sílvia. **Direito civil – direito de família**. v.6. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.212.

²⁰¹ BRASIL. Resp. 646.529/SP, Terceira Turma. Rel. Min.Nancy Andrighi, j.21/06/2005, DJOU: 22/08/2005.

partilha, em face da interpretação dada ao art.1.027 combinado com o art.1.659, VI, ambos do Código Civil, como procedeu o Desembargador Rui Portanova, no julgamento da apelação cível nº70054595517, na qual afirmou: “não podemos perder de vista que os conceitos aplicáveis ao direito empresarial, quando em confrontação aos temas afetos ao direito de família, devem ser aplicados também à luz das regras e princípios do direito de família.”²⁰²

O último inciso do art.1.659 diz ser incomunicáveis as pensões, meio-soldos, montepios e outras rendas semelhantes. É neste dispositivo que se enquadram os fundos privados de pensão, pois assim, como os benefícios descritos pela letra fria da lei, visam a subsistência da pessoa em certa passagem da vida.²⁰³ Em sentido contrário, Flávio Tartuce e José Fernando Simão entendem que a previdência deve ingressar na massa dos bens partilháveis, sob pena de abrir muitas portas para fraude às meações, o que de fato acontece muito, pois basta um dos cônjuges transformar seus investimentos em previdência que estas quantias estarão isentas de partilha.²⁰⁴

Ainda quanto à comunhão dos bens deste regime, propõe o art.1.660 do Código Civil que ingressam no acervo comum do casal: os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que em nome de um dos cônjuges; os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesas anterior (premiações, apostas, loterias, aluvião, entre outras); os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges; as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge, e os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendente ao tempo de cessar a comunhão.

Exatamente com base neste dispositivo, especificamente no inciso quarto que trata das benfeitorias, parte da doutrina e da jurisprudência sustentam que também ingressam na comunhão os incrementos patrimoniais da sociedade empresária própria de um dos cônjuges, porque se os ganhos ou benefícios obtidos pela atividade integram no patrimônio comum, não teria porque não o crescimento patrimonial da sociedade.²⁰⁵

²⁰² “A jurisprudência desta Corte tem firme entendimento de que quando a atividade empresarial é o próprio trabalho do cônjuge, as quotas sociais que ele titula têm caráter de provento do trabalho pessoal, de forma que não há direito de partilha pelo cônjuge não sócio. Pelo entendimento jurisprudencial da Corte, diferente tratamento ocorre quando as quotas sociais não têm relação com a atividade laborativa do cônjuge, caso em que a participação societária assume caráter de bem adquirido onerosamente na constância do casamento, sendo por isso lícita a partilha das quotas, e eventual divisão de lucros”. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº70054595517, Oitava Câmara Cível, Rel. Rui Portanova, j.9/08/2013).

²⁰³ MADALENO, Rolf Hanssen. **Curso de direito de família**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.757.

²⁰⁴ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil 5: direito de família**. 8.ed. São Paulo: Método, 2013.

²⁰⁵ MADALENO, Rolf Hanssen. **Curso de direito de família**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.767. Nese sentido: AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL. PARTILHA DE BENS. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. COTAS SOCIAIS. EVOLUÇÃO PATRIMONIAL. 1. Não é extra petita a sentença que ao invés de determinar a partilha das quotas da sociedade

Vale mencionar, ainda, que a finalidade da comunicabilidade dos frutos dos bens particulares adquiridos durante a união é absolutamente lógico e consequente da escolha do regime de comunhão parcial, que visa, justamente, impedir a confusão do patrimônio atual e obter a confusão dos ganhos futuros.²⁰⁶

4.3.2 Do regime de comunhão universal

No regime da comunhão universal de bens é formada uma única massa patrimonial, conforme as partes contraem matrimônio ou tornam-se companheiras, afetivamente. A união da comunhão universal de bens representa uma verdadeira comunhão de vida e comunhão patrimonial, pois será estabelecida “[...] uma unicidade de bens, atingindo créditos e débitos e comunicando os bens pretéritos e futuros”²⁰⁷.

Como este foi o regime legal até o advento da Lei do Divórcio em 1977, existem muitos casamentos hoje em dia sob a égide da comunhão universal, principalmente, de pessoas acima de cinquenta anos. Por esta razão, ainda de grande relevância ao direito, sobretudo porque há cônjuges que optam pela comunhão irrestrita dos bens conjugais, no início das núpcias, ou após anos de relacionamento.

O art.1.668 do Código Civil elenca as hipóteses de exclusão da comunhão de bens, a saber: os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com cláusula de incomunicabilidade.²⁰⁸

pertencentes ao varão, determina apenas a divisão da evolução patrimonial da sociedade, durante o casamento, pois apenas acolheu o pedido da virago em menor extensão. Ainda que a empresa da qual o varão é sócio tenha sido constituída antes do casamento, o crescimento patrimonial verificado na constância do matrimônio, proporcional à participação dele, deverá ser alvo de partilha, o que será apurado em liquidação de sentença, não conferindo à separanda participação na empresa, mas crédito frente ao separando. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº70058587981, Sétima Câmara Cível, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 26/03/2014) (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível 70058587981, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 26/03/2014,).

²⁰⁶ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil** – direito de família. v.6. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.185.

²⁰⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.391.

²⁰⁸ Doação de imóvel pela requerente e seu cônjuge aos filhos com cláusula de incomunicabilidade e impenhorabilidade – Pretensão ao cancelamento de referidas cláusulas – Inexistência na escritura de doação declaração de justa causa – Restrição insubsistente – Inteligência do art.1.848, "caput", do Código Civil – Ausência de interesse de agir da requerente –Desnecessidade de ajuizamento do presente pedido de alvará para alcançar o objetivo pretendido – Recurso desprovido.1.848 Código Civil 990100207687 (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 1ª Câmara de Direito Privado. Rel. Luiz Antonio de Godoy, j.06/04/2010, DJOU: 16/04/2010).

Através da leitura do art.1.668, é possível identificar que a comunhão universal de bens não é absoluta, pois o dispositivo elenca exceções à regra geral. Essencialmente, estes bens a serem excluídos assim o serão devido suas próprias naturezas e/ou efeitos personalíssimos.

Por fim, vale lembrar que a separação de fato também irá por termo a este regime de bens, ou seja, tudo que for adquirido após a separação fática será considerado patrimônio particular. Contudo, como o estado de mancomunhão só irá perdurar até a efetiva partilha de bens, a separação fática não importará na comunhão dos frutos, rendimentos e ganhos de capital que continuarem a se agregar ao patrimônio comum, devendo, estes serem partilhados juntamente com acervo conjugal.²⁰⁹

4.3.3 Do regime de participação final nos aquestos

Em primeiro lugar, cabe esclarecer que “aquestos”, nos termos de Maria Berenice Dias são “[...] os bens próprios de cada um dos cônjuges amealhados durante o casamento mais os bens que foram adquiridos por eles em conjunto”.²¹⁰ É, portanto, o acervo que será partilhado e compensado no caso de dissolução da sociedade conjugal.

Este tipo de regime de bens foi uma inovação jurídica, inserida no ordenamento em janeiro de 2003, com o advento do Código Civil atual. Trata-se de um regime híbrido, pois são aplicadas regras da separação de bens e o da comunhão de aquestos. O art.1.672 do atual Código Civil estampa esta mistura: “no regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.”

É possível depreender, portanto, que haverá bens particulares, bens próprios de cada consorte durante o matrimônio e bens comuns adquiridos em nome de ambos os cônjuges.

A confecção deste regime se deu a fim de abarcar aqueles casos em que os consortes praticassem suas próprias atividades econômicas desenvolvidas e já contassem com certo patrimônio ou tivessem alto potencial econômico, reservando a cada qual o seu numerário. Isto se verifica na redação dos artigos que se referem a este regime de bens, pois há peculiaridades a

²⁰⁹ MADALENO, Rolf Hanssen. **Curso de direito de família**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.792.

²¹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: RT, 2014, p.252.

serem dispostas no próprio pacto antenupcial quanto à alienação de bens imóveis e móveis. O art.1.656 esclarece que as partes deverão estipular sobre a alienação de bens imóveis, caso desejem convencionar a livre disposição deles, quando particulares. Na omissão, este entendimento de livre disposição de bens particulares irá recair apenas sobre os bens móveis (parágrafo único do art.1.647²¹¹). Inclusive, estes são tidos, por presunção, como comuns, se adquiridos na constância do matrimônio, salvo disposição em contrário (parágrafo único do art.1.674).

Diante da hibridez deste regime de bens, temos que os consortes conviverão durante seu matrimônio/união estável como se regidos fossem pelo regime da separação total de bens. Rolf Madaleno afirma que “[...] durante a união o regime incidente é de completa separação de bens, todos são próprios do seu titular, a qualquer título, quer advenham de aquisição onerosa, quer seja ela graciosa, exercendo sobre eles a livre-administração”²¹².

Portanto, fica reservada a administração do patrimônio inicial a cada cônjuge.

Apesar disto, é mantida a expectativa de meação ao final do casamento, pois, como aduz o art.1.674, serão apurados os aquestos, com a devida exclusão dos patrimônios particulares. De acordo com Maria Helena Diniz: “[...] durante o casamento, os cônjuges têm expectativa de direito à meação, de maneira que a partilha [...], em caso de dissolução da sociedade conjugal, obedece a uma precisa e rigorosa verificação contábil, comparando-se o patrimônio existente por ocasião das núpcias com o final.”²¹³

Por fim, quanto às dívidas adquiridas após o matrimônio por cada um dos consortes só irá lhe caber, não atingindo o patrimônio do outro cônjuge, salvo se comprovada a reversão de valores em favor da outra parte, de modo que esta obtivesse algum benefício (art.1.677 do Código Civil).

4.3.4 Risco de fraude na divisão dos bens comuns

O regime da participação final dos aquestos não foi muito difundido pela sociedade brasileira, diante de sua complexidade de aplicação e de suas peculiaridades. Ademais, são tecidas críticas sobre os dispositivos que regulam este estatuto patrimonial, pois, aparentemente o

²¹¹ Art.1.647 [...] Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada.

²¹² MADALENO, Rolf Hanssen. **Curso de direito de família**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.804.

²¹³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v.5. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.165.

legislador não se atentou quanto às possibilidades de fraude na partilha de bens, ficando muito vulnerável o matrimônio àquele cônjuge eivado de má-fé, fugindo da essência do regime de bens, que é conferir segurança jurídica aos consortes.

Esta fragilidade decorre do fato de os cônjuges terem a livre administração dos bens, contando com a sua livre disposição, outrossim. Desta forma, aquele cônjuge que, silenciosamente, arquiteta seu divórcio, pode passar a esvaziar o patrimônio que teria disponibilidade de gerir, até porque, conforme indica Rolf Madaleno, o levantamento dos aquestos só será realizado com o fim da sociedade conjugal. É recorrente e conhecido o fato de as partes poderem dispor e fraudar a partilha em momentos anteriores ao fim, razão pela qual Madaleno sugere a aplicação do princípio da revocatória falencial, o qual culminaria na retroação do tempo, a fim de delimitar o período da suposta fraude sobre os bens conjugais.²¹⁴

4.3.5 Do regime da separação de bens

O regime de separação de bens é aquele em que não haverá nenhuma comunicação de bens entre os cônjuges, formando-se duas massas patrimoniais distintas e independentes entre si, sem nenhuma interligação entre elas em momento nenhum do matrimônio. Haverá, portanto, os bens exclusivos de cada consorte, sem expectativa nenhuma de meação ao fim da sociedade conjugal.

A administração, da mesma forma, caberá exclusivamente ao proprietário do bem, assim como o domínio, a posse e as dívidas serão exclusivas de cada um, conforme estabelece o art.1.687 do Código Civil.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama chama atenção para o fato de que o “ponto central do regime da separação de bens é a ausência de patrimônio comum, a despeito da interpretação jurisprudencial, à luz do Código Civil de 1916, que ensejou a consideração do regime próximo ao regime da comunhão parcial de bens (Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal).”²¹⁵

Sobre o estereótipo de pessoas que buscam este tipo de regime, Fabiana Domingues Cardoso detecta ser bastante procurado por nubentes que tiveram filhos em relações anteriores, e também por aqueles que são titulares de vultoso patrimônio adquirido antes da relação.²¹⁶

²¹⁴ MADALENO, Rolf Hanssen. **Curso de direito de família**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.810-811.

²¹⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil – família**. São Paulo: Atlas, 2008, p.218.

²¹⁶ CARDOSO, Fabiana Domingues. **Regime de bens e pacto antenupcial**. São Paulo: Método, 2010, p.85.

A independência patrimonial, no entanto, não advém somente da vontade das partes. Dispõe o Código Civil no art.1.641, as hipóteses da incidência obrigatória, formando duas espécies do mesmo regime: obrigatória e convencional.

4.3.6 Do regime obrigatório de separação de bens

Em algumas situações, os noivos não escolhem o regime de bens do casamento, pois em virtude da regra do art.1.641 do Código Civil, suas liberdades de escolha são sufocadas pela imposição legal do regime da separação obrigatória.

Esta restrição é fixada aos que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento (CC, art.1.523), aos maiores de 70 anos e àquelas pessoas que dependerem de suprimimento judicial para casar. Ela exclui a utilidade do pacto antenupcial pois a lei faz prevalecer a separação obrigatória e, por consequência, as regras dos arts.1.687 e 1.688 do Código Civil²¹⁷.

Embora a intenção do legislador tenha sido proteger o patrimônio dessas pessoas, Rolf Madaleno alerta ser este dispositivo um exemplo emblemático de injustiça por retirar a livre autonomia de vontade dessas pessoas, conforme ressalva ao escrever que, na realidade, “o legislador não evita, senão a justiça da comunhão de um regime de efetiva sociedade e de mútua contribuição, cuja união somente permitiu a onerosa aquisição de bens aqestos, e por isto mesmo deveriam pertencer à sociedade conjugal.”²¹⁸

A Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, criada na vigência da legislação anterior, a qual foi responsável pelo surgimento desta norma, é a maior prova da equivocada e injusta restrição legal, pois este enunciado, a fim de evitar o enriquecimento ilícito, transforma o regime de separação obrigatória em comunhão parcial de bens.

Por outro lado, a mutabilidade dos regimes de bens introduzida pela atual legislação, também esvazia o art.1.641, sobretudo quanto aos incisos I e III por estarem condicionados a situações futuras.

Uma vez possível a alteração posterior, Fabiana Domingues Cardoso sugere em virtude da economia processual, do maior equilíbrio entre as composições patrimoniais dos cônjuges e

²¹⁷ Art.1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real. Art.1.688. Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial.

²¹⁸ MADALENO, Rolf Hanssen. **Curso de Direito de Família**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.687.

da prevenção de litígios, elaborar o pacto antenupcial nas hipóteses dos incisos I e III e prever desde antes da celebração do matrimônio o regime de bens utilizado pelos nubentes após cessarem as causas suspensivas. Ademais, curiosa a constatação da doutrinadora sobre a escolha dos noivos submetidos aos incisos I e III pelo regime da separação convencional de bens e não a obrigatória, para no caso de eventual falecimento, o viúvo ser herdeiro, já que pela regra do art.1.829, I, do Código Civil exclui o cônjuge casado pelo regime coercitivo de separação de bens da concorrência sucessória.²¹⁹

Apesar de parecer uma capciosa alternativa aos impossibilitados de pactuar, Fabiana Domingues Cardoso assevera ser inócuo este pacto para efeitos sucessórios por afrontar dispositivo de lei²²⁰.

Assim, aos temporariamente impedidos de pactuar restam duas alternativas: o pacto antenupcial prevendo o regime de bens após desaparecerem as causas originárias da suspensão, cuja opção, além de eficaz, é mais econômica aos noivos e ao Poder Judiciário, ou, na falta desta previsão, a possibilidade de os cônjuges ajuizarem a ação de modificação de regime de bens, lembrando ser necessário o pedido conjunto e justificado (art.1.639, parágrafo 2º do Código Civil).

Violar as causas suspensivas reflete em eventual nulidade do pacto antenupcial celebrado, e não do casamento em si. Isto significa que, após a arguição feita pelos parentes descritos no art.1.524 do Código Civil²²¹, desconsiderados os impedimentos legais, o pacto será nulo, com base no art.1.655 do *Codex*. Então, o regime de separação total de bens será imposto para futura partilha de bens.

A oposição arguida será informada aos nubentes pelo oficial do registro, tendo os consortes a opção de fazer prova contrária aos fatos alegados e de ajuizar ações civis e criminais contra o oponente de má-fé (art.1.530 do Código Civil).

A mais gravosa imposição do regime obrigatório de separação total de bens é a prevista para as pessoas com mais de 70 anos de idade (Código Civil, art.1.641, II), pois, ao contrário das outras duas situações, não há condição suspensiva superável, esta uma das razões pelas quais gera desconforto na doutrina e na jurisprudência.

²¹⁹ CARDOSO, Fabiana Domingues. **Regime de bens e pacto antenupcial**. São Paulo: Método, 2010, p.129.

²²⁰ CARDOSO, Fabiana Domingues. **Regime de bens e pacto antenupcial**. São Paulo: Método, 2010, p.131.

²²¹ Parentes em linha reta de um dos nubentes, consanguíneos ou afins, e pelos colaterais em segundo grau, também consanguíneos ou afins.

A incoerência, sobretudo com o ordenamento jurídico após a Constituição Federal de 1988, fundamenta a inconstitucionalidade por afrontar os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da isonomia constitucional porque parece claro que este dispositivo, além de presumir a incapacidade relativa dos idosos, sobrepõe a proteção patrimonial aos direitos do indivíduo.

Nesse sentido, Marcelo Truzzi Otero escreveu antes mesmo do atual Código Civil entrar em vigor:

Manifesto, pois, o descompasso do dispositivo infraconstitucional em análise relativamente aos princípios sufragados pela Lei Maior, notadamente a isonomia e a preservação da dignidade humana. Enquanto a Constituição reitera, em mais de um passo, o princípio da igualdade dentro do mais amplo significado da expressão (CF/88 – art.3º, IV, art.5º, *caput*, art.5º, I; art.7, XXX; art.227, §6º, art.229), o art.258, parágrafo único, II, é arbitrário e discriminatório, resultando daí a violação ao conteúdo jurídico do princípio da igualdade.²²²

A retirada da capacidade civil e do discernimento dos idosos pela presunção de que seriam enganados por pessoas com interesses exclusivamente patrimoniais é um dos principais fundamentos utilizados para sustentar a inconstitucionalidade.²²³

Além de ofender aos princípios constitucionais, a falta de harmonia do regime coercitivo com o sistema vigente pode ser visto pela possibilidade de o cônjuge casado sob o regime da separação obrigatória doar ao outro a metade de seu patrimônio, em virtude do princípio da livre disposição de bens.²²⁴ A questão nos parece simples. Se um dos nubentes com mais de 70 anos pode transferir 50% do seu patrimônio, por qual razão não estaria autorizado a pactuar sobre o regime de bens de sua relação? E a questão não tem resposta justificável visto que este dispositivo é um equivocado resquício do antigo sistema patrimonialista, que desde a Constituição Federal de 1988 não tem mais trânsito no ordenamento jurídico brasileiro.

Por outro lado, alguns autores advogam ser esta proibição de ordem preventiva, conforme sustenta o desembargador Enio Zulianni:

A intervenção do Estado neste caso é de ordem preventiva, uma garantia para a paz familiar, porque afinal, o patrimônio de uma história de lutas, dificuldades, sacrifícios

²²² OTERO, Marcelo Truzzi. A separação legal de bens para os sexagenários ou quinquagenários – Uma afronta à dignidade humana. In: **Síntese Jornal Porto Alegre**, ano 4, n.51, maio.2001, p.10-12.

²²³ CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.112-113.

²²⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 326.

de um núcleo familiar, poderá ser dissolvido com a mesma rapidez com que se encerra a carícia dissimulada.²²⁵

Felizmente este entendimento minoritário perde força diariamente e a tendência é extinguir-se o regime obrigatório como pretende o Estatuto das Famílias (Projeto de Lei n.2.285/2007), apensado ao Projeto de Lei nº4.508, em dezembro de 2008. Aliás, o Enunciado 261, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Conselho Nacional de Justiça, em dezembro de 2004, afastou a aplicação da obrigatoriedade do regime de bens quando o casamento dos maiores de 60 anos (cuja idade foi estendida pela Lei n.12.344/2010 para 70 anos) viesse precedido de união estável iniciada antes dessa idade.

A errônea manutenção do regime obrigatório originou novas discussões sobre a aplicabilidade da antiga Súmula nº377²²⁶. Conforme expõe Rolf Madaleno,

diante da redação do art.1.641 do Código Civil, ao permitir renascer das cinzas o regime obrigatório da total separação de bens, se torna mais uma tarefa dos julgadores e jurisconsultos reescreverem a lúcida trajetória da Súmula nº377 do STF²²⁷,

cujo enunciado o jurista gaúcho entende estar em plena vigência, especialmente para repudiar notório o enriquecimento sem causa.²²⁸

Embora não exista previsão para aplicar o regime coercitivo às uniões estáveis, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº1.171.820/PR, impôs a regra do art.1.641, II, do Código Civil ao relacionamento estável, mas, para amenizar os prejuízos, aplicou a regra da Súmula 322 do STF. Assim entende Priscila Correa da Fonseca:

Quando o regime da separação resulta de imposição legal, a jurisprudência já se pacificou acerca da questão, cristalizando-se o entendimento pretoriano na Súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal. Presumem nossos tribunais que, entre os cônjuges casados sob o regime da separação obrigatória, verificou-se uma sociedade de fato, representando os bens, o produto de esforço comum.²²⁹

Francisco Cahali discorda deste posicionamento sobre a aplicabilidade da súmula. Ao seguir o raciocínio de Sílvio Rodrigues, o autor afirma que o verbete perdeu o fundamento, pelo

²²⁵ ZULIANNI, Enio. Novo Código Civil: aspectos relevantes. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, v.22, n.68, p.36, dez. 2002.

²²⁶ A Súmula 377 do STF: “No regime de separação legal comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento.”

²²⁷ MADALENO, Rolf Hanssen. **Curso de direito de família**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 688.

²²⁸ MADALENO, Rolf Hanssen. **Curso de direito de família**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 688.

²²⁹ FONSECA, Priscila Correa da. Regime de bens do casamento. In: (Coord.) LEONEL, Carla. **Casamento, separação e viuvez**. São Paulo: CIP, 1999, p.55.

fato de o enunciado ter sido criado com base no art.259 do Código Civil de 1916, o qual não foi recepcionado pela lei de 2002, não podendo, portanto, ser aproveitado. Para Cahali, o regime de separação obrigatória passou a ser de efetiva separação, deixando de lado o frágil regime de separação convencional que se não constasse expressa a não comunhão dos bens, passava a ser admitida a divisão do patrimônio.²³⁰

Embora o art.259 do Código Civil não tenha sido recepcionado pela atual legislação, boa parte da doutrina sustenta a validade da Súmula nº377, com base na vedação do enriquecimento ilícito, cujo entendimento demonstra ser o mais correto, especialmente pelo repúdio da coercibilidade do regime imposto, pois, mesmo sem dispositivo para fundamentá-la, assim como havia no sistema anterior, há uma razão social que a sustenta, de maneira a comungarmos do pensamento de sua aplicabilidade até ser reconhecida a inconstitucionalidade do art.1.641 do CC, ou antes disto, a vigência do Estatuto das Famílias.

Diante desta instabilidade, da existência ou não de um regime de total separação de bens, muito embora estejam os idosos acima de 70 anos impedidos de escolher outro regime de bens, podem e é aconselhável que celebrem um pacto antenupcial esclarecendo suas vontades quanto às questões controvertidas do regime legal, como, por exemplo, a aplicação ou não da Súmula nº377 do STF quando da dissolução do casamento. Além de não haver nenhuma ofensa à dispositivo de lei, o pacto será um instrumento eficaz para o alcance mais próximo de Justiça,²³¹ pois o elemento volitivo dos consortes sobre suas questões pessoais e patrimoniais, dentro dos ditames e limites legais, deve ser válido, e oportunamente gerar os efeitos desejados pelas partes.

4.3.7 Do regime convencional de separação de bens

Esta modalidade de separação total de bens é aquela em que as partes irão dispor, livremente, mediante pacto antenupcial, que desejam que incidam as regras da separação em seu matrimônio. Desta forma, as partes conseguirão “[...] conservar com exclusividade o domínio, a posse a administração de seus bens presentes e futuros, bem como a responsabilidade pelos débitos anteriores e posteriores ao matrimônio, existindo, neste caso, dois patrimônios distintos: o do marido e o da mulher”.²³²

²³⁰ CAHALI, Francisco José. A Súmula 377 e o novo código civil e a mutabilidade do regime de bens. **Revista do Advogado** nº76, ano XXIV, AASP. Homenagem ao Professor Silvio Rodrigues.

²³¹ CARDOSO, Fabiana Domingues. **Regime de bens e pacto antenupcial**. São Paulo: Método, 2010, p.125-126.

²³² MADALENO, Rolf Hanssen. **Curso de direito de família**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.819.

Os cônjuges que optam por este tipo de regime de bens são aqueles que já possuem certo patrimônio ou um deles (ou ambos) exercem atividade econômica que comporte riscos financeiros, necessitando de maior liberdade para disposição de patrimônio e atuação do titular sobre seus bens.

Cristiano Farias e Nelson Rosenvald entendem que este regime de bens é aquele que mais afasta o casamento da concepção patrimonialista, até porque o matrimônio será apenas uma comunhão de vida, afetiva e solidária, sem a interferência do aspecto patrimonial, financeiro na relação.²³³

Por fim, são características principais deste regime de bens: a) administração particular dos bens por cada consorte; b) a liberdade de disposição patrimonial e; c) a responsabilidade patrimonial individual pelas dívidas e obrigações assumidas.

²³³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.397.

5 PARTILHA DE BENS NA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

5.1 Conceito de partilha de bens

Enquanto para o Direito Sucessório a partilha representa a divisão das relações jurídicas deixadas pelo falecido entre seus herdeiros, na proporção dos respectivos quinhões²³⁴, para o Direito de Família a partilha é a distribuição da meação dos cônjuges ou companheiros.

Washington de Barros Monteiro conceitua a partilha como “a divisão oficial do monte líquido, apurado durante o inventário, entre os sucessores do *de cujus*, para lhes adjudicar os respectivos quinhões hereditários.”²³⁵ Pontes de Miranda, ao comentar o art.932 do Código de Processo Civil, escreve que “partilha é a atribuição da parte de cada comuneiro, de modo que à comunhão a causa de morte se substituam situações sem comunhão ou comunhão entre vivos.”²³⁶

A função da repartição dos bens é individualizar, ainda que em condomínio, a quota parte de cada um e por fim ao estado de mancomunhão criado pelo regime patrimonial. A partilha é considerada por Francisco Cahali como o ponto culminante da liquidação da herança, pelo fato de por termo a uma situação provisória de universalidade e indivisibilidade dos bens.²³⁷ É exatamente no mesmo sentido a definição de Euclides de Oliveira ao pronunciar que a partilha é o desaguadouro natural do processo de inventário, onde após a declaração dos bens e o pagamento das dívidas do morto, o monte líquido é atribuído aos seus sucessores.²³⁸

No tocante à natureza jurídica, a partilha é declaratória e não constitutiva como no direito romano, pois nem o herdeiro, nem o cônjuge adquirem a propriedade no momento da partilha, mas, respectivamente, no momento da abertura da sucessão e da aquisição do bem oneroso durante o casamento ou mediante a escolha dos atos do regime da comunhão total de bens.²³⁹ Por essa razão, Francisco Cahali ressalva que a sentença de partilha tem efeito *ex tunc*, ou seja, retroage à data do momento aquisitivo do patrimônio.²⁴⁰

²³⁴ CAHALI, Francisco José Cahali; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3.ed. São Paulo: RT, 2007, p.404.

²³⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil** – direito das sucessões. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1964, p.308.

²³⁶ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. T.XIV. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p.5-6.

²³⁷ CAHALI, Francisco José Cahali; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3.ed. São Paulo: RT, 2007, p.405.

²³⁸ OLIVEIRA, Euclides. Inventário e partilha. In: (Coords.) HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das sucessões e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.409.

²³⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil** – direito das sucessões. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1964, p.308.

²⁴⁰ CAHALI, Francisco José Cahali; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3.ed. São Paulo: RT, 2007, p.405.

No Direito de Família, a partilha é uma consequência lógica do divórcio e da dissolução da união estável quando o regime patrimonial importa na comunhão de bens. Se não houver preexistente separação de fato ou formal separação de corpos para antecipar o efeito final da comunicação dos bens, é com o divórcio que há a extinção do regime de bens do matrimônio, mas não necessariamente com ele ocorrerá a partilha de bens (CC, art.1.581)²⁴¹, sendo, inclusive, bastante comum, mas não aconselhável, a postergação da divisão patrimonial para um momento futuro.

A divisão dos bens, independente de sua causa – morte, divórcio ou dissolução de união estável – pode ser levada a efeito de modo amigável, quando houver consenso entre as partes, ou ser decretada por sentença judicial, na hipótese de discórdia entre os cônjuges, companheiros ou herdeiros. A partilha consensual, a partir da Lei nº11.441/2007 pode também ser celebrada por procedimento administrativo, através de escritura pública. Há, portanto, atualmente, as partilhas consensuais que subdividem em extrajudiciais e judiciais, e as partilhas litigiosas, as quais além de judiciais podem ser submetidas ao processo arbitral.

5.2 Espécies de partilha de bens

5.2.1 Partilha de bens consensual

Quando as partes envolvidas estiverem de acordo com a repartição do patrimônio, a partilha será consensual. Contudo, como se trata de um negócio solene, para sua validade e eficácia deverá respeitar a forma prescrita em lei²⁴², ou seja, ser celebrada por maiores e capazes formulada através de escritura pública, ou por termo nos autos do processo, ou ainda simples homologação judicial.²⁴³

O divórcio e, por consequência a partilha, de acordo com art.1.124-A do Código de Processo Civil de 1973, podem ser extrajudiciais quando não houver filhos menores ou incapazes, cuja redação a Lei Processual de 2015 alterou para nascituro ou filhos incapazes. Esta ressalva tem razão de ser, pois os interesses dos menores são direitos subjetivos indisponíveis à vontade das partes, não admitindo, por evidente a deliberação livre negocial, em sede de

²⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 197: “o divórcio direto pode ser concedido sem que haja a prévia partilha de bens.”

²⁴² RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil** – direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2002, p.247.

²⁴³ CAHALI, Francisco José Cahali; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3.ed. São Paulo: RT, 2007, p.405.

cláusulas contratuais.²⁴⁴ Porém, com razão, a doutrina ressalva que a existência de menores incapazes não pode impedir o uso da via administrativa, pois basta fracionar a dissolução do casamento. Equivale dizer, as questões envolvendo os direitos dos filhos, que são indisponíveis, serem tratadas no Judiciário e os pontos atinentes aos interesses dos cônjuges (partilha, alimentos, patronímico, instituição de bem de família, entre outros) por meio de escritura pública.²⁴⁵

Nessa correta linha de raciocínio, Yussef Cahali afirma que o procedimento extrajudicial desfruta de uma certa elasticidade e, em decorrência do princípio da cindibilidade do acordo de separação judicial, a escritura pública não necessita exaurir desde logo todas as relações jurídicas do casal, devendo a jurisprudência admitir o fatiamento da escritura pública, restrita à dissolução da sociedade conjugal, deixando incólumes os deveres inerentes do poder familiar.²⁴⁶

Outra opção para a solução integral das questões decorrentes da dissolução do casamento na existência de filhos menores maiores de dezesseis anos é a emancipação da prole, pois muito embora a lei nada mencione acerca dos filhos emancipados, é lógica a elevação da condição de maioridade e da capacidade (CC, art.5º, parágrafo único). A emancipação deve ser feita por ambos os pais, salvo se um deles faltar ou tiver impossibilitado, quando então será firmada apenas por um deles. Como a emancipação não depende de homologação judicial, pode o casal emancipar o filho menor e promover o divórcio extrajudicial no mesmo ato.²⁴⁷

Para a partilha consensual administrativa, os cônjuges precisarão estar acompanhados por advogados ou defensor público e os custos da escritura e dos demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei. É importante pontuar que a escritura independe de homologação judicial e constitui um ato hábil para fins de registro. Lavrada a escritura, não há possibilidade de retratação ou alteração, salvo para correção de eventuais erros materiais. Logo, caso os ex-consortes pretendam dispor, novamente, sobre os bens comuns, deverão fazer por meio de nova transação, que pode ser feita por escritura pública, incidindo novamente os respectivos impostos.

²⁴⁴ FARIAS, Christiano Chaves de. **O novo procedimento da separação e do divórcio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.139.

²⁴⁵ FARIAS, Christiano Chaves de. **O novo procedimento da separação e do divórcio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.142.

²⁴⁶ CAHALI, Yussef Said. **Separações conjugais e divórcio**. 12.ed. São Paulo: RT, 2011, p.314.

²⁴⁷ MADALENO, Rolf Hanssen. **Curso de direito de família**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.311.

A cláusula sobre a partilha de bens é uma mera faculdade dos cônjuges, de sorte que não havendo nenhuma disposição expressa a respeito da partilha de bens, válido será o divórcio administrativo e presumir-se-á a manutenção do condomínio dos bens comuns.²⁴⁸

Como não pode o tabelião se recusar a lavrar o registro da partilha consensual por discordância do conteúdo das cláusulas acerca do negócio jurídico celebrado, em face da ausência de previsão legislativa e da prevalência da autonomia privada, há um preocupante risco de fraude, pois apesar de o juiz ter sérias dificuldades de apurar se a convenção preserva ou não os interesses das partes, tem ele na partilha consensual judicial a possibilidade e o dever legal de recusar a homologação quando desconfiar a prejudicialidade de uma das partes (CC, art.1.574, parágrafo único).

E, o fato de a partilha ser consensual não significar a isenção de interesses egoístas e maliciosos, recomendado seja, mesmo sem aparentes cizânias, a partilha amigável homologada judicialmente com a realização da audiência de ratificação, muito embora a solenidade não seja mais requisito para a homologação²⁴⁹ e tenha sido extinta pela Lei nº13.105 de 2015, pois neste momento cabe ao magistrado certificar se os divorciandos têm a exata noção das consequências da manifestação de sua vontade e dos efeitos resultantes do ajuste celebrado, além de verificar a segurança e a preservação do interesse de ambos os cônjuges.²⁵⁰

De igual modo, convém a celebração conjunta da partilha e do divórcio do casal, mesmo sendo facultativo, pois evita o retorno de novas dissensões conjugais e ocasionais surpresas de pretensões contaminadas por vingança ou ressentimentos por fatos futuros, como, por exemplo, um novo relacionamento amoroso de um dos cônjuges. Contudo, se não for possível, salutar seja ao menos descrito no divórcio consensual, o rol dos bens comuns para evitar a possibilidade de sonegação ou esvaziamento patrimonial por um dos consortes, assim como as regras de uso e de manutenção dos bens comuns até a efetivação da partilha.²⁵¹

²⁴⁸ FARIAS, Christiano Chaves de. **O novo procedimento da separação e do divórcio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.100.

²⁴⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. REsp 1.483.841. “A audiência de conciliação ou ratificação passou a ter apenas cunho eminentemente formal, sem nada produzir, e não havendo nenhuma questão relevante de direito a se decidir, nada justifica na sua ausência, a anulação do processo.”

²⁵⁰ MADALENO, Rolf Hanssen. **Curso de direito de família**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.243.

²⁵¹ MADALENO, Rolf Hanssen. **Curso de direito de família**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.227.

5.2.2 Partilha de bens litigiosa

Se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens, poderão optar pelo processo arbitral, se já assim não fizeram na escritura do pacto antenupcial, ou proceder à divisão patrimonial no Poder Judiciário, aplicando os princípios genéricos²⁵² e as regras materiais e processuais do sobrepilha de bens em inventário, conforme o parágrafo único do art.1.121 do Código de Processo Civil de 1973 substituído pelo parágrafo único do art.731 da nova Lei Processual, cujo dispositivo faz a mesma remissão, ao dispor: “se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens, far-se-á esta depois de homologado o divórcio, na forma estabelecida nos arts.647 a 658.”

Largamente utilizada no direito empresarial, a arbitragem é uma alternativa viável para a solução dos conflitos gerados pela partilha de bens do casamento, pois consabido ser a questão patrimonial um direito disponível, é passível, portanto a escolha pelo procedimento arbitral pelos cônjuges antes do litígio, ou em momento anterior por meio de cláusula compromissória no pacto antenupcial. Conforme afirma Fabiana Domingues Cardoso, são diversas as razões para se adotar a arbitragem nos litígios patrimoniais advindos do casamento ou união estável, principalmente, pela agilidade na condução do processo, pois no Poder Judiciário não é nada incomum ações de partilha de bens ficarem décadas para serem solucionadas. Na arbitragem, em regra, o árbitro deve proferir o laudo no prazo de seis meses, não sendo esta decisão passível de recurso.²⁵³ Francisco Cahali, igualmente, defende a viabilidade da adoção da arbitragem nas relações familiares, e ressalva que o procedimento arbitral “permite aos interessados obter, com maior presteza, e por vezes, com custo reduzido, a definição de litígios sem percorrer sinuosos caminhos do Poder Judiciário.”²⁵⁴

Porém se os cônjuges não tiveram sucesso no acordo, nem na instauração da arbitragem, terão de enfrentar o pesado processo judicial, cuja partilha se processa perante o juiz nos moldes do inventário e da partilha pertinente ao Direito das Sucessões, como remetem o art.1.121 do Código de Processo Civil de 1972 e o art.731 da Lei nº13.105/2015.

²⁵² MADALENO, Rolf Hanssen. **Curso de direito de família**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.229.

²⁵³ CARDOSO, Fabiana Domingues. **Regime de bens e pacto antenupcial**. São Paulo: Método, 2010, p.173.

²⁵⁴ CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.250.

Apesar de importante parte da doutrina entender que a remissão legal seja exclusivamente no tocante à forma e ao procedimento do inventário²⁵⁵, por certo que inclusive as normas de direito material do Direito Sucessório, referente ao inventário, devem ser aplicadas à partilhas decorrentes do divórcio, pois como bem salientou o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no julgamento do Recurso Especial nº46.626²⁵⁶, somente assim poderá ser atendido o princípio insculpido no art.2.017 do Código Civil, da equidade e da igualdade na divisão patrimonial que regem toda e qualquer espécie de divisão de bens.

Aliás, com igual, ou inclusive maior rigor, devem ser aplicadas todas as regras que visem zelar pela igualdade da partilha e enraizar a boa-fé objetiva nas relações patrimoniais familiares, mormente quando decorrentes do divórcio, onde largamente maior e mais complexas são as fraudes cometidas. Não havendo como imaginar qualquer restrição ao inventário procedido pelos cônjuges, pois se a partilha judicial, conforme afirma Yussef Cahali, deve seguir em linhas gerais, o mesmo ritual da partilha sucessória, inclusive quanto à remoção de inventariante e remessa das partes às vias ordinárias, quando envolver questões de alta indagação, não há razão para que não seja aplicada todas as demais orientações, restrições, penalizações previstas para alcançar a mais justa e equânime divisão de bens, cuja regra de natureza material não diverge a doutrina, nem a jurisprudência em aplicar as partilhas decorrentes da dissolução do vínculo familiar.

Dito isto, em que pese remeter o Código de Processo Civil ao procedimento de inventário e partilha do Título I, Capítulo IX do Livro IV, convém sejam aplicadas aos inventários decorrentes do fim do casamento, as regras previstas no arts.1.991 a 2.027 do Código Civil,

²⁵⁵ Nesse sentido: Remissão existe, sim, no art.1.121, parágrafo único; não, porém, tal que abranja a disciplina na anulação da partilha. O que aí se estatui é que, “se os cônjuges não acordarem sobre a partilha de bens, far-se-á esta, depois de homologado o desquite” (hoje “separação”), “na forma estabelecida neste Livro, Título I, Capítulo IX”. Abstraindo-se de quaisquer considerações atinentes à cláusula inicial – a hipótese dos autos é a de *terem* os cônjuges *acordado* sobre a partilha –, cuja letra sugere restrição talvez passível de ser superada em sede interpretativa, um ponto fica assente: compreendem-se na remissão unicamente as disposições que, no capítulo relativo ao inventário em sucessão *mortis causa*, disciplinem a *forma* da partilhada. Ora, o art.1.029 nada, absolutamente nada, tem que ver com a *forma*: trata-se de regra atinente à *anulabilidade* de partilha *já realizada*. A rigor, a norma é de direito material, heterotopicamente inserta no Código de Processo Civil. Situa-se, por conseguinte, fora do âmbito da remissão, à qual a lei de 1973, que poderia tê-la concebido em termos genéricos e irrestritos, preferiu, bem ou mal, fixar contorno apertado. A opção legislativa é clara, inequívoca, e diante dela não resta ao julgador senão curvar-se. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Direito aplicado I**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.47).

²⁵⁶ SEPARAÇÃO JUDICIAL. PARTILHA. DIVERGÊNCIA. INEXISTINDO CONSENSO ENTRE OS CÔNJUGES SOBRE A PARTILHA DOS BENS, AINDA NÃO AVALIADOS, APLICA-SE A REGRA DO ART.1121 DO CPC. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO PARA EXCLUIR DA SENTENÇA A PARTILHA DOS BENS. No mesmo sentido: (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça de São Paulo. AgRg no REsp: 1171641 2009/0239825-7. Terceira Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Des.convocado do TJ/RS), j.07/04/2011, DJe: 14/04/2011 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp: 46626 PI 1994/0010361-1. Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j.30/08/1994, DJ: 26/09/1994, p. 25656 RSTJ v.65 p.461 DJ 26.09.1994 p.25656 RSTJ v.65, p.461).

como inclusive deveriam todas as disposições sobre inventário (bens sonegados, colação, partilha, garantias de quinhões hereditários e anulação de partilha) ser tratadas em um único diploma legal, para evitar dispersão legislativa, conforme afirma Euclides de Oliveira.²⁵⁷

Exatamente este é o procedimento adotado em Portugal, como explica Tomé d’Almeida Ramião ao afirmar que “qualquer dos ex-cônjuges tem o direito a exigir a partilha dos bens, a qual pode ser feita extrajudicialmente, por acordo, ou em processo de inventário, no caso contrário, como flui dos arts.2.102º/1 do Código Civil, e 1.404.º do Cód.Proc.Civil.”²⁵⁸ Um exemplo nítido dos portugueses de aplicação de regras de natureza material do inventário na partilha de bens é o momento de avaliação dos bens de acordo com a regra prevista para a atualização das doações sujeitas a colação (CC Português, art.2.019, 3º).²⁵⁹

Aliás, este também é o entendimento aplicado no ordenamento jurídico brasileiro, como ressalta Rolf Madaleno ao tratar do prazo de decadência anual da anulatória da partilha de bens: “embora o art.2.027 integre o quinto livro do Código Civil, pertinente ao Direito das Sucessões, Título IV, do inventário e da partilha, suas regras são aplicáveis às partilhas de bens conjugais e da união estável.”²⁶⁰

Como inequívoco podem as partilhas advindas do fim do matrimônio obedecer às regras simplificadas do arrolamento (CPC 1973, arts.1.031 a 1.038 e CPC 2015, arts.659 a 667).²⁶¹

Enfim, é inquestionável que, em se tratando de divórcio, a partilha litigiosa que vier a suceder deverá filiar-se ao procedimento do inventário *post mortem*. Todavia, a dificuldade se apresenta quando se trata na aplicação da pena de sonegados às partilhas decorrentes da dissolução conjugal, pois conforme analisaremos no Capítulo 8 desta dissertação, a maior dificuldade está em verificar que na realidade não se trata de uma lacuna do direito ou de uma aplicação analógica, mas de uma remissão às regras do instituto como um todo, pois independente de sua origem, a partilha tem uma única finalidade: dividir e individualizar os bens de acordo com o princípio da equidade e da igualdade na divisão de bens, inerente as mais amplas espécies de divisão patrimonial.

²⁵⁷ AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides. **Inventários e partilhas**. 20.ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2006, p.432.

²⁵⁸ RAMIÃO, Tomé d’Almeida. **O divórcio e questões conexas** – regime jurídico atual. 2.ed. Lisboa: Quid Juris, 2010, p.104.

²⁵⁹ RAMIÃO, Tomé d’Almeida. **O divórcio e questões conexas** – regime jurídico atual. 2.ed. Lisboa: Quid Juris, 2010, p.109.

²⁶⁰ MADALENO, Rolf Hanssen. **Curso de direito de família**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.339.

²⁶¹ MALHEIROS FILHO, Fernando. O procedimento de partilha na separação judicial. In: CAHALI, Francisco José; CAHALI, Yussef Said. **Doutrinas essenciais**. Família e Sucessões. São Paulo: RT, 2011, p.324.

5.2.3 Da efetivação da partilha de bens

Sendo a partilha uma simples decorrência do divórcio, não se faz necessário a citação das partes, pois ambas seguem processualmente representadas nos autos, não ocorrendo o mesmo quando se trata de juízo sucessivo ao divórcio, quando o processo de divisão patrimonial é ajuizado autonomamente por um dos ex-cônjuges, que, neste caso, será citado após a apresentação das primeiras declarações.²⁶²

A parte que dá o impulso inicial normalmente é nomeado inventariante, e a ela será tocada a administração do patrimônio em divisão, se respeitados os requisitos do art.990 do Código de Processo Civil (CPC 2015, art.617), os quais, na feição conjugal é pouco usado, pois instaurando o estado de condomínio entre os cônjuges, ambos são responsáveis pelos imóveis que tiverem sob a sua posse. Mas isto não impede a formal nomeação, inclusive de um inventariante dativo quando houver alto grau de litigiosidade entre as partes.

Por questões lógicas, na partilha conjugal a nomeação do inventariante não significará o desapossamento do meeiro dos bens comuns cuja administração detinha anteriormente, principalmente se servirem de moradia e fonte de renda, a não ser que reste cabalmente demonstrado em Juízo a necessidade para conclusão e fechamento do inventário.²⁶³

O cônjuge inventariante, após ser nomeado, deverá apresentar as primeiras declarações, descrevendo e caracterizando os bens comuns que deverão ser objeto de partilha e propondo as questões jurídicas que devam ser solvidas antes da partilha de bens. Citado, o meeiro tem dez dias para impugnar o rol e as condições do patrimônio apresentado pelo inventariante, bem como tem o dever de informar eventuais bens comuns que não foram arrolados, envolvendo neste protótipo de partilha temas próprios de regime de bens, forma de aquisição, origem dos valores utilizados, enfim, temas também discutidos na sucessão, mas com menor intensidade. As questões de alta indagação²⁶⁴ devem ser evitadas pelo juízo e remetidas às vias ordinárias.

²⁶² CAHALI, Yussef Said. **Separações conjugais e divórcio**. 12.ed. São Paulo: RT, 2011, p.725.

²⁶³ MALHEIROS FILHO, Fernando. O procedimento de partilha na separação judicial. In: CAHALI, Francisco José; CAHALI, Yussef Said. **Doutrinas essenciais**. Família e Sucessões. São Paulo: RT, 2011, p.330.

²⁶⁴ AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. QUESTÃO DE ALTA INDAGAÇÃO. Constitui questão de alta indagação a controvérsia acerca da sonegação de bens e da sociedade de fato entre um dos herdeiros e o inventariado, porquanto dependem de prova, motivo pelo qual a discussão da questão deve ser remetida para as vias ordinárias. Comprovação da existência de dívidas em nome do de cujus. Agravo de Instrumento desprovido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº70054416458, Sétima Câmara Cível, Rel. Jorge Luís Dall'Agnol, j.28/08/2013).

Contudo, se as divergências forem solúveis por apuração documental ou pericial, cuja prova é admissível no processo do inventário, devem ser as questões resolvidas no próprio processo.²⁶⁵

Decididos os bens comuns, nos quais são incluídas as dívidas, deve ser avaliado tecnicamente o patrimônio, cuja fase apresenta maior complexidade quando estão envolvidas complexas teias societárias, ou empresas pertencentes a um dos consortes. Uma vez resolvida a impugnação e as avaliações, o inventariante apresentará as últimas declarações nas quais deverá informar inexistir outros bens a partilhar (CPC 1973, arts.1.003 a 1.012 e CPC 2015, arts.630 a 637).

Por não haver necessária incidência tributária na meação, superadas todas estas fases, caberá às partes, requerer sua meação oferecendo um plano de partilha (CPC 1973, art.1.022 – 10 dias; CPC 2015, art.647 – 15 dias). Em seguida, o juiz proferirá um despacho chamado de deliberação da partilha, em cuja decisão constará os critérios adotados na divisão patrimonial e a designação dos bens que devem compor o quinhão de cada meeiro. Não sendo demais lembrar que o magistrado deve atender os princípios da igualdade, da comodidade e de prevenção de novos litígios, conforme inclusive estabelecia o revogado Código de Processo Civil.²⁶⁶

Vale dizer, a igualdade patrimonial está longe de ser o estabelecimento do indesejável condomínio, pois esta prática somente favorece o consorte que tem a posse e a administração dos bens conjugais e protela o litígio entre os ex-consortes, que terão de ingressar com futura ação de extinção de condomínio, no caso de discórdia na alienação do bem.²⁶⁷

Com base nos critérios adotados, os autos são encaminhados para o partidor judicial que elaborará o esboço de partilha, nos termos do art.1.023 do Código de Processo Civil (CPC, 2015, art.649), indicando o patrimônio líquido inventariado, os meeiros e os respectivos quinhões com a forma, eventualmente da forma de pagamento, se uma das partes tiver que repassar a outra algum montante ou bem para equiparar as meações.

Exibido o esboço, de acordo com o art.1.024 da Lei Processual, as partes terão cinco dias, cujo prazo comum foi dilatado para quinze com o advento da Lei nº13.105/2015 (art.652), para se manifestarem, e logo após decididas as questões, a partilha é lançada nos autos mediante o

²⁶⁵ MALHEIROS FILHO, Fernando. O procedimento de partilha na separação judicial. In: CAHALI, Francisco José; CAHALI, Yussef Said. **Doutrinas essenciais**. Família e Sucessões. São Paulo: RT, 2011, p.331.

²⁶⁶ CAHALI, Francisco José Cahali; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3.ed. São Paulo: RT, 2007, p. 407. Também nesse sentido: Silvio Rodrigues (p. 249), Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim (p.277).

²⁶⁷ Partilha que deve evitar a permanência do condomínio. Determinação de manifestação da parte discordante para posterior deliberação sobre a distribuição dos bens entre os herdeiros. Agravo provido. (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de instrumento 2060519822.2015.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Hamid Bdine, j.14/05/2015.)

instrumento chamado *autos de partilha*. Proferida a sentença de partilha após conferência das certidões negativas fiscais, da decisão a parte inconformada poderá apresentar o recurso de apelação. Somente após o trânsito em julgado serão expedidos os formais de partilha, quando requerido pela parte interessada, pois será este o documento que formalizará a situação dos bens conjugais perante terceiros e inclusive órgãos públicos e privados.²⁶⁸

5.3 Dos Sonegados

5.3.1 Conceito e finalidade da pena de sonegados

A sonegação é uma omissão dolosa de bens com propósito de subtrair da partilha de bens. O conceito de sonegados, assim como todos os institutos vinculados à divisão do patrimônio, advém do Direito Sucessório, pois a morte foi o primeiro acontecimento que necessitou de regulamentação para transferência e organização dos bens na existência de mais um herdeiro.²⁶⁹

Silvio Rodrigues conceitua sonegados como os bens que deveriam ingressar na partilha, porém foram conscientemente desviados, por não terem sido descritos ou restituídos pelo inventariante ou herdeiro.²⁷⁰ Na mesma linha é a explicação de Washington de Barros Monteiro, ao escrever que “se o inventariante omite, intencionalmente, ou não descreve qualquer bem ou valor, assim desfalcando o ativo do espólio; se o herdeiro não indica bens em seu poder, ou detidos por terceira pessoa, ou se nega a conferi-los, em obediência às disposições legais, pratica sonegação [...]”²⁷¹

Pratica sonegação quem igualmente omite créditos, simula doações, falsifica escrita para diminuir ativos, encobre dívidas, extravia título de dívida ou utiliza de falso crédito contra o patrimônio comum.²⁷²

Segundo Pontes de Miranda, sonegar vem de *sub-negare* (sonegare), ou seja, quem sonega, nega por baixo, disfarçadamente, dissimuladamente.²⁷³

Em função da proposital omissão, o sonegador poderá ser condenado criminalmente nas penas do art.168 do Código Penal (apropriação indébita), e ser submetidos à pena de sonegação

²⁶⁸ CAHALI, Francisco José Cahali; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3.ed. São Paulo: RT, 2007, p.410.

²⁶⁹ BEVILAQUA, Clovis. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1955, p.377.

²⁷⁰ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil** – direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2002, p.324.

²⁷¹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil** – direito das sucessões. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1964, p.285.

²⁷² GOMES, Orlando. **Sucessões**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 280.

²⁷³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado, direito das sucessões**. T.LX, Rio de Janeiro: Borsoi, 1969, p.273.

impostas no art.1.992 do Código Civil, pois o escopo desta regra “é garantir a exatidão do inventário e a perfeita igualdade da partilha”,²⁷⁴ bem como prevenir, compor e punir a omissão de bens por parte do herdeiro, do inventariante, do testamentário²⁷⁵, não havendo obviamente como excluir o cônjuge, contumaz fraudador, deste rol simplesmente pelo fato de o dispositivo fazer menção ao herdeiro que sonegar, ou por se tratar de uma regra sucessória, pois “é natural e óbvio que uma norma jurídica qualifica-se por seu objeto e não por sua localização neste ou naquele corpo de lei.”²⁷⁶

Não é demais lembrar que além de atender ao princípio da equidade (CC, art.2027) e salvaguardar os interesses da moral e da instituição familiar, a sanção de sonegados pretende permitir a cobrança do imposto de transmissão ou de reposição²⁷⁷. Além disso, tem um caráter repressivo e educativo, na medida em que gera um estímulo indireto capaz de induzir o potencial ofensor a se abster de atos antijurídicos.

Sobreleva, assim, perceber que do próprio conceito e, mais importante, da finalidade dos sonegados é possível extrair ser sua aplicação possível e recomendada à partilha de bens do divórcio, de sorte que enquanto não houver nenhuma alteração legislativa para acabar de vez com a divergência que paira sobre este entendimento, onde constar a expressão herdeiro, leia-se igualmente cônjuge, assim como ocorrem com todas as demais regras referente ao inventário. Isto, porque, além de os dispositivos não terem existência isolada, mas integrada organicamente em um sistema, em recíproca dependência com as demais regras de direito²⁷⁸, no dizer de Carlos Maximiliano, “preocupa-se a hermenêutica, sobretudo depois que entraram em função de exegese os dados da Sociologia, com o resultado provável de cada interpretação”, ou seja que conduza a melhor consequência para a coletividade, pela finalidade implícita da norma.²⁷⁹

Visto o conceito e pincelado o entendimento defendido neste trabalho, necessário identificar os requisitos exigidos para configuração da sonegação e o procedimento da ação de sonegados.

²⁷⁴ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil** – direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2002, p.291.

²⁷⁵ FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p.925.

²⁷⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do processo**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.111.

²⁷⁷ Súmula 116 do STF: "Em desquite ou inventário, é legítima a cobrança do chamado imposto de reposição, quando houver desigualdade nos valores partilhados."

²⁷⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.123.

²⁷⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.135.

5.3.2 Requisitos para a configuração da sonegação de bens

A sonegação é a ocultação dolosa de bens do espólio durante o processo de inventário. Dois são os requisitos essenciais para sua configuração, um de cunho objetivo e outro subjetivo.

O elemento objetivo é o movimento de ocultação dos bens, isto é, a não declaração ou a não restituição do bem comum, e o elemento subjetivo é o dolo, a malícia, a intenção de ocultação fraudulenta para frustrar a partilha do outro.²⁸⁰ Assim, quando o herdeiro, o inventariante ou um dos cônjuges, dolosamente não descreverem o patrimônio ou negarem com veemência a existência dos bens indicados pela outra parte, ou ainda, se ocultar o fato de estarem com bens do acervo em sua posse, estar-se-á diante de situações capazes de configurar a sonegação.

A intenção de prejudicar o próximo e a efetiva consciência do ilícito são inerentes ao conceito de sonegar, isto é, sem malícia, não há sonegação. Desta feita, o silêncio somente ensejará a sanção se configurado o dolo, pois a ignorância ou omissão involuntária não preenche os requisitos do instituto. Contudo, nada importa se a fraude beneficiar o próprio fraudador ou terceiro, ou ainda for cometida por mera vingança.²⁸¹

Muito embora a doutrina considere a renitência um motivo caracterizador da sonegação²⁸², recentemente o Superior Tribunal de Justiça afirmou não ser a resistência do meeiro em apresentar os bens no inventário sinônimo de dolo, sendo necessário a demonstração inequívoca de que o comportamento foi inspirado na fraude.²⁸³

A lei cria momentos distintos para caracterizar a sonegação. Os herdeiros são submetidos à sanção após a dolosa omissão sobre os bens que receberam em vida por doação e que deveriam informar no inventário (colacionar) ou que estão em sua posse e não informaram quando instados a se manifestar nos autos. Por outro lado, o inventariante só poderá ser considerado um sonegador após a declaração por ele feita de não existirem outros bens a inventariar (CC, art.1.996), cuja manifestação, quando não houver direta negação de existência de determinado bem, deve ser o momento a partir do qual os cônjuges se submetem à sonegação, independentemente de existir ou não a figura do administrador dos bens partilhados do casal. Na

²⁸⁰ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. São Paulo: Atlas, 2013, p.869.

²⁸¹ VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito civil** – direito das sucessões. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 352.

²⁸² Nesse sentido: VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito civil** – direito das sucessões. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.352, 353.

²⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº1.267.264/RJ Rel. Min. João Otávio de Noronha, j.19/05/2015, DJe 25/05/2015.

hipótese de não constar a declaração expressa de ambos os consortes, deverá o juiz ordenar a manifestação para evitar manobras escusas à pena de sonegados.

5.3.3 Ação de sonegados

A ação de sonegados deve ser intentada no juízo do inventário e seguir o rito ordinário. Será processada em vias próprias e conexa à primeira, quando não estiver finda a partilha, por se tratar de matéria de alta indagação.

Nos dizeres de Carlos Maximiliano,

considera-se de alta indagação toda disputa referente a sonegados; envolve, sempre, matéria de fato. Por isso, há de ser ventilada e decidida em processo contencioso; com exceção da providência urgente da remoção do inventariante, sobretudo necessária quando, intimado, recalcitre em não descrever certos bens; as penas respectivas só por meio de sentença proferida em ação ordinária, especial, os tribunais impõe; nunca em inventário, no qual se não fazem nem simples justificações comprovativas de que foram desviadas ou ocultas coisas partilháveis. Semelhante ação tanto pode ser proposta antes, como depois de ser concluída a divisão do ativo sucessório.²⁸⁴

No entanto, importante salientar que na prática, a omissão dos bens é resolvida no próprio processo de inventário, não chegando a ser objeto da ação de sonegados, pois os interessados arguem a falta de certos bens que deveriam ser arrolados, mas não foram, e o sonegador ao ser instado a se manifestar e apresentar justificativa pela ausência de descrição, consciente das sanções que poderá sofrer caso continue a insistir na ilicitude, acaba por optar pela inclusão do patrimônio escondido para evitar um mal maior. Este é o principal efeito buscado nas demandas originadas do Direito de Família, a coerção para bem pelo receio do pior.

Quando a ganância e a sensação de impunidade é maior que o medo de ser penalizado, a vítima da ocultação tem o prazo de dez anos a contar do ato irregular para ingressar com a ação de sonegados (CC, art.205).²⁸⁵

A legitimidade ativa para propositura da ação de sonegados é de todos os interessados na partilha dos bens, quer por herdeiro, cônjuge meeiro ou credor (CC, art.1.994). Somente os credores da herança podem mover a ação de sonegados, ou seja, aqueles que têm direito sobre os

²⁸⁴ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões** v.III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, p.304.

²⁸⁵ Nesse sentido: AÇÃO DE SONEGADOS – INVENTÁRIO – DOAÇÃO INOFICIOSA TRAVESTIDA DE PRESCRIÇÃO – PRAZO VINTENÁRIO, CONTADO DA PRÁTICA DE CADA ATO IRREGULAR –. A prescrição, na ação de sonegados, é vintenária, e conta-se a partir do ato irregular. Precedentes. III. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Terceira Turma. AgRg nos EDcl no REsp: 1196946 RS 2010/0100211-0, Rel. Min. Sidnei Beneti, j.18/11/2010, DJe 21/03/2011).

bens envolvidos na partilha: os legatários, fideicomissários e testamentário ou inventariante que não sejam herdeiros. Em outras palavras, não são legitimados à ação de sonegados os credores do falecido, pois estes agem contra o espólio e para garantir eventual dívida, basta indicar para penhora o bem sonegado nos autos do inventário, já que a constrição não exige a declaração da sonegação.²⁸⁶

No tocante à legitimidade passiva, diverge a doutrina sobre a possibilidade de extensão da pena de sonegação ao cônjuge-meeiro que não ocupa a posição de herdeiro, pelo fato de o art.1.992 mencionar tão somente a “herdeiro que sonegar bens da herança”²⁸⁷. Contudo, esta não parece ser a posição mais adequada, pois além de ser mais comum os casos de sonegação, o entendimento contrário está longe de atender à finalidade da norma, e mais que isto, importa em total afronta ao princípio processual que exige o tratamento isonômico das partes (CPC 1973, art.125, I; CPC 2015, art.139, I), pois, mesmo todos sendo interessados na partilha, somente pelo fato de não ser herdeiro, estaria o cônjuge isento da sanção enquanto os demais sujeitos a tal constrangimento pelo mesmo ato cometido.

Não bastasse, o art.1.993 do Código Civil imputa legitimidade passiva ao inventariante, sendo ou não herdeiro, de sorte que se o cônjuge-meeiro sonegar no exercício da inventariança, dúvida não há que deve ser submetido a ação de sonegados.²⁸⁸ Logo, além da remoção de inventariante, deve o cônjuge-meeiro ser penalizado, pois a mera perda do encargo não constituiria sanção à altura da gravidade da infração. Outra não pode ser a solução, pois poupar o meeiro, que na maioria das vezes é o sonegador, eliminaria ou, no mínimo, estancaria o poderoso estímulo do agir com probidade e boa-fé.²⁸⁹

Portanto, como recentemente consignou o Superior Tribunal de Justiça,

²⁸⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Segunda Turma. AC: 26973 SP 2009.03.99.026973-6, Rel. Des. Fed. Henrique Herkenhoff, j.03/11/2009).

²⁸⁷ Sustenta igualmente este entendimento: Maria Berenice Dias: “O inventariante também se sujeita à ação de sonegados, mas somente se for herdeiro. Não há como acusá-lo de sonegação, se herdeiro não é. Caso omita descrever bens indicados pelos herdeiros, a hipótese não é de sonegação. Trata-se de ato ilícito e configura delito de apropriação indébita (CP 168). Além da ação indenizatória, por óbvio.” (DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: RT, 2013, p.624. Jurisprudência: (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº9154904-83.2004.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Carlos Alberto Garbi, j.13/09/2011; BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 6ª Câmara de Direito Privado, DJe: 12/03/2015); BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 74.683/SP, Quarta Turma. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j.30/10/1995).

²⁸⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil** – direito das sucessões. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1964, p.302.

²⁸⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil** – direito das sucessões. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1964, p. 302. No mesmo sentido: Carlos Maximiliano (p.388), Sílvio Salvo Venosa (p.227), Orlando Gomes (p.282) e Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (p.1.032).

não há dúvida de que todos os bens deixados pelo falecido transmitem-se aos herdeiros na forma da lei. Inclusive aqueles que compõem a meação necessitam ser declarados no inventário para que se saiba sobre o acervo sucessório a fim de se proceder à partilha dos bens. Havendo ocultação de bens, pode o sonegador ter de responder a ação de sonegação com as consequências a ela inerentes, entre as quais a restituição do bem ao montante, perdas e danos e perda do direito sobre o bem não declarado. [...] Ora, o fato de ser meeira não exime a inventariante de apresentar os bens a fim de que sejam partilhados, ato no qual será, evidentemente, respeitada a meação.²⁹⁰

Por se tratar de uma ação personalíssima e por nenhuma pena poder passar da pessoa do condenado, na hipótese de falecimento do sonegador do decurso do inventário, seus sucessores estarão livres da sanção, e receberão a parte que caberia ao morto do bem sonegado.²⁹¹ No entanto, se a morte ocorrer depois do trânsito em julgado da sentença, os herdeiros do sonegador deixaram de receber o quinhão que ele perdeu em consequência da fraude cometida.²⁹²

Em face da universalidade da herança, a sentença na ação de sonegados é aproveitada por todos os demais interessados, independentemente de quem tenha assumido a legitimidade ativa da demanda.²⁹³ Conforme escreve Clóvis do Couto e Silva, a ação de sonegados é oblíqua, a medida que o autor não pede para si, mas o retorno do bem para ser partilhado entre os coerdeiros, excluindo o sonegador.²⁹⁴

A sentença tem dupla carga eficaz, constitutiva e condenatória, pois além de determinar a perda do direito sobre o bem ocultado, a sentença ordena a restituição do bem sonegado ou o do respectivo valor ao acervo comum, quando o bem não puder ser restituído. Porém, se o bem tiver perecido por caso fortuito ou força maior, o sonegador estará exonerado do dever de pagar o valor da coisa sonegada, pois neste caso não há a configuração do enriquecimento indevido.²⁹⁵ Em se tratando de desvio de dinheiro dos bens comuns para aquisição de algum bem, o sonegador deve ser compelido a repor a quantia desviada e não a coisa adquirida.²⁹⁶

²⁹⁰ BRASIL. REsp: 1267264 RJ 2011/0108267-7, Terceira Turma. Rel. Min. João Otávio de Noronha, j.19/05/2015, DJe: 25/05/2015).

²⁹¹ CAHALI, Francisco José Cahali; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3.ed. São Paulo: RT, 2007, p.401.

²⁹² MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões** v.III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, p.390.

²⁹³ VELOSO, Zeno. (Coord.) AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Comentários ao Código Civil**. v.21.São Paulo: Saraiva, 2003, p.399.

²⁹⁴ SILVA, Clóvis do Couto e Silva. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. XI, TI. São Paulo: RT, 1977, p.354.

²⁹⁵ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.283.

²⁹⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil** – direito das sucessões. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1964, p.302.

6 DEFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO NA PARTILHA DE BENS

6.1 Requisitos de validade do negócio jurídico

Assim como o pacto antenupcial, as partilhas consensuais, sejam elas judiciais ou elaboradas em tabelionatos, são verdadeiros negócios jurídicos e, apesar de a anulação não ser o cerne deste trabalho, importante elencar os requisitos de validade e os defeitos desta espécie de negócio jurídico para verificar quais deles permitem a aplicação da pena de sonegação.

Os requisitos de validade são as qualidades dos elementos de existência do negócio jurídico, os quais devem estar de acordo com as regras legais e então assim, regulares para entrar no mundo jurídico. Para Zeno Veloso a validade

é o conjunto de requisitos que determinam a vigência de um negócio, seus elementos constitutivos, em conformidade com o ordenamento legal. [...] o negócio jurídico é válido quando obedeceu a estes requisitos e inválido no caso contrário, acentuando-se que a invalidade comporta graus, conforme a gravidade e intensidade da infração à norma jurídica.²⁹⁷

Portanto, para ser válido o negócio jurídico (conforme o art.104 do Código Civil), o agente deverá ser capaz e legitimado para o negócio; o objeto deverá ser lícito, possível e determinado ou determinável, e a forma livre ou conforme prescrita em lei.

A capacidade exigida da parte é a de agir e pactuar acerca do negócio jurídico a ser celebrado, pois a capacidade de direito é próprio de todo ser humano, conforme o Código Civil (art.1º). No entanto, devem ser analisadas a aptidão para agir (arts.3º e 4º da Lei Civil), os quais definem a capacidade ao especificarem taxativamente os absoluto e relativamente incapazes, respectivamente.²⁹⁸

Quanto ao objeto, a possibilidade está ligada à exequibilidade do compromisso, subdividindo-a em impossibilidade absoluta e relativa. Conforme salienta Eduardo Ribeiro de Oliveira, a

²⁹⁷ VELOSO, Zeno. **Invalidade do negócio jurídico**: nulidade e anulabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 21.

²⁹⁸ GAINO, Itamar. Requisitos do negócio jurídico. In: (Orgs.) LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues. **Temas relevantes do Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2012, p.147.

impossibilidade do objetivo será absoluta, quando a todos atingia. A ninguém é dado retirar um planeta do curso que lhe impõe as leis da natureza. Será relativa, se referir-se a uma pessoa ou classe de pessoas, como sucede com aquelas prestações que não estejam ao alcance da habilitação técnica ou artística de quem se obrigou. Pode verificar-se, em regra, quanto às obrigações de fazer.²⁹⁹

O terceiro requisito imposto pelo art.104 do Código Civil é a forma prescrita ou não defesa em lei, a qual impõe a exigência dos negócios formais ou solenes, como também exige o art.107 do mesmo diploma legal, consignando a inobservância de eventual solenidade a nulidade do ato ou negócio jurídico.³⁰⁰

Somado a esses elementos, sendo a validade a qualidade dos elementos existenciais, são igualmente seus requisitos a declaração de vontade com plena consciência da realidade, escolhida com liberdade e deliberada sem má-fé; o tempo útil e adequado; o lugar apropriado e a higidez dos elementos categoriais e particulares³⁰¹.

Por ser o elemento volitivo a origem dos efeitos do negócio jurídico, o ordenamento jurídico limita a vontade das partes pela autonomia privada e proíbe as declarações contrárias às leis, à moral e aos bons costumes. Também para garantir mais segurança às partes, exige a presença de boa-fé, conforme Judith Martins-Costa a

concepção da obrigação como um processo e como uma totalidade concreta põe em causa o paradigma tradicional do direito das obrigações, fundado na valorização jurídica da vontade humana, e inaugura um novo paradigma para o direito obrigacional, não mais baseado exclusivamente no dogma da vontade (individual, privada ou legislativa), mas na *boa-fé objetiva*.³⁰²

Tudo isso para proteger os declarantes dos vícios de consentimento e da injusta desproporcionalidade patrimonial no fim da relação conjugal, época em que os cônjuges enfrentam elevado desgaste emocional e estão suscetíveis aos vícios de consentimento. Isto, porque, não raramente são induzidos em erro; não conhecem a totalidade do patrimônio comum, está presente na negociação a figura do dolo por um dos divorciandos – sem contar quando um deles sofre intransponíveis ameaças, como por exemplo, de desamparo financeiro e familiar – ou

²⁹⁹ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. (Coord.) Sálvio de Figueiredo Teixeira. **Comentários ao novo Código Civil**: parte geral (arts.79 a 137). Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 202.

³⁰⁰ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. (Coord.) Sálvio de Figueiredo Teixeira. **Comentários ao novo Código Civil**: parte geral (arts.79 a 137). Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.149-150.

³⁰¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2013, p.45-46.

³⁰² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p.385.

estão em real estado de perigo e sofrem catastróficos prejuízos pela simulação ou omissão dos bens.

Diante deste cenário e de serem recorrentes estas situações quando da derrocada conjugal, para melhor compreensão do tema tratado, necessário elencar cada um dos defeitos do negócio jurídico, pois nem sempre estão vinculados à omissão patrimonial, cuja conduta pretende-se penalizar através da imposição da pena de sonegação, gerando, portanto, nos casos de puro vício de consentimento, somente a anulabilidade da partilha de bens.

6.2 Erro, dolo e coação, estado de perigo, lesão e simulação

Os vícios de vontade acarretam a nulidade quando por erro viciarem o ato, pois tanto a vontade íntima como a declarada são distorcidas da realidade, sendo sem dúvida, causa inquestionável de anulação do negócio jurídico, conforme estabelece o art.171, II, e o art.138 do Código Civil: “são anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.”

Conforme a norma prevista no art.139, o erro será substancial quando:

I – interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais; II – concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante e III – sendo de direito e não implicando recusa à aplicação de lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.

Ou seja, está configurado o erro quando o defeito viciador da vontade constituir uma opinião errada sobre condições essenciais determinantes da manifestação de vontade, cujas consequências não são realmente queridas pelo agente.³⁰³

Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, o erro pode ser definido como

noção inexata ou falsa que temos de uma coisa; a falta de concordância entre a vontade interna e a vontade declarada. Caso em que a parte alegava que prestara o seu assentimento a um ato declarado como de seu interesse quando em realidade operava em seu prejuízo. É um fenômeno subjetivo, cujos caracteres devem ser pesquisados nos fatos que o rodearam, nas suas causas próximas e remotas e na essência do próprio ato. Este deve apresentar a expressão de um negócio normal, lógico, justificado à observação do homem sensato.³⁰⁴

³⁰³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v.I. Introdução ao direito civil, teoria geral do direito civil. 20.ed .atual. Código Civil de 2002. Atualizadora: Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.519-520.

³⁰⁴ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 5.ed. São Paulo: RT, 2007, p.314.

Complementa a lição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, quando informam que:

o erro, consoante já se anotou expressa uma equivocada representação da realidade, uma opinião não verdadeira a respeito do negócio, do seu objeto ou da pessoa com quem se tratava a relação jurídica. Este defeito do negócio, portanto, vicia a vontade do agente, atuando no campo psíquico (subjetivo)

No voto prolatado na Apelação Cível nº70031896236, da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Desembargador Rui Portanova, com base no erro, conclui pela anulação do acordo de partilha, enfatizando que “o erro, é bom que se diga, restou suficientemente demonstrado nos autos, quer pela inexperiência da demandante, quer pela subestimação, mais do que flagrante, do real valor da empresa.”

Portanto, o erro nas partilhas de bens é característico quando um dos consortes desconhecer a verdadeira e exata dimensão do patrimônio partilhável ou das condições físicas ou financeiras do acervo comum, tal como ocorre com as sociedades empresárias, pois não terá nesses casos, nenhuma condição de negociar em prol de uma composição justa e equânime com o outro. Ou seja, o erro está localizado justamente neste aspecto da dimensão ou extensão dos bens nupciais e efetivamente divisíveis, resultando esses acordos em injustos desequilíbrios da fortuna partilhada e em flagrante enriquecimento ilícito do cônjuge que induziu o outro ao erro.

Já o dolo “consiste em manobras ou maquinações cujo propósito é obter uma declaração de vontade que não seria emitida se o declarante não fosse enganado”³⁰⁵. Nesse sentido dispõe o art.145 do Código Civil, que “são os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa”. Ao interpretá-lo, Álvaro Villaça de Azevedo observa que “o dolo que leva à anulação do negócio jurídico é o dolo principal e mau (*dolus malus*), em que se concretiza o prejuízo à vítima com a manobra ardilosa, pois o dolo bom (*dolus bonus*) não chega a causar prejuízo, pois qualquer pessoa pode detectá-lo com facilidade.”³⁰⁶

Nas lições de Clóvis Bevilacqua, o dolo

é o artifício ou expediente astucioso empregado para induzir alguém à prática de um ato que o prejudica, e aproveita ao autor do dolo ou a terceiro. E para que tal artifício ou expediente astucioso tenha aptidão para viciar o consentimento, é indispensável que estejam reunidos os seguintes requisitos: a) intenção de induzir o declarante a praticar o

³⁰⁵ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Obra premiada pelo Instituto dos Advogados da Bahia. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.421.

³⁰⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça de (Coord.). **Código Civil comentado**: negócio jurídico, atos jurídicos lícitos, atos ilícitos: arts.104 a 188. v. II. São Paulo: Atlas, 2003, p.205.

ato; b) que os artifícios empregados sejam graves; c) que sejam a causa determinante da declaração de vontade; d) que procedam de outro contraente, ou sejam destes conhecidos, se procedentes de terceiros.

É preciso, no entanto que o erro derivado do dolo seja causa determinante do negócio, pois somente o dolo principal vicia o negócio jurídico. Quando eventualmente o dolo não induz diretamente a manifestação de vontade, pois o ato seria realizado independentemente da malícia do interessado, apenas em outras condições, estará configurado o dolo accidental, ensejador somente de indenização por perdas e danos pelas condições menos vantajosas estabelecidas, conforme determina o art.146 do Código Civil.

O dolo principal pode advir tanto de ações comissivas como de condutas omissivas, consoante prevê o art.147 do *Codex*, de modo que a omissão dolosa de bens no momento da partilha enseja, sem dúvida alguma, a anulação do negócio jurídico celebrado, pois se a vítima do comportamento doloso tivesse conhecimento dos bens sonegados, jamais firmaria um acordo nas condições pelas quais ficaria totalmente desprovida do patrimônio a que teria direito por força de sua meação. Nos casos de omissão dolosa realizada direta ou indiretamente é o que se pretende aplicar a pena de perdimento de bens, nos moldes previstos no processo de inventário, tanto nas partilhas consensuais como nas litigiosas, não havendo, por certo, nessa última hipótese nenhum vício de consentimento, mas a má-fé do sonegador que deve passar impune.

A vontade impura do sujeito em virtude da coação com mais razão ainda pode acarretar a anulação do negócio jurídico, pois ao contrário do erro e do dolo, o coagido, desde o princípio, tem absoluta ciência de que sua manifestação não corresponde à sua vontade, tendo em vista que somente adotou aquela postura em virtude de um fator externo, ou seja, de um constrangimento ou de uma ameaça física ou moral à sua pessoa, à sua família ou aos seus bens.

A coação física, também chamada de violência absoluta, é tão grave que Renan Lotufo afirma que “não se pode falar em vício de consentimento, mas em ausência”³⁰⁷, pois não há uma declaração de vontade, apenas uma aparência, de sorte que para o referido autor não se trata de nulidade, mas de inexistência do negócio jurídico. Por outro lado, a coação moral, conhecida como violência relativa, ocorre quando a intimidação afeta a espontaneidade do declarante, ou seja, “a coação é uma forma de pressão, ameaçadora, que, por fundado temor, constrange a

³⁰⁷ LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**. Parte Geral. v.1. São Paulo: Saraiva, 2003, p.412.

pessoa a praticar o negócio jurídico.”³⁰⁸ Esta última hipótese na prática ocorre quando um dos cônjuges, por exemplo, exige que o outro consinta com uma partilha desigual, pois judicialmente não haverá nada a partilhar, pois os bens comuns foram registrados em nome de empresas ou de terceiros, de sorte que se não aceitar o proposto, nada irá receber, ou ainda, se não aceitar a divisão proposta o proponente deixará de arcar com o custo do tratamento de saúde de algum familiar. Obviamente, comprovadas essas situações, bem como o dano provocado, a coação moral prevista no art.151 do Código Civil servirá como fundamento para anular a partilha celebrada.

Além do erro, dolo e coação, existem ainda os vícios sociais de estado de perigo, lesão, simulação e fraude contra credores que também invalidam o negócio jurídico por atingirem o elemento volitivo. No acordo de divisão de bens, a celebração em condições excessivamente onerosas para salvar alguém de um grave dano configura o estado de perigo, enquanto a lesão decorre de um ajuste desproporcional, por necessidade ou inexperiência da parte.

A simulação recorrente no fim do casamento ocorre quando um dos consortes cria, simula situações para desviar bens comuns de forma aparentemente legal, como exemplifica Washington de Barros Monteiro, ao citar a hipótese de o “marido, que na iminência da separação judicial, forja dívidas, a fim de consumir o patrimônio do casal, não tendo assim de pagar a meação da esposa.”³⁰⁹

Por fim, ocorre a fraude contra credores quando é utilizado o dolo para prejudicar terceiro, conforme explica Yussef Said Cahali: “na fraude, não é a nenhuma das partes que se pretende ludibriar, já que ambas podem até estar de acordo [...]”.³¹⁰

Para esses vícios de consentimento, a lei já prevê a viabilidade de ajuizamento de ação anulatória para fins de voltar ao *status quo ante*, e refazer novamente a partilha, ou ainda a possibilidade de sobrepartilhar os bens sonegados, não havendo nenhuma sanção ao cônjuge de má-fé se não houver que pagar uma indenização pelo recebimento exclusivo dos frutos do bem omitido.

³⁰⁸ SILVA FILHO, Artur Marques da. **Da coação**. In: (Orgs.) LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo: Atlas, 2008, p.536.

³⁰⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil** – parte geral. 43.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.275.

³¹⁰ CAHALI, Yussef Sail. **Fraude contra credores**. 4.ed. São Paulo: RT, 2008, p.42.

6.3 Vacilação do significado da palavra fraude

Etimologicamente fraude deriva das expressões latinas *fraus* e *fraudis*, que significam engano, má-fé, logro, ou seja, um engano malicioso ou uma ação astuciosa, promovida de má-fé para ocultar a verdade ou fugir do cumprimento de algum dever.

Ao conceituar a fraude, Yussef Cahali afirma ser, *in genere* a negação do princípio da boa-fé, assim como considera o dolo e a simulação fraudulenta.³¹¹ Para Limongi França, a fraude, em sentido amplo, é “toda a artimanha para prejudicar outrem”, mas na acepção tecnológica estrita, é o “particular expediente utilizado por algum devedor no sentido de lesar seus credores.”³¹²

Em nosso ordenamento apesar de a expressão fraude induzir a estratagemas elaborados para prejudicar terceiros em virtude dos institutos da fraude contra credores e fraude à execução, a expressão também é utilizada como sinônimo de lesão causada ao contratante pela conduta desleal do outro envolvido na relação jurídica, cuja arapuca pode ou não envolver terceiros. Diferente da fraude contra credores, que visa frustrar uma execução, no direito de família, a fraude busca evitar de forma ilícita o conhecimento de um direito do outro cônjuge, ou seja, da meação sobre determinado patrimônio. No ato conjugal, por exemplo, a subtração de bens da massa comunicável às vésperas da separação do casal pelo cônjuge administrador representa verdadeira fraude, pois não vicia a vontade do outro partícipe da relação, mas resulta em um nefasto desequilíbrio econômico e financeiro na divisão dos bens.

A jurisprudência argentina firmou entendimento de que a fraude contra os credores é uma espécie de uma noção mais ampla, como é a fraude no sentido genérico, que abarca, além do caso típico de fraude contra credores, o cometido contra a sócia na sociedade conjugal através de um ato intencionalmente dirigido para prejudicar seus direitos de participação nos bens comuns.³¹³

Contudo, parte da doutrina portenha considera que a noção de fraude deve ser apreendida amplamente e não circunscrita a uma determinada norma legal, considerando esta corrente, da

³¹¹ CAHALI, Yuseef Said. **Fraude contra credores**. 5.ed. São Paulo: RT, 2013. p.40.

³¹² FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p.167.

³¹³ El fraude a los acreedores no es sino un especie dentro de una noción más amplia, como es la de fraude en sentido genérico, que abarca, además del caso típico del fraude al acreedor, el cometido contra la socia en la sociedad conyugal, a través de un acto intencionalmente dirigido a perjudicar sus derechos de participación en los gananciales. Por ello, es que el ejercicio de la acción de fraude no se halla supeditado a la disolución de la sociedad conyugal, a los efectos del surgimiento de un crédito, para poder invocar carácter de acreedor, y puede ser interpuesta en todo tiempo”. (Del voto del Dr. Bossert - C. Nac. Civ., Sala F, 4/12/1989, – Landaburu de Luppino, María E. c. Luppino, roque y otros”. J.A. 1990-II-158. Disponível em: <http://html.rincondelvago.com/fraude-en-la-sociedad-conyugal.html>. Acesso em: 01 jun.2015).

qual Eduardo Zannoni compartilha, que a noção de fraude constitui uma modalidade de dolo constitutivo do *animus nocendi* ou intenção de causar dano mediante a execução de ato jurídico.³¹⁴

Ou seja, a fraude é gênero que engloba diversas espécies, sendo uma delas a ocorrente no direito patrimonial de família. De acordo com Rolf Madaleno, no

contexto da fraude aplicada entre cônjuges ou mesmo entre casais unidos estavelmente, volta-se o engodo para a intenção de causar algum dano à meação do consórcio conjugal, variando a sua instrumentalização de acordo com a multiplicidade dos bens conjugais e consoante as oportunidades abertas pela maior ou menor credulidade do parceiro vitimado.³¹⁵

As fraudes na dissolução do casamento são feitas de diversas formas, e atualmente as pessoas jurídicas e as interpostas pessoas físicas, conhecidas coloquialmente como “laranjas”, são instrumentos bastante eficazes para o cônjuge fraudador desviar o patrimônio comum e evitar que estes bens sejam objetos de aplicação da imperativa regra dos regimes de comunhão patrimonial bem como da norma presente no art.1.647, I, do Código Civil que proíbe a transferência de bens imóveis a terceiros sem o consenso mútuo dos cônjuges, configurando, portanto, nestes casos, verdadeira fraude à lei, pois a malícia está justamente no “uso de meios indiretos para violar uma norma jurídica cogente de modo a obter resultado por ela proibido ou ainda impedindo a realização do fim por ela imposto.”³¹⁶

Esta inclusive foi a interpretação dada pelo Ministro Ricardo Villas Boas Cuevas, relator do Recurso Especial nº1.195.615, ao confirmar a procedência da ação pauliana interposta pela esposa para incorporar o patrimônio desviado pelo marido aos irmãos sem sua prévia autorização, pois considerou nítida a fraude à lei imperativa do

art.1.647, I, do Código Civil (que proíbe a transferência de bens imóveis a terceiros sem o consenso mútuo dos cônjuges); art.166, VI, do Código Civil (por declarar nulos e não anuláveis os atos em fraude à lei imperativa); arts.128, 131, 458, II, e 460 do Código de Processo Civil (por decidir a lide fora dos limites em que foi proposta, desatender aos fatos e às circunstâncias dos autos, abster-se de motivar coerentemente a decisão colegiada, omitir-se em questões de fato e de direito relevantes e aptas a situar a matéria fora dos limites da causa, resolvendo-a com base no erro e na coação jamais alegados); art.1.040, III, do Código de Processo Civil (que condiciona a partilha dos bens litigiosos à solução favorável do litígio); art.984 do Código de Processo Civil (que proíbe a

³¹⁴ ZANNONI, Eduardo A. **Derecho Civil**. Derecho de Familia. Buenos Aires: Astrea, 2002, p.244.

³¹⁵ MADALENO, Rolf Hanssen. **A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no direito de família e no direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.157.

³¹⁶ LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**. Parte Geral. v.1. São Paulo: Saraiva, 2003, p.461.

discussão, no inventário, de questões que exorbitem da prova documental); arts.252 da Lei de Registros Públicos e 1.245, §2º, do Código de Processo Civil (que exigem ação própria para decretação de invalidade de registro); art.3º do Código de Processo Civil (que assegura o direito de ação sempre que exista interesse e legitimidade); art.1.026 do Código de Processo Civil (que circunscreve a sentença de inventário à partilha dos bens) e art.472 do CPC (que leva à presunção da indispensabilidade do litisconsórcio necessário nas ações destinadas a proclamar a invalidade de negócios jurídicos).³¹⁷

No direito francês, além de fraude à lei, a doutrina aplica a máxima *fraus omnia corrumpit*, ou seja, a “fraude tudo corrompe”, portanto o marido que usa de seus poderes legais para prejudicar aquela que tinha o dever moral de proteger, acaba por violar este dever com a fraude cometida. Nesses casos, a jurisprudência declara as operações fraudulentas radicalmente nulas, considerando inclusive a sonegação de bens qualquer fraude cometida.³¹⁸

Alvino Lima, ao se deparar com o conceito de fraude, escreve que ela “pertence a esta família numerosa de noções, cuja realidade e importância são reconhecidas por todos, mas cuja significação e extensão permanecem na penumbra, apesar dos esforços para fazê-la surgir.”

Assim como no Brasil, os franceses também têm dificuldade de conceituar a fraude, e isso, segundo Clóvis Bevilacqua, porque o vocábulo fraude trouxe do direito romano uma certa vacilação do significado, pois os romanos ora consideravam *fraus* qualquer ardil ou embuste no intuito de enganar, ora designavam como simulação.³¹⁹ Apesar de a antiga e a atual Legislação Civil terem fixado uma noção de fraude contra credores, deixaram de fazê-lo em relação às outras espécies, de sorte que a variação de significados seguramente advém da ausência de outros conceitos legais e pelas diversas interpretações dadas pelas diferentes áreas do ordenamento jurídico, as quais seguramente não estão equivocadas, mas acabam por confundir os institutos, ou mais grave, a levar alguns doutrinadores a imaginar erroneamente que existem apenas aquelas mencionadas na lei.

³¹⁷ RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. SIMULAÇÃO. MANIFESTA FRAUDE À LEI IMPERATIVA. VIOLAÇÃO DO DIREITO À MEAÇÃO. PARTILHA DISSIMULADA. ALIENAÇÃO FICTÍCIA DO PATRIMÔNIO. PREÇO VIL. AÇÃO PAULIANA. VIA PRÓPRIA. ADEQUAÇÃO. 1. Cuida-se de ação ordinária proposta contra o ex-marido da autora e seus respectivos irmãos com a finalidade de obter declaração de nulidade de compra e venda de bens que deveriam ter sido partilhados ante o direito à meação em virtude do fim do casamento submetido ao regime de comunhão parcial de bens. 2. Há simulação quando, com intuito de ludibriar terceiros, o negócio jurídico é celebrado para garantir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem ou transmitem. 3. O patrimônio do casal beligerante foi transferido pelo varão a seus irmãos, por preço fictício, pouco antes da separação de corpos do ex-casal, tendo retornado ao então titular logo após a sentença de separação judicial e do julgamento do recurso de apelação pelo tribunal de origem. 4. A alienação forjada é, sobretudo, uma violação da ordem pública, podendo ser reconhecida em ação pauliana. 5. Recurso especial provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 1.195.615, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j.21/10/2014).

³¹⁸ RIPERT, George. **A regra moral nas obrigações civis**. Campinas: Bookseller, 2002, p. 299.

³¹⁹ BEVILAQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. Livraria Francisco Alves: Rio de Janeiro, 1908, p.296.

6.4 Distinção entre fraude e vício de consentimento

Em face da similitude e o fim análogo no direito patrimonial de família de esvaziar o acervo conjugal, indispensável diferenciar a fraude dos vícios de consentimento, pois apesar de ambos serem atos prejudiciais a um dos cônjuges, são institutos distintos que em virtude da identidade da sua finalidade, pode, por vezes, gerar situações de ambiguidade interpretativa do direito aplicável.

Entre os vícios de consentimento, estão o dolo, erro e coação, os quais impedem que o negócio jurídico se cristalize, pois afetam a vontade do agente que não se encontra na posse de sua razão mental. Ou seja, são vícios que estabelecem a divergência entre a vontade manifestada e a vontade real. Já a fraude contra credores, assim como a simulação, não se enquadram nesta mesma categoria, pois não são vícios puramente psíquicos, mas sociais já que “não estabelecem uma desarmonia entre o que se passa no recesso da alma e o que se exterioriza em palavras ou fatos.”³²⁰ Portanto, ainda que a vontade tenha sido manifestada em sua normalidade psíquica, será juridicamente viciada, “se, desviando-se da boa-fé e honestidade que a devem guiar nas relações da vida, tiver por alvo prejudicar o direito de alguém ou fugir das prescrições da lei.”³²¹

Por essa razão, para Sílvio Rodrigues, as hipóteses de simulação³²² (CC, art.167, § 1º) e fraude contra credores não exteriorizam propriamente vícios do consentimento, mas vícios sociais, pois enquanto os primeiros incidem sobre a vontade, nos dois últimos o consentimento se revela *desembaraçado de peias*.³²³

Contudo, como a fraude tratada neste trabalho é a cometida entre cônjuges e não perante terceiros, por certo que deve ser considerada vício de consentimento quando diante de uma partilha consensual, pois haverá uma declaração da vontade corrompida pelo erro e pelo dolo do fraudador. Já na partilha litigiosa, a fraude não é elencada como defeito do negócio jurídico, pois negócio jurídico não há, mas deve ser enfrentada como uma epidemia social, pois a cada dia que passa cresce em passos galopantes o número de fraudes patrimoniais no âmbito do divórcio, e se não houver nenhuma sanção legal aos fraudadores, certo que este número seguirá num indesejável crescimento.

³²⁰ BEVILAQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. Livraria Francisco Alves: Rio de Janeiro, 1908, p.282.

³²¹ BEVILAQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. Livraria Francisco Alves: Rio de Janeiro, 1908, p.282.

³²² É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: I – aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; II – contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; III – os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

³²³ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil** – parte geral v.1. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p.285.

6.5 Ausência de conhecimento

Além da vontade ileza para validade plena dos negócios jurídicos, é exigido a integral consciência da declaração, isto é, um comportamento humano voluntário e consciente, pois conforme ressalva Carlos Alberto da Mota Pinto, se o declarante não tiver a consciência sobre a declaração negocial, o negócio firmado não produzirá efeito, mesmo que a falta de consciência da declaração não seja conhecida ou cognoscível do declaratório.³²⁴

Para Enzo Roppo, a consequência de não haver uma ampla e cristalina negociação torna viciado o contrato onde muitas vezes sua formal conclusão não representa o êxito das negociações verdadeiras e próprias de uma discussão livre e paritária entre os contraentes.³²⁵

Somada à ciência da declaração, é certo que os negociantes, ao que nos interessa, os cônjuges devem ter o mais amplo conhecimento da universalidade dos bens do casal, pois não raras são as vezes que o cônjuge administrador do patrimônio conjugal, ao contrário do outro, conhece minuciosamente o valor econômico e a extensão do acervo conjugal, e aproveita destas informações privilegiadas para desequilibrar a partilha com cláusulas leoninas que concedem a mútua, ampla, geral e irrevogável quitação inclusive de bens que porventura forem “esquecidos” no momento da dissolução do casamento, e pior, quando outorgam para o outro alguns bens e para si todos os demais bens móveis ou imóveis adquiridos durante o matrimônio.

Diante desta maquiavélica fórmula, qualquer resultado material se apresenta extremamente prejudicial para a parte mais frágil da relação, pois acaba por se deparar com uma insustentável e indefensável desigualdade de resultados, em razão de a comum inexperiência levar ao não conhecimento da universalidade dos bens do casal, e menos ainda de sua representação econômica e financeira. Desta feita, se não houver a efetiva ciência por ambos os divorciandos da exata dimensão econômica e financeira do patrimônio comum e dos rendimentos por ele gerado, ainda que não estejamos diante de um específico vício de consentimento, deverá ser anulada a partilha celebrada, pois além de caracterizada a lesão, configurará o certo enriquecimento ilícito daquele que passou a cataratas de distância da boa-fé objetiva exigida nas relações familiares.

³²⁴ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4.ed. Coimbra: Coimbra, 2005, p.493.

³²⁵ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p.105-106.

Esta exigência pode ser abstraída dos princípios norteadores dos contratos, a saber, o da função social e o do equilíbrio nas relações contratuais. O primeiro possui uma tutela social que é ampla, geral, com o escopo de tutelar ainda que no âmbito privado, a justiça, a igualdade e a solidariedade, havidas como valores constitucionalmente consagrados, tal qual assevera Luiz Guilherme Loureiro:

a função social do contrato é velar pela equitativa distribuição de riquezas, de forma a assegurar que o patrimônio inicial das partes, por ocasião da celebração da avença, não seja afetado de forma desproporcional por força do cumprimento do contrato. O contrato não deve representar fonte de enriquecimento sem causa, ou violar as noções básicas da equidade. Seu papel fundamental é assegurar a livre circulação de bens e serviços, a produção de riquezas e a realização de trocas, sempre de forma a favorecer o progresso social, evitando o abuso do poder econômico e a relação desigual entre os contratantes.³²⁶

Por seu turno, o segundo, possui uma dimensão mais restrita, que visa proteger, especificamente, as partes envolvidas na relação contratual, limitando, portanto, o interesse privado, ainda que o art.1º, IV, da Constituição Federal assegure a livre-iniciativa através do Estado Democrático de Direito. Nesta senda, o equilíbrio contratual busca manter a harmonia entre a obrigação de um e o benefício do outro, observado o interesse dos contratantes, pois a limitação imposta diz respeito tão-somente ao excesso, ao exacerbado, e, ao prejuízo, jamais à liberdade contratual, de forma tal que dito princípio tem em mira evitar que o contrato sirva de “instrumento para que, sob a capa de um equilíbrio meramente formal, as prestações em favor de um contratante acarretem lucro exagerado em detrimento do outro contratante”.³²⁷

O Código Civil em seu art.157 incorporou o princípio do equilíbrio contratual e previu o instituto da lesão para a situação na qual a parte por necessidade ou inexperiência, se obriga a prestação desproporcional ao valor da prestação oposta, acenando com a anulação do negócio jurídico.

Para que seja declarado nulo ou anulável o negócio jurídico é imprescindível haver manifesta desproporcionalidade entre a obrigação e o benefício (requisito objetivo), a ponto de causar o que a doutrina convencionou denominar de “choque de consciência” (*the conscience shock*), por ferir a sensibilidade do julgador.³²⁸

Ainda, que tal prejuízo tenha decorrido sob premente necessidade ou por inexperiência dos contratantes. A necessidade não pode ser confundida com a hipossuficiência financeira, mas

³²⁶ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria geral dos contratos no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2002, p.52.

³²⁷ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.158.

³²⁸ CASADO, Márcio Mello. Considerações sobre a lesão nos contratos. **Revista Jurídica** n.226, ago.1996.

por ela deve ser entendido haver uma necessidade contratual ou, como revela Caio Mario da Silva Pereira,³²⁹ uma impossibilidade de evitar o contrato.

Já a inexperiência se relaciona com a falta de conhecimento, ou habilidade específica para aquela determinada transação, e não com a escassez de cultura ou conhecimento geral. Vale acrescentar que esses requisitos subjetivos do instituto da lesão não precisam estar presentes simultaneamente. Nas partilhas consensuais normalmente estão presentes os requisitos objetivos e subjetivos, tendo em vista que o contexto de assinatura do acordo de divórcio ocorre em meio à tempestade emocional vivenciada pelas partes, somado ao fato de estar a vítima da falta de conhecimento tratar ou litigar frente ao ex-consorte, que sempre deteve o controle de todo o patrimônio comum, circunstâncias que por si mesmas configuram a manifesta lesão consistente na desproporção entre a obrigação de um para com o benefício de outro.

³²⁹ PEREIRA, Caio Mário Silva. **Lesão nos contratos**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

7 OMISSÃO COMO FRAUDE À PARTILHA DE BENS

7.1 Omissão direta dos bens

A ocultação dolosa dos bens na partilha consensual ou litigiosa pode ocorrer de forma direta, omitindo um dos cônjuges determinado bem ou direito para excluir da divisão patrimonial.

Contudo, para que seja o sonegador penalizado da forma sugerida neste trabalho, necessário seja a omissão efetiva e intencional, havendo, no entanto a necessidade de configuração de dois requisitos, um objetivo (ausência do bem) e outro subjetivo (vontade). Vale dizer, não basta a presença de apenas um, mas exige-se a concomitância, pois como aponta Giselda Hironaka, somente o elemento objetivo pode configurar uma ocultação desastrada ou desconhecida, mas não intencional, e se presente apenas o elemento subjetivo tratar-se-á de uma mera intenção de ocultar o bem.³³⁰

Atualmente, caso um dos nubentes omita dolosamente um bem comum, não estará submetido a nenhuma sanção, pois a lei assegura que seja feita a sobrepartilha desta propriedade camuflada³³¹, ficando o sonegador com a parte ideal que lhe tocava se houvesse levado o patrimônio ao processo de partilha de bens.

A simples omissão direta dos bens é cada vez menos usada, pois atualmente existem instrumentos mais eficazes e seguros para indevida blindagem patrimonial, dos quais passaremos a abordar os mais recorrentes, para, na sequência, elucidar as ferramentas existentes para desconstruir os engenhosos e maliciosos estratagemas de fraude à partilha.

7.2 Omissão indireta

Múltiplas são as tramoias conjugais elaboradas para reduzir indiretamente a meação do cônjuge, e como a cada momento surgem novas e mais complexas estratégias fraudulentas, principalmente neste mundo globalizado onde o avanço tecnológico rompeu todas as barreiras e estreitou as distâncias entre países e continentes, inviável é a abordagem de todos os embustes conjugais, razão pela qual serão examinadas neste item as fraudes mais corriqueiras efetuadas

³³⁰ CAHALI, Francisco José Cahali; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3.ed. São Paulo: RT, 2007, p.398.

³³¹ Art.1.040, I, do Código de Processo Civil atual e art.669, I, do Novo Código de Processo Civil.

por intermédio de pessoas jurídicas, interpostas pessoas físicas, previdência privada, remessa de investimentos financeiros para o exterior e por falsos endividamentos dos cônjuges.

7.2.1 Mau uso da pessoa jurídica na partilha de bens

A pessoa jurídica é considerada uma “entidade de pessoas individual ou coletiva, ou ainda, de bens, fundacional, objetivando fins específicos, com personalidade jurídica, reconhecida pelo ordenamento como sujeito de direitos e de deveres.”³³² Classificada como um sujeito de direito, a pessoa jurídica, por seus representantes, é capaz de adquirir direitos e obrigações, bem como de praticar atos ou negócios na vida civil.³³³

Criada pela lei a pessoa jurídica é uma construção artificial, uma verdadeira abstração.³³⁴

Em conformidade com o art.40 do Código Civil, as pessoas jurídicas são de direito público – interno ou externo – e de direito privado, sendo esta última o utensílio dos engodos patrimoniais.

A figura societária passou a servir como uma eficaz e perigosa armadilha às meações conjugais por conta da antiga máxima prevista no art.20 do Código Civil de 1916 responsável por separar a pessoa jurídica da pessoa física de seu sócio e estabelecer patrimônios e responsabilidades dissociadas, pois a aquisição de bens próprios do casamento começaram a ser adquiridos direto no nome da empresa, ou para ela transferidos para frustrar futura partilha de bens.

Rolf Madaleno chama atenção para o fácil caminho do mau uso da pessoa jurídica na meação dos bens conjugais, sobretudo pela possibilidade de o cônjuge desaguar todo e qualquer patrimônio para o rol de bens da pessoa jurídica e ter livre acesso ao patrimônio em face do art.978 do Código Civil, cuja regra permite que o empresário casado pode, sem a autorização do outro, alienar os imóveis que integrem o patrimônio da empresa ou gravá-los de ônus real.³³⁵

Outros riscos de logros patrimoniais pela sociedade empresária decorrem da inexistência de qualquer exigência de concordância do cônjuge para alteração do contrato social,

³³² AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral do Direito Civil* – parte geral. São Paulo: Atlas, 2012, p.75.

³³³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral do Direito Civil* – parte geral. São Paulo: Atlas, 2012, p.75.

³³⁴ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. v.1. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.59.

³³⁵ MADALENO, Rolf Hanssen. *A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no direito de família e no direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.179.

vale dizer, os sócios, casados ou não, podem se desfazer momentaneamente de suas quotas; mudar o tipo social da empresa de participação limitada para sociedade anônima de capital fechado, cujas ações de propriedade do consorte enganado ninguém se interessará e nunca serão negociadas na bolsa, restando apenas à vítima vender por preço vil ao fraudador, ou cindir de forma fraudulenta a sociedade, implicando na separação entre patrimônio e sócios e na distribuição assimétrica dos direitos entre eles, restando aquele que está prestes a se divorciar sem nenhum crédito ou propriedade em seu favor.

Como se não bastasse, as sociedades empresárias ainda permitem que o consorte empresário, em ato aparentemente lícito, se valha da subcapitalização da pessoa jurídica da qual é sócio, seja através da não inserção de recursos patrimoniais ou financeiros, seja pelo esvaziamento do capital social, por exemplo, com a venda de um imóvel que havia servido para formar o capital social.³³⁶ Apesar de a constituição de *offshore* – sociedade constituída no exterior – e alienação de quotas ou ações de empresas brasileiras para estas sociedades estrangeiras não serem por si só um ato ilícito, como igualmente não há ilicitude na constituição de uma sociedade controladora (*holding*), esses igualmente são férteis caminhos para a fraude patrimonial, pois além de serem instrumentos supostamente lícitos, normalmente são executados sob as falsas justificativas de representar uma considerável economia tributária, ou então, ser necessária para aprimorar e otimizar a atividade empresarial.³³⁷

Efraín Richard e Orlando Muiño, em 1998, já alertavam que uma corrente muito intensa trata de desconsiderar (*desconocer*) a personalidade da sociedade, por razões de fraude e simulação, particularmente em causas vinculadas à legítima hereditária ou à sociedade conjugal, nas quais graves são os prejuízos dos credores sociais com o desconhecimento não só da sociedade, mas da pessoa jurídica que, como centro de uma responsabilização diferenciada, tem sido reconhecida no mundo jurídico atribuindo ativos e assumindo passivos de terceiros.³³⁸

Situações como essas são práticas corriqueiras, como pode ser visto no Agravo de Instrumento de nº649.899-7 do Tribunal de Justiça do Paraná, de relatoria do Desembargador

³³⁶ MADALENO, Rolf Hanssen. **A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no direito de família e no direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.102-103.

³³⁷ MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Divórcio, dissolução e fraude na partilha de bens**. Simulações empresariais e societárias. 2.ed. São Paulo: Atlas, p. 157.

³³⁸ RICHARD, Efraín; MUIÑO, Orlando Manuel. **Derecho societario**. Buenos Aires: Astrea, 1998, p.726.

Rogério Ribas, que autorizou a ampla produção de provas, pois aferiu a possibilidade de ter havido desvio de bens do casal para a sociedade empresária para burlar o regime de bens.³³⁹

Em outro julgado, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul manteve a pena da litigância de má-fé pela evidência da manobra societária no escopo de fraudar a partilha³⁴⁰, pois segundo o Desembargador Relator Alzir Felipe Schmitz, “o apelante foi flagrado em sua “malandragem”, razão pela qual, adequada a solução do juízo singular, inclusive no que tange à condenação nas penas reservadas aos litigantes de má-fé.”

Ante esta via bastante ramificada de fraude patrimoniais, a doutrina e a jurisprudência defendem a possibilidade de aplicação inversa da *disregard doctrine* no direito de família para tirar o véu societário abusivamente utilizado e trazer de volta os bens desviados ilicitamente, ou, ao menos, para fixar uma indenização correspondente à meaço sobre o patrimônio sonogado. Esta teoria, surgida na Alemanha, originária dos estudos de Rolf Serick³⁴¹ e de antiga aplicação no direito argentino, foi introduzida no direito de família pátrio pelo jurista Rolf Madaleno e, para a sorte e esperança dos cônjuges que são submetidos a intermináveis batalhas judiciais e da sociedade como um todo, atualmente encontra-se disseminada em diversos estudos e julgados sobre o assunto. Em um futuro próximo, deixará de ser uma mera teoria para se tornar norma legal, pois o novo Código de Processo Civil, no parágrafo segundo do art.133³⁴², consagrou a aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica, cujo incidente terá trânsito em

³³⁹ ALEGAÇÃO PLAUSÍVEL DE QUE HOUVE DESVIO DE BENS DO CASAL PARA A SOCIEDADE EMPRESÁRIA, A FIM DE BURLAR O REGIME DE BENS. POSSIBILIDADE, EM TESE, DE APLICAÇÃO DA "DISREGARD DOCTRINE" OU DESCONSIDERAÇÃO "INVERSA" DA PESSOA JURÍDICA. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DA AGRAVANTE PROVAR A SUPOSTA FRAUDE DE OUTRO MODO. RECURSO PROVIDO EM PARTE. "[...] É possível a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, usada como instrumento de fraude ou abuso à meaço do cônjuge promovente da ação, através de ação declaratória, para que estes bens sejam considerados comuns e comunicáveis entre os cônjuges, sendo objeto de partilha". (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, AC 1999.001.14506, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Letícia Sardas, j.07/12/99; BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná, 11ª Câmara Cível, AI 649899-7, Rel.Rogério Ribas, j.16/06/2010).

³⁴⁰ APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO. PARTILHA. TENTATIVA DE FRAUDE FLAGRADA PELO JUÍZO. CONDENAÇÃO DA PARTE ÀS PENAS RESERVADAS AOS LITIGANTES DE MÁ-FÉ. AJG. REQUISITOS PARA A SUA CONCESSÃO. Evidenciada a manobra da parte no escopo de fraudar a partilha, terceirizando à pessoa jurídica bens que eram do casal, correto o juízo que determina a divisão dos bens entre os cônjuges e condena o mau agir impondo as penas reservadas aos litigantes de má-fé ao autor-apelante. Evidenciada a falta de condições da demandada-apelada para arcar com as custas do processo sem prejuízo do próprio sustento, correta a sentença que lhe defere a gratuidade pugnada. APELO NÃO PROVIDO. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº70054909148, Oitava Câmara Cível, Rel. Alzir Felipe Schmitz, j.12/12/2013).

³⁴¹ Foi o jurista alemão Rolf Serick quem, ainda na década de 1950, após estudar diversos casos do direito alemão e norte americano com base na teoria chamada “durchgriff der juristischen personen” elaborou a sistematização da desconsideração da personalidade jurídica. (SERICK, Rolf. **Forma e realtà della persona giuridica**. Milão: Giuffrè, 1966, p.125.)

³⁴² Art.133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo. §2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial (CPC, art.134³⁴³).

7.2.1.1 Confusão patrimonial e desvio de finalidade da pessoa jurídica

Vigem no direito da empresa os princípios da separação e da autonomia patrimonial, os quais estabelecem a distinção do patrimônio da pessoa jurídica e o das pessoas físicas dos seus sócios, e estipulam que os bens da pessoa jurídica respondem pelos atos praticados pela empresa, e não o das pessoas físicas constantes no contrato social. Esses princípios foram enraizados pelo revogado art.20 do Código Civil de 1916, cuja norma determinava a total independência do patrimônio social e inviabilizava a responsabilização dos bens dos sócios por atos da sociedade empresária e vice-versa, pois entendia-se à época que os bens e direitos da pessoa jurídica não pertencem a nenhum dos seus sócios, mas tão somente ao ente jurídico.³⁴⁴

Um dos benefícios da criação da pessoa jurídica está relacionado à ideia de limitação da responsabilidade dos sócios, em face da separação patrimonial, pois esta autonomia torna a responsabilidade dos sócios estranha à responsabilidade social, sendo as pessoas físicas somente responsabilizadas subsidiariamente, nos casos previstos em lei.³⁴⁵ Ou seja, a personificação da sociedade torna o patrimônio da pessoa jurídica inconfundível e incomunicável com o patrimônio individual de cada sócio, pois consoante observa Clóvis Beviláqua, a consequência jurídica da personificação da sociedade é a distinção dos membros que a compõem, pois cada um dos sócios é considerado uma individualidade e, a sociedade, uma outra, não havendo como lhes confundir a existência.³⁴⁶

Por conta da autonomia da pessoa jurídica, os sócios estão proibidos de misturar os patrimônios particulares com os da sociedade, sob pena de caracterizar abuso da personalidade jurídica pela confusão patrimonial, cuja figura jurídica pode ser caracterizada quando inobservadas as regras societárias. Um exemplo é a inexistência de adequada escrituração da

³⁴³ Art.134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

³⁴⁴ MADALENO, Rolf Hanssen. **A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no direito de família e no direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.34.

³⁴⁵ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade Jurídica: disregard doctrine. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 410, n.58, p.16, dez.1969.

³⁴⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1908, p.18.

sociedade empresária, ou simplesmente por não ficar claro, na prática, a separação entre o patrimônio social e o dos sócios.³⁴⁷

Apenas a título de exemplo, no julgamento da Apelação Cível nº9.247 do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, em 11 de abril de 1955, apesar de não fazer menção à desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, o Desembargador Relator Edgard de Moura Bittencourt detectou a ocorrência de confusão patrimonial e responsabilizou pessoalmente o sócio, ou seja, corretamente, afastou o princípio previsto no art.20 do Código Civil de 1916 de que a pessoa da sociedade não se confunde com o de seus membros. O caso concreto envolvia um hospital que assumiu a forma de sociedade anônima cujo patrimônio acabou se confundindo com o patrimônio pessoal de um de seus sócios, pois ele adquiria bens em nome da sociedade anônima para uso pessoal (imóvel residencial, televisão e geladeira domésticas).

No mesmo sentido, mas sob a égide do Código Civil de 2002 que permite a desconsideração da personalidade jurídica quando detectada a confusão patrimonial (CC, art.50), a Corte de Santa Catarina flagrou no julgamento do Agravo de Instrumento nº2010.073954-2, que um dos cônjuges “utiliza-se de suas empresas para encobrir seus bens, não possuindo qualquer imóvel ou móvel em seu nome, colocando todos em propriedade da empresa [...]”.³⁴⁸

Ou seja, configura verdadeira confusão patrimonial a aquisição de bens de uso pessoal pela sociedade empresária, ou ainda quando um dos sócios faz pagamentos de contas particulares diretamente pela empresa, uma prática muito habitual nas fraudes patrimoniais familiares, pois o cônjuge que administra a sociedade aparece nos litígios conjugais desprovido de bens e recursos em sua pessoa física, e muitas vezes, apesar do nítido embuste patrimonial, sai ileso e premiado pela cometida má-fé, pois alguns julgadores ainda hesitam em envolver pessoas jurídicas nos processos judiciais, pois entendem em uma míope visão que a imperiosa investigação acerca dos bens comuns envolverá sócios estranhos ao processo.

Sobre este excessivo respeito do Judiciário, Fábio Konder Comparato observa que se o próprio sócio, que é o maior interessado na manutenção do princípio da autonomia patrimonial, descumpre na prática, “não se vê bem porque os juízes haveriam de respeitá-lo”³⁴⁹.

Também resta configurada a confusão patrimonial quando mais de uma empresa pertence

³⁴⁷ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Responsabilidade civil dos administradores**. Coimbra: Almedina, 1997, p.324.

³⁴⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento nº2010.073954-2, Primeira Câmara de Direito Civil, Rel. Domingos Paludo, j.25/06/2014.

³⁴⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. São Paulo: RT, 1976, p.284.

ao mesmo grupo econômico, mas a divisão societária das pessoas jurídicas conjugadas é meramente formal. Esse entendimento foi ilustrado no julgamento do Recurso Especial nº907915/SP, no qual o Ministro Luis Felipe Salomão, ao confirmar o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, firmou entendimento de que a existência de empresas formalmente autônomas que substancialmente se integram com interesses convergentes formam um grupo empresarial e a confusão patrimonial existe, pois nessas organizações societárias, uma sociedade opera seus negócios por meio das demais empresas a elas vinculadas, são sócias umas das outras e transferem ativos entre elas.³⁵⁰

Salomão, no voto deste recurso, apoiando-se nas lições de Fábio Comparato, alerta que os grupos de sociedades são uma realidade que não deve passar despercebida pelo direito, pois “não é razoável que se admita a coligação de sociedades apenas quando favoreça a sua constituição e, por consequência, o rápido giro comercial e financeiro, desprezando-se esta realidade quando arguida em benefício dos credores de boa-fé.”³⁵¹

Nesse viés, está consagrado o entendimento que “pertencendo ambas as sociedades ao mesmo grupo econômico, qualquer uma pode ser acionada, pois atuam em conjunto, utilizando-se dos mesmos funcionários, passando ao público consumidor a ideia de unicidade empresarial (teoria da aparência)”³⁵².

Vale dizer que o julgador nas ações de partilha de bens não deve medir esforços quando estiver frente a litígios que envolvam diversas empresas sócias entre si, sendo correto o reconhecimento de grupo econômico e a determinação de aprofundado estudo técnico para identificar o real montante partilhável, pois é muitíssimo comum a construção de complexas teias societária para fraudar à meação de outro cônjuge, na qual diversas são as razões sociais estabelecidas para o alcance desta finalidade, sendo, inclusive, na maioria das vezes, o controle de todas as empresas de um só sócio ou de um grupo específico deles.

Em outras palavras, ocorre grupo econômico quando as empresas estão ligadas entre si, ou seja, quando há “empresa mãe e empresas irmãs”. Nesse caso, cada uma delas possui personalidade jurídica própria, isto é, CNPJ próprio, quadro de pessoal próprio, exercem

³⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Resp nº907915, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.07/06/2011. No mesmo sentido: REsp 63652/SP; REsp 12.872/SP.

³⁵¹ COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. São Paulo: RT, 1976, p.284. (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Resp. nº907915/SP. Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.07/06/2011) No mesmo sentido: REsp 63652/SP; REsp 12.872/SP.

³⁵² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 14ª Câmara Cível. Apelação Cível nº70014494884.

atividades econômicas similares ou diversas.³⁵³

Logo, assim como no direito do trabalho³⁵⁴, no direito de família, quando houver indício de fraude e um dos consortes for proprietário de mais de uma pessoa jurídica com fins econômicos – ainda que seja como administradora de bens –, e com uma relação de coordenação interempresarial, deve ser caracterizado como grupo econômico. Contudo na seara familiar, para fins de garantir uma justa e equânime partilha de bens, cuja figura além de representar uma confusão patrimonial ensejadora da aplicação inversa da desconsideração da personalidade jurídica deve ser considerada como tal para aferição da real participação do cônjuge fraudador no conglomerado de empresas como um todo, ainda que de algumas participe através de outras pessoas jurídicas, pois como é sabido, a constituição de sociedades nessas circunstâncias são criadas única e exclusivamente para fraudar a partilha dos bens conjugais.

7.2.1.2 Desvio da finalidade da pessoa jurídica

Outra forma muito usada para trapacear a meação do consorte é pela utilização depravada da pessoa jurídica. O desvio da finalidade ocorre quando, diferente do descrito no contrato social, um dos cônjuges usa a pessoa jurídica com propósitos fraudatórios, como por exemplo, para acobertar bens conjugais, cujo ato, embora conforme a lei, é considerado abusivo, e por consequência, atentatório ao direito.

Todas as manobras societárias realizadas para aferir vantagem patrimonial em detrimento do outro cônjuge no momento da dissolução conjugal configuram desvio da finalidade da pessoa jurídica, como ocorre, por exemplo, na fictícia retirada do cônjuge da sociedade pouco antes da separação do casal.

As condutas celebradas fora do trilha, conforme previsto no contrato social e efetuadas para fins ilícitos caracterizam uma “crise de função”, pois a sociedade é utilizada em contradição aos seus princípios básicos³⁵⁵. Por essas razões é que o desvio de função é considerado um critério básico para a desconsideração da personalidade jurídica. Conforme Wormser, a

³⁵³ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado**: parte geral. v.1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p.142.

³⁵⁴ Art.2, §2º, da CLT. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. §2º – Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

³⁵⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Correa. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979, p.259.

sociedade empresária “deve ser usada para propósitos de negócios legítimos e não pode ser deturpada e assim como a noite segue o dia, os tribunais deverão e irão desconsiderar esta ficção ‘quando esta não urgir para uma intenção ou propósitos dentro da sua razão e ordem pública.’”³⁵⁶

7.2.1.3 Subcapitalização das quotas sociais

O capital social da empresa é o fundo constituído pelos sócios para garantia de que a atividade e os riscos da sociedade serão desempenhados com a cifra mínima lançada.³⁵⁷

A função primeira do capital social é refletir o volume do investimento necessário aos sócios para a consecução do objeto social, pois qualquer companhia, para dar início à atividade econômica, necessita de recursos. Fábio Ulhoa Coelho inclui nessa massa, os custos de máquinas, tecnologia, serviços e outros meios indispensáveis à organização da empresa.³⁵⁸

De outra banda o capital social, nas sociedades anônimas, pode servir como indicador para o mercado da potencialidade de geração de riquezas da empresa, pois acaba sendo uma referência à força econômica da sociedade, já que o capital elevado alvitra solidez.³⁵⁹

No sistema brasileiro não existe uma regra geral sobre a exigência de um capital mínimo para constituição e funcionamento das sociedades comerciais, apenas para exploração de algumas atividades específicas, como é o caso das seguradoras e instituições financeiras³⁶⁰. Ou seja, para a grande maioria das sociedades empresárias, a norma legal permite a possibilidade de integralização do capital social, somente havendo, portanto, a separação patrimonial da pessoa jurídica das pessoas físicas dos sócios, quando integralizado na íntegra o capital social. Nesse caso desempenha uma função de medição da responsabilidade pessoal dos sócios, pois enquanto não integralizado o capital social, seguem as pessoas físicas dos sócios sendo responsáveis solidários pelas dívidas da sociedade.³⁶¹

Nessa senda, o capital social igualmente é utilizado como termômetro de distribuição do poder societário como resultado da participação de cada sócio, inclusive, em alguns casos,

³⁵⁶ WORMSER, Maurice. **Disregard of corporate fiction and allied corporation problems**. Nova Iorque: Baker, Voorhis and Company, 1929, p.41.

³⁵⁷ DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária** – financiamento e responsabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.81.

³⁵⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v.2. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.162.

³⁵⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v.2. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.163.

³⁶⁰ XAVIER, José Tadeu Neves. A teoria da desconsideração da pessoa jurídica no novo Código Civil. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, nº89, p.180, mar. 2003.

³⁶¹ MADALENO, Rolf Hanssen. **A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no direito de família e no direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.102.

concede o direito de voto e de condução das diretrizes da sociedade.

Sobre esta função de distribuição do poder na sociedade, Ivans Henrique Huber escreve que

não obstante poder vir a ser tomada como um motivo, mas sim como uma decorrência acessória da estruturação da figura do capital social na sociedade empresária, representa atualmente, diante da crise enfrentada pelas funções de produtividade e garantia, a melhor justificativa para aquele conceito. É que, diante da ausência e dificuldade de se estabelecer regras legais que efetivem o cumprimento daquelas funções, resta ao capital social buscar sua justificativa nesse aspecto ora exposto.³⁶²

Nesse ponto paira a lacuna para as fraudes patrimoniais, pois apesar de o capital social não se confundir com o patrimônio social da empresa – conjunto de bens e direito da sociedade – a capitalização insuficiente e a distribuição do poder societário são usadas para demonstrar um dissimulado patrimônio líquido negativo gerando no outro cônjuge um receio de iliquidez, pois a capitalização disfarçada resulta na relação entre o endividamento – provisório ou não – e o ativo, englobando os estados de insolvência. Nessa senda aponta Cláudia Perret ao afirmar que a “subcapitalização pode ser, isso sim, instrumento de um comportamento contrário aos bons costumes, quando caracteriza a intenção de lesar terceiros.”³⁶³

A preocupação causada no cônjuge distante da administração da empresa muitas vezes acarreta na disponibilização imediata das quotas ao outro, ou na intenção de não avaliar a economia da empresa, pois além de custoso, entendem ser uma verdadeira perda de tempo.

A subcapitalização pode ser formal ou material e, quanto ao tempo de ocorrência, também é diferenciada em originária – momento da constituição da empresa – e superveniente – no exercício social. Henrique Huber explica que a subcapitalização formal originária ocorre com a subscrição de capital social baixo e elevado endividamento. Neste caso, o capital social é incongruente com a dimensão da empresa, já a subcapitalização formal superveniente com o crescimento da dimensão da empresa sem o correspondente aumento de capital social. A subcapitalização material originária, por sua vez, é caracterizada, entre outras possibilidades, com a superavaliação de bens ou direitos integralizados pelos sócios como capital social, e a subcapitalização material superveniente decorrente de perdas graves, que ocasionem a

³⁶² HUBERT, Ivans Henrique. **O capital social e suas funções na sociedade empresária**. Dissertação de mestrado. 210f. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p.81.

³⁶³ PERRET, Cláudia. 2003/2004, A desconsideração da personalidade jurídica. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano IV, nº4; anoV, nº5, 2003-2004, p.377. Disponível em: <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Discente/02.pdf>. Acesso em: 05 jun.2015.

desconexão entre a cifra real e o capital real correspondente.³⁶⁴

Como visto, a subcapitalização também pode servir como fonte de fraude pela completa descapitalização, inclusive com transferência de todo o patrimônio social para terceiros ou até para uma empresa vinculada, a qual adquire os bens com outro nome social, mas, na realidade não passa de uma filial³⁶⁵, ou ainda com a superavaliação de bens ou direitos integralizados no capital social para ofertar a empresa ao outro cônjuge e acarretar um falso equilíbrio patrimonial.

Enfim, a subcapitalização representa uma ferramenta diligente para a frustração da meação conjugal, pois conforme ressalva Mônica Gusmão,

não há mecanismo seguro e efetivo para o controle da realidade do capital social e essa omissão legislativa pode gerar fraude e abuso na sua formação porque os sócios podem alterar, artificialmente, os valores relativos ao capital social, criando capitais inexistentes, irreais ou ilusórios, e esvaziando a garantia dos credores.³⁶⁶

Muito embora essa espécie de abuso de direito não tenha sido inserida nos fundamentos para desconconsideração da personalidade jurídica previstos no art.50 do Código Civil, entendemos viável a aplicação da forma inversa, pois no direito de família não se trata de uma responsabilização dos sócios que estaria sendo aplicada extensivamente, mas a permissão de investigar e detectar a fraude, seja para garantir a justa partilha de bens seja para recuperar o bem comum omitido pela figura da capitalização dissimulada.

7.2.1.4 Pela mudança do tipo social

O Código Civil de 2002 elenca no Livro II da Parte Especial um rol de nove tipos societários, a saber: sociedade comum, sociedade simples, sociedade em nome coletivo, sociedade em conta de participação, sociedade em comandita simples, sociedade limitada, sociedade anônima, sociedade em comandita por ações e individual.

As sociedades em comum também chamadas de sociedades de fato ou sem registro são uma das espécies de sociedades não personificadas previstas no ordenamento jurídico pátrio, pois apesar de terem natureza social, em face da existência do *affectio societatis*, não são consideradas pessoas jurídicas, já que as sociedades somente adquirem personalidade jurídica

³⁶⁴ HUBERT, Ivans Henrique. **O capital social e suas funções na sociedade empresária**. Dissertação de mestrado. 210f. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 91.

³⁶⁵ MADALENO, Rolf Hanssen. **A desconconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no direito de família e no direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.104.

³⁶⁶ GUSMÃO, Mônica. **Curso de direito empresarial**. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.203.

quando inscrevem seus atos constitutivos nos órgãos responsáveis.³⁶⁷ A outra sociedade não personificada é chamada por conta de participação, pois falta a essa espécie as condições de adquirir personalidade jurídica, pois o patrimônio da sociedade é de titularidade do sócio ostensivo, ou seja, daquele único que se compromete perante terceiros; os demais são ocultos e suas responsabilidades não ultrapassam os limites previstos no contrato (CC, art.991).

Assim como os demais tipos, a sociedade simples é uma sociedade personificada, mas difere das sociedades consideradas empresárias que desenvolvem a atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços (CC, art.966)³⁶⁸, por explorar atividades econômicas específicas de natureza científica, literária ou artística, como ocorre, por exemplo, com os serviços prestados por advogados, médicos e dentistas. As sociedades simples são reguladas pelas regras gerais do art.997 e seguintes do Código Civil, e diferentemente das empresárias, vinculadas às Juntas Comerciais, devem ser registradas perante o Registro Civil de Pessoas Jurídicas (CC, art.1.150). Essa espécie de sociedade pode adotar qualquer tipo societário das sociedades empresárias, salvo o das sociedades por ações, conforme permitem os arts.983 e 1.150 do Código Civil.

As sociedades em nome coletivo são sociedades de pessoas que praticam suas atividades sob firma ou razão social. Neste caso, todos os sócios são responsáveis solidários e ilimitadamente pelas dívidas sociais. O art.1.039 do Código Civil exige que todos os sócios sejam pessoas físicas e permite que eles deliberem acerca da distribuição da responsabilidade, contudo veda a possibilidade de algum deles obter isenção.³⁶⁹ A administração das sociedades em nome coletivo deve ser feita pelos sócios, não sendo permitida a nomeação de terceiros para tal função.

As sociedades em comandita simples permitem a existência de duas categorias de sócios (CC, art.1.045): os comanditados, que são responsáveis pelas dívidas sociais e pela gerência da sociedade e os sócios comanditários, os quais não constam na razão social e, portanto, são isentos de responsabilidades pelos atos societários.³⁷⁰ O Código Civil não ordena qualquer sigilo

³⁶⁷ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 5.ed. São Paulo: RT, 2007, p.793.

³⁶⁸ Art.966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

³⁶⁹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. v.1. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.416-417.

³⁷⁰ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. v.II, tomo II. Atualizado por Ruymar de Lima Nucci. Campinas: Bookseller, 2001, p.175.

sobre o sócio comanditário, contudo não veda esta possibilidade, o que certamente é uma porta aberta para fraude à partilha de bens.

A espécie societária mais utilizada no Brasil é a sociedade limitada, diferenciada essencialmente pela limitação da responsabilidade dos sócios, em face da autonomia do patrimônio social. Como explica Martins, “as sociedades limitadas são aquelas formadas por duas ou mais pessoas, cuja responsabilidade é identificada pelo valor de suas quotas, porém todos se obrigam solidariamente em razão da integralização do capital social.”³⁷¹ Entre as características da sociedade limitada estão o exercício de atividades econômicas empresariais ou não empresariais, ou seja, ela pode ser considerada uma sociedade empresária ou uma sociedade simples.

As sociedades limitadas, assim como as demais mencionadas até então, são regidas pelo Código Civil, conforme os arts.1.052 a 1.087. No silêncio do contrato social são aplicadas as regras da sociedade simples. Ou seja, permite a lei que à sociedade limitada sejam aplicadas as normas da sociedade por ações, mas para tanto necessária a expressa previsão no contrato social; do contrário, será regida pelas regras da sociedade simples. Relevante mencionar o preceito previsto no art.1.017 do Código Civil, o qual proíbe o administrador e os sócios de utilizarem a empresa para seus interesses pessoais, visando um enriquecimento individual, como por exemplo, utilizar recursos da empresa para suprir as dívidas e as despesas pessoais ou comprar bens em seu próprio nome.³⁷²

Muito mais complexas são as sociedades por ações, as quais possuem legislação própria, consubstanciada na Lei nº6.404/1976. Nas sociedades anônimas, o capital social é dividido por ações ou unidades de equivalência monetária mínima que podem ou não ser comercializadas no mercado aberto, como também podem garantir direito ou vantagens diferentes aos seus titulares – ações ordinárias, preferenciais ou de fruição³⁷³. Enquanto nas sociedades limitadas as quotas

³⁷¹ MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**: empresa commercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio. 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.250.

³⁷² MADALENO, Rolf Hanssen. **A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no direito de família e no direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.29.

³⁷³ As ações ordinárias "são aquelas que conferem aos seus titulares direitos comuns, ordinários. O ordinaralista, como é chamado o titular de uma ação dessa espécie, não possui, portanto, nenhum direito especial ou vantagem em relação aos demais sócios, mas também não se sujeita a nenhuma restrição, como acontece com titulares de outra espécie de ação. (RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial**. 4.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p.414). As ações preferenciais, "por sua vez, como o próprio nome também já indica, confere ao seu titular, chamado preferencialista, uma preferência ou vantagem em relação aos ordinaristas. Em contrapartida, o estatuto pode retirar ou restringir alguns dos direitos normalmente conferidos aos titulares de ações ordinárias, inclusive de voto. No entanto, é preciso destacar que essas restrições que podem ser impostas aos preferencialistas, as quais devem vir expressamente consignadas no estatuto – conforme disposto no art. 19 da LSA –, jamais poderão privar o titular da ação preferencial dos seus direitos fundamentais de acionista, previsto no art.109 da lei. (p.415). Por

estão documentadas no contrato social, nas sociedades por ações podem ser nominativas – registradas no nome do proprietário – ou escriturais – sem certificado e ficam em contas bancárias de instituições autorizadas pela Comissão de Valores Mobiliários.

Considerada uma sociedade de capital, onde é indiferente a qualidade pessoa do sócio, pois prevalece o impessoalismo do capital, é livre o ingresso, redução das ações ou exclusão da sociedade com a simples compra e venda de ações.³⁷⁴ Tais ações quando não são ofertadas ao público, formam companhias de capital fechado, as quais, por não comercializarem suas ações na Bolsa de Valores, não são fiscalizadas pela Comissão de Valores Mobiliários e não publicam os atos societários.

A sociedade em comandita por ações tem uma natureza híbrida, pois ao mesmo tempo em que representa uma sociedade em nome coletivo para sócios solidários e ilimitadamente responsáveis, permite sócios acionistas, meros prestadores de capitais que somente respondem pelas ações por eles subscritas.³⁷⁵

Recentemente, em 2011 foi instituída a figura da empresa individual de responsabilidade limitada através da Lei nº12.441, cuja sociedade pode ser constituída por uma única pessoa – titular de todo o capital social, o qual deve ser devidamente integralizado e não pode ser inferior a cem vezes o maior salário mínimo vigente no país.

Independentemente do tipo social pelo qual a sociedade foi constituída, é possível posteriormente transformá-las em outra espécie sem a dissolução ou liquidação da sociedade. Essa viabilidade está prevista tanto no art.20 da Lei das Sociedades Anônimas como no art.1.113 da Lei Civil.

Conforme explica José Edwaldo Tavares, com a metamorfose societária há a modificação das características da sociedade, mas são mantidos íntegros o patrimônio, o quadro social, a pessoa jurídica, os créditos e os débitos.³⁷⁶ É no mesmo sentido a lição de Amador Paes de Almeida ao afirmar que “na transformação a personalidade jurídica da sociedade subsiste, muito embora sob nova espécie societária, com a consequente alteração de toda a sua estrutura, com sensíveis reflexos na responsabilidade dos respectivos sócios.”³⁷⁷

fim, as ações de fruição, “são emitidas em substituição a ações ordinárias ou preferenciais que foram totalmente amortizadas, conferindo aos seus titulares meros direitos de gozo ou fruição” (p.417).

³⁷⁴ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. v.1. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.399-400.

³⁷⁵ MADALENO, Rolf Hanssen. **A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no direito de família e no direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.30.

³⁷⁶ BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.479.

³⁷⁷ ALMEIDA, Amador Paes de. **Direito de empresa no Código Civil**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.200.

A transformação deverá obedecer aos preceitos que regulam a constituição e o registro do tipo a ser adotado pela sociedade, ou seja, é realizada por uma mera alteração estatutária ou contratual. É exatamente nisto que reside um perigo ao cônjuge não empresário, pois sequer fica sabendo das transações das empresas comuns, as quais normalmente são sociedades limitadas transformadas em sociedades anônimas de capital fechado de intransitável acesso e, mais grave, formada por inúteis ações que nunca serão comercializadas,³⁷⁸ pois ainda que sejam avaliadas por uma completa peritagem, dependerá da vontade dos demais acionistas comprar as referidas ações, e sendo os sócios normalmente familiares ou conhecidos do divorciando, assim como ele não irão querer pagar pelas ações.³⁷⁹

Perdas serão as ações desta sociedade, pois como é sabido nas sociedades anônimas não há a possibilidade de pedir a retirada de sócio e a liquidação da sociedade.³⁸⁰

Além disso, a lesão ao meeiro ocorre pela maior facilidade de transferências de ações nas sociedades anônimas de capital fechado, mediante singela anotação no Livro de Transferências de Ações Ordinárias Nominativas, pois ao contrário do exigido pelo contrato social, o estatuto não faz menção aos nomes dos sócios, mas apenas registra aqueles que estavam presentes no momento da fundação da empresa, escapando a cessão das ações da publicidade antes dada pelos registros da Junta Comercial.³⁸¹

No âmbito do contrato social, a simples alteração de normas aplicadas supletivamente de uma sociedade limitada para sociedade anônima, ou vice-versa, já é o suficiente para frustrar a partilha de bens. Podem ocorrer ainda alterações na atribuição de competência e poder do administrador para matérias específicas ou estabelecimento de prazos maiores para o pagamento do valor apurado na liquidação das quotas para os sócios que se retirarem.³⁸²

Sem dúvida, ocorrendo uma dessas situações, deve o Poder Judiciário considerar uma sociedade anônima irregular e tratá-la como limitada fosse, ou de acordo com o tipo societário anterior à fraude, pois como afirma Hugo Rossi em análise sobre o tema, "os sócios não podem pretender ser tratados como acionistas de uma sociedade anônima se reiteradamente seguem

³⁷⁸ MADALENO, Rolf Hanssen. **A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no direito de família e no direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.184.

³⁷⁹ ZANNONI, Eduardo A. **Derecho Civil**. Derecho de Familia. Buenos Aires: Astrea, 2002, p.202.

³⁸⁰ MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Divórcio, dissolução e fraude na partilha de bens**. Simulações empresariais e societárias. 2.ed. São Paulo: Atlas, p.157.

³⁸¹ MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Divórcio, dissolução e fraude na partilha de bens**. Simulações empresariais e societárias. 2.ed. São Paulo: Atlas, p.157.

³⁸² MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Divórcio, dissolução e fraude na partilha de bens**. Simulações empresariais e societárias. 2.ed. São Paulo: Atlas, p.158.

condutas próprias de sócios de outro tipo de sociedade.”³⁸³ Aliás, ante o cristalino abuso, mau uso e o desvio da finalidade da alteração societária, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº111.294, autorizou a dissolução parcial de uma sociedade anônima com a devida apuração de haveres dos sócios minoritários dissidentes, pois diagnosticou que a afeição pessoal reinava na sociedade anônima familiar, e a “quebra da *affectio societatis* conjugada à inexistência de lucro e de distribuição de dividendos, por longos anos, pode se constituir em elemento ensejador da dissolução parcial da sociedade, pois seria injusto manter o acionista prisioneiro da sociedade, com seu investimento improdutivo.”³⁸⁴

Como não poderia ser diferente, este entendimento foi confirmado pela Corte Superior, como mostra o julgamento dos embargos de divergência do mencionado recurso especial, onde, aliás, o Ministro Castro Filho, com brilhantismo consignou:

É inquestionável que as sociedades anônimas são sociedades de capital (intuito pecuniae), próprio às grandes empresas, em que a pessoa dos sócios não têm papel preponderante. Contudo, a realidade da economia brasileira revela a existência, em sua grande maioria, de sociedades anônimas de médio e pequeno porte, em regra, de capital fechado, que concentram na pessoa de seus sócios um de seus elementos preponderantes, como sói acontecer com as sociedades ditas familiares, cujas ações circulam entre os seus membros, e que são, por isso, constituídas intuito personae. Nelas, o fator dominante em sua formação é a afinidade e identificação pessoal entre os acionistas, marcadas pela confiança mútua. Em tais circunstâncias, muitas vezes, o que se tem, na prática, é uma sociedade limitada travestida de sociedade anônima, sendo, por conseguinte, equivocado querer generalizar as sociedades anônimas em um único grupo, com características rígidas e bem definidas. Em casos que tais, porquanto reconhecida a existência da *affectio societatis* como fator preponderante na constituição da empresa, não pode tal circunstância ser desconsiderada por ocasião de sua dissolução. Do contrário, e de que é exemplo a hipótese em tela, a ruptura da *affectio societatis* representa verdadeiro impedimento a que a companhia continue a realizar o seu fim, com a obtenção de lucros e distribuição de dividendos, em consonância com o art.206, II, b, da Lei nº6.404/76, já que dificilmente pode prosperar uma sociedade em que a confiança, a harmonia, a fidelidade e o respeito mútuo entre os seus sócios tenham sido rompidos. A regra da dissolução total, nessas hipóteses, em nada aproveitaria aos valores sociais envolvidos, no que diz respeito à preservação de empregos, arrecadação de tributos e desenvolvimento econômico do país. À luz de tais razões, o rigorismo legislativo deve ceder lugar ao princípio da preservação da empresa, preocupação, inclusive, da nova Lei de Falências – Lei nº11.101/05, que substituiu o Decreto-lei nº7.661/45, então vigente, devendo-se permitir, pois, a dissolução parcial, com a retirada dos sócios dissidentes, após a apuração de seus haveres em função do valor real do ativo e passivo.³⁸⁵

³⁸³ ROSSI, Hugo E. Actuación anómala y desestimación del tipo en la sociedad anónima "cerrada", sus efectos sobre la responsabilidad de los socios. In: (Coord.) Martín Arecha, Eduardo M. Favier Dubois, Efraín H. Richard e Daniel R. Vítolo. **Conflictos en sociedades "cerradas" y de familia**. Buenos Aires, 2004, p.168.

³⁸⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Resp.nº111.294. Quarta Turma. Min. Cesar Asfor Rocha.

³⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça do Paraná. REsp:111294 PR 2002/0100500-6, Rel. Min. Castro Filho, j.28/06/2006, Segunda Seção, DJ: 10/09/2007, p.183.

Com toda certeza esta é a solução que igualmente deve ser dada ao cônjuge quando estiver de mãos atadas pela alteração do tipo social, pois conforme consignou o Superior Tribunal de Justiça, a dissolução parcial da sociedade anônima irregular além de preservar os interesses individuais dos acionistas retirantes, respeitou o princípio da preservação da sociedade e sua utilidade social.

7.2.1.5 Incorporação, fusão e cisão fraudulenta da sociedade

A transformação ilícita da sociedade também pode ocorrer mediante as operações de incorporação, de fusão ou de cisão das empresas familiares, as quais podem ser operadas entre sociedades de tipos iguais ou diferentes, conforma prevê a redação do art.223 da Lei de Sociedades Anônimas.

A incorporação empresarial ocorre quando uma empresa já existente absorve a outra, ou quando ocorre a aquisição de uma ou mais empresas por outra, que igualmente lhe sucede em todos os direitos e obrigações. Nessa operação desaparece uma das sociedades e permanece a incorporadora, ou seja, os sócios da incorporada tornam-se sócios dos sócios da incorporadora, na medida em que recebem novas quotas ou ações da sociedade incorporadora, a qual expandiu seu patrimônio ao absorver os bens e direitos da empresa incorporada.³⁸⁶

A incorporação de uma sociedade em outra produz uma sucessão no patrimônio semelhante à das pessoas físicas, pois há a compenetração dos organismos sociais e o trespasse do patrimônio, dos direitos e das obrigações da sociedade incorporada na incorporadora. Assim como os herdeiros representam o *de cujus*, a incorporadora deverá representar os interesses da incorporada e o risco do esvaziamento patrimonial é latente, pois o patrimônio, sendo uma coisa universal às relações jurídicas, é agregado como um todo³⁸⁷, e assim como na fraude à execução, a incorporação representa fraude quando leva dissimuladamente o cônjuge empresário ou a empresa incorporada ao estado de insolvência, sobretudo quando após a incorporação o fraudador deixa o quadro social.

Com a mesma finalidade de compenetração societária a fusão representa a criação de uma nova sociedade em substituição àquelas que se uniram. Nas fusões, os sócios ou acionistas

³⁸⁶ MADALENO, Rolf Hanssen. **A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no direito de família e no direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.186.

³⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de divergência em REsp 1.104.363, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.29/06/2010, Corte Especial).

constituem diretamente uma nova sociedade, subscrevendo o respectivo capital com os bens e direitos da sociedade que eram sócios. Enquanto na incorporação a pessoa jurídica da incorporada atua em benefício de outras pessoas jurídicas ou físicas, na fusão os sócios atuam em benefício próprio, com a aferição ao capital da nova sociedade do patrimônio líquido da sociedade de cujo capital participavam.³⁸⁸

Por fim, a cisão de uma sociedade igualmente reflete na extinção de uma empresa e na transferência de parcela do patrimônio para duas ou mais sociedades, já existentes ou constituídas para este fim (Lei das S/A, art.229). De acordo com Bulgarelli, a cisão societária pode ocorrer nas seguintes formas:

- a) A cisão que considera o tipo mais simples e puro de divisão de sociedades, aquele que resulta na constituição de duas ou mais sociedades novas, pela divisão do ativo de uma sociedade preexistente – havendo, portanto, sempre no mínimo três participantes – e se extingue.
- b) A cisão-absorção, em que uma sociedade, repartindo o seu patrimônio entre duas ou mais sociedades preexistentes, desaparece.
- c) “falsa cisão”, ou o “*apport partiel d’actif*”, também chamada de cisão parcial ou fusão parcial, em que a sociedade transfere uma parte do seu ativo ou patrimônio a outra, permanecendo. Estaria, neste caso, a “*scission- holding*”, decorrente da repartição de seus bens, por uma sociedade, entre duas ou mais sociedades constituídas por ela para esse fim, subsistindo como sociedade *holding*.³⁸⁹

Ou seja, a cisão implica na separação do corpo social – patrimônio e sócios, e na definição clara de distribuição dos direitos entre as parcelas cindidas, conforme define o §1º do art.229 da Lei nº6.404/76. Além da distribuição das obrigações, o art.233 da mesma legislação prevê a responsabilidade solidária entre cada subcorpo social, de modo que se a sociedade cindida foi extinta, todas as sociedades que subsistirem serão solidariamente responsáveis, e acaso a sociedade cindida subsista, as sociedades absorventes somente responderão solidariamente pelas obrigações anteriores à cisão.³⁹⁰

Explicam Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede que o problema para os cônjuges está no parágrafo único deste art.233, pois ao permitir que no ato da cisão parcial é possível estipular que as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida serão responsáveis apenas pelas obrigações que lhes forem transferidas, afastando a existência de solidariedade com a companhia cindida, abre-se uma grande porta para atos fraudulentos, pois

³⁸⁸ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. v.4. T.I. São Paulo: Saraiva, 1998, p.271.

³⁸⁹ BULGARELLI, Waldirio. **Fusões, incorporações e cisões de sociedades**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2000, p.58.

³⁹⁰ MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Divórcio, dissolução e fraude na partilha de bens**. Simulações empresariais e societárias. 2.ed. São Paulo: Atlas, p.169-170

viabiliza a atribuição somente do patrimônio frágil (podre) ao cônjuge e o direcionamento da parcela saudável às sociedades absorventes, ficando estas somente responsáveis pelo melhor que havia na empresa parcialmente cindida.³⁹¹

Pelo risco e incentivo à fraude, Arnaldo Rizzardo sustenta ser

inadmissível a mera transferência sem a contrapartida das obrigações, se pendentes de solução. Do contrário, ensejar-se-ia a prática de fraudes. Bastaria a mera cisão para fugir a cindida da responsabilidade pelas obrigações. No entanto, assume a sociedade que recebe parte ou todo o capital correspondente em obrigações ao patrimônio líquido que recebeu.³⁹²

Além disso, como o art.1.122 do Código Civil veda as operações de incorporação, fusão e cisão de lesar credores anteriores à formalização da nova sociedade, o cônjuge, assim como os credores, tem noventa dias do ato relativo à transformação para pretender a anulação. Contudo, esta não parece ser a solução mais adequada, pois normalmente estas maracutaias são feitas ‘as escondidas e descobertas após o início do litígio conjugal, portanto, enquanto o direito brasileiro não exigir a concordância do consorte para a alteração do tipo social da empresa, como no direito argentino, a opção é a aplicação inversa da desconsideração da personalidade jurídica, para investigar os reais fatos escondidos por detrás dessas tramoias societárias, criadas exclusivamente para fraudar direitos e prejudicar terceiros.³⁹³

7.2.1.6 Alienação das quotas e ações da sociedade

Mais simples que as anteriores, a alienação de quotas ou ações societárias às vésperas da separação fática do casal é uma estratégia muito utilizada para fraudar a partilha de bens. Normalmente, os cônjuges empresários alienam sua inteira ou parcial participação para os sócios ou para “laranjas” e tão logo decretada a partilha de bens, voltam a adquirir a respectiva participação.

Conforme já mencionado, esta singela tática é possível e fácil de ser concretizada, pois as quotas e ações são direitos pessoais e, portanto, independem de outorga do cônjuge para

³⁹¹ MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Divórcio, dissolução e fraude na partilha de bens**. Simulações empresariais e societárias. 2.ed. São Paulo: Atlas, p.170.

³⁹² RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de empresa**: Lei nº10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.630.

³⁹³ MADALENO, Rolf Hanssen. **A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no direito de família e no direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.195.

alienação³⁹⁴. Ou seja, é a natureza jurídica das quotas e ações a causa da facilidade deste tão usado estratagema, pois basta a manifestação de vontade do titular para que seja efetuado o esvaziamento patrimonial.

A fraude salta aos olhos quando tais transações são feitas após a separação fática do casal e mais nítidas ainda quando efetuadas em concomitância com eventuais tratativas de acordo para busca de um divórcio consensual, que na realidade não era desejado, mas somente serviu de pretexto para angariar tempo para concluir as ilícitas manobras societárias em detrimento à meação de outro consorte.

Diante deste quadro, resta ao cônjuge enganado provar a existência da fraude e requerer a anulação do negócio jurídico simulado, ou a episódica desconsideração deste ato, pois se não provar a intenção dolosa da transferência das quotas ou ações societárias, convalidada estará a fraude, pois a ilicitude não se presume quando a venda de bens é anterior ao ajuizamento de qualquer ação.³⁹⁵ Nessa senda, ainda que os consortes estejam empenhados em buscar um divórcio consensual, aconselhável o ajuizamento de uma ação cautelar de arrolamento de bens para listar todos os bens existentes no momento da separação, anotar a existência de litígio conjugal no registro mercantil e demonstrar com maior facilidade a fraude cometida.

7.2.1.7 Criação de *offshore* e *holdings* patrimoniais

Entre as fraudes cometidas mediante a intervenção de pessoas jurídicas, está a criação de *offshores* ou *holdings* patrimoniais.

As *offshores* são empresas constituídas no exterior, regidas de acordo com a legislação do país em que está sediada e com atuação no Brasil via representação³⁹⁶. Normalmente os locais escolhidos são os chamados paraísos fiscais³⁹⁷ que consistem em

³⁹⁴ ANULATÓRIA – Ação objetivando sejam declaradas insubsistentes as transferências das quotas sociais levadas a efeito pela corre, casada com o autor no regime da comunhão universal de bens, ao fundamento de não haver tido ciência ou anuído ao ato societário – Descabimento – Transferência de quotas sociais que não está inserida no rol elencado no art.1647 do CC – Ausência de nulidade – Observação no tocante à possibilidade de discussão sobre a partilha das quotas discutidas em sede própria – Redução da verba honorária que se impõe, em observância ao §4º do art.20 do CPC – Apelo parcialmente provido, com observação. (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ap.994080465183. 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Sebastião Carlos Garcia, j.11/11/2010, DJ: 03/12/2010).

³⁹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 200000047968340001 MG 2.0000.00.479683-4/000 (1), Rel. Pedro Bernardes, j.10/01/2006, DJ: 25/02/2006.

³⁹⁶ RIBEIRO, Antonio Carlos Silva; GUARIENTO, Daniel Bittencourt; BARBETI, Rodrigo Luciano. **Proteção patrimonial**. Guaxupé: Tatico, 2013, p.163.

³⁹⁷ Os paraísos fiscais estão arrolados no art.2º, Instrução Normativa RFB nº1.037, de 04 de junho de 2010.

territórios nos quais inexistia a intervenção do Estado na atividade econômica no plano tributário, permitindo que as atividades e transações de natureza comercial e financeira, desde que de caráter internacional, sejam conduzidas sem que delas se origine a obrigação do recolhimento de quaisquer tributos.³⁹⁸

Além dos benefícios fiscais, para os cônjuges fraudadores os locais se tornam ainda mais paradisíacos pela blindagem concedida às empresas, principalmente pelos sigilos fiscal, bancário e societário, conforme lembra Hoyt Barber, ao escrever que entre os principais atrações da *offshore* está a maior privacidade, flexibilidade, proteção e segurança nas operações bancárias; maximização da privacidade pessoal e financeira; evitar divulgação da sua nacionalidade ou aliança política, mantendo em segredo a localização física e fácil acesso aos fundos da *offshore*, independente do lugar que acionista estiver,³⁹⁹ o que certamente facilita a movimentação de ativos fora da esfera da massa do patrimônio comum.

A ocultação da identidade do investidor internacional é efetivada na prática através da figura da ação ao portador, cujo título, que não tem registro do nome do titular nos órgãos competentes, representa a propriedade parcial do capital social de uma dada pessoa jurídica – *offshore*. A fraude está justamente no uso desta espécie societária para impedir que o cônjuge acionista seja titular dessas ações, resultando um verdadeiro entrave à tentativa de desvendar o real beneficiário do ilícito, pois, o sócio será aquele que estiver com as ações em mãos, não havendo nenhum cadastro, público ou privado, nos quais se possa encontrar a identidade dos sócios da empresa. Por outro lado, o sigilo bancário é outro fator-chave para o desvio do patrimônio, pois oculta a origem e o destino do capital administrado, bem como os montantes transferidos e as datas das movimentações financeiras.⁴⁰⁰

A fraude é de fácil concretização, pois a transmissão de capital pode ser feita mediante empréstimo à *offshore* previamente adquirida, a qual normalmente está em nome de escritórios especialistas no assunto, que atuam por procuração ou por pagamento de “prestação de serviços”. Os empréstimos, regulamentados pelo Banco Central do Brasil, não exigem a necessidade de prévia autorização do BACEN, e são instrumentalizados através de contratos de câmbio. Apesar da facilidade do empréstimo, a figura mais hábil é a prestação de serviços, pois o fraudador

³⁹⁸ SILVA, Ruben Fonseca; WILLIAMS, Robert E. **Tratados dos paraísos fiscais**. São Paulo: Observador Legal, 1998, p.20.

³⁹⁹ BARBER, Hoyt L. **Tax havens today: the benefits and pitfalls of banking and investing offshore**. New Jersey: John Wiley & Sons, Inc, 2006, p.34.

⁴⁰⁰ WALCHER, Guilherme Gehlen. **Paraísos fiscais: a utilização de empresas offshore em Finanças Internacionais e os limites da licitude**. Monografia de conclusão de curso de Administração na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2008, p.30-31.

contrata a *offshore* de sua titularidade para buscar novos mercados estrangeiros e a contraprestação é pactuada por um contrato registrado na CACEX (Carteira de Comércio Exterior), pela qual tendo ou não o serviço sido prestado, o credor estrangeiro (*offshore*) emite uma fatura comercial e o pagamento não é tributado no destino, sendo um meio de fácil aportes para o exterior.⁴⁰¹

Quando o desonesto não quer ultrapassar fronteiras, pode desvirtuar as normas dos regimes de bens com o uso de *holdings*, empresas diferentes das demais, pois ao invés de se preocuparem com o mercado em que atuam, são voltadas para interesses internos, como o próprio nome diz (*to hold* – segurar, controlar, guardar), é uma companhia cuja finalidade é manter os bens que a compõe, sejam eles móveis, imóveis ou quotas societárias.⁴⁰² Essas empresas, quando constituídas antes do casamento celebrado pelo regime da comunhão parcial de bens, são utilizadas como guardiãs do patrimônio adquirido durante o matrimônio, principalmente investimentos financeiros e participações de empresas constituídas após o início da relação, sendo comum, quando não muito evidente a fraude, os julgadores excluïrem das partilhas de bens sem a devida averiguação simplesmente por sua constituição ter ocorrido em data anterior à celebração das núpcias. Durante o casamento, as *holdings* são constituídas em nome de terceiros, normalmente filhos do relacionamento anterior, irmãos ou genitores, e de igual forma excluïdas da partilha de bens, pois pertencentes, ao menos de forma aparente, a terceiros.

Desta feita, quando presente nos processos de divórcio *offshore's*, ou *holdings*, ou ainda um emaranhado de empresas criado para frustrar a partilha de bens conjugais, deve o magistrado ter maior atenção, e sem hesitar, possibilitar uma profunda investigação das sociedades envolvidas, ainda que em nome de pessoas estranhas ao processo, pois muitas vezes somente com estudos técnicos é possível identificar a fraude e aclarar as mazelas societárias arquitetadas pelo cônjuge fraudador.

7.2.2 Mau uso de interpostas pessoas físicas

Não só pelas pessoas jurídicas os cônjuges migram os bens conjugais antes de eventual divórcio, mas também mediante o uso de interpostas pessoas físicas, as quais servem para figurar

⁴⁰¹ SANTOS, Cláudio Sinoé Ardenghy dos. *Off shore* – uma possível técnica de fraude. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano2, nº58, 17 set.2002.

⁴⁰² LODI, João Bosco; LODI, Edna Pires. **Holding**. 3.ed. São Paulo: Thompson, 2004, p.1.

no negócio sem ser o verdadeiro destinatário de seu efeito, ou seja, são as partes contratantes ou destinatárias mas não representam o real titular do direito negociado.⁴⁰³ No direito de família, os testas de ferro normalmente são parentes mais próximos, amigos, sócios ou subordinados quem, por favor ou alguma recompensa, se submetem a dar ares de legalidade a atos de esvaziamento patrimonial, sendo apenas os primeiros – parentes próximos – presumidos por lei como interpostas pessoas, como pode ser extraído do parágrafo único do art.1.802 do Código Civil, cujo dispositivo prevê serem nulas as disposições testamentárias em favor de pessoas não legitimadas a suceder, ainda quando simuladas ou feitas por interpostas pessoas, as quais se enquadram neste conceito os ascendentes, os descendentes, os irmãos e o cônjuge ou companheiro.

O uso de *laranjas* além de mais fácil e barato que a personalidade jurídica, nas demandas familiares ganham eficácia pela proteção do terceiro adquirente de boa-fé, muito embora a olhos vistos estes terceiros se tratem de meros coadjuvantes, sem recursos e, portanto, sem origem capaz de justificar o acréscimo patrimonial que, casualmente, serve aos interesses do divorciando, como nos casos de uma propriedade imobiliária, de automóveis, barcos e/ou empresas de uso exclusivo do fraudador, mas que constam em nome de interpostas pessoas.⁴⁰⁴

Outro expediente igualmente muito comum são as doações de empresas e bens de um dos consortes para seus descendentes, como pode ser visto no julgamento da Apelação Cível nº700329246631, da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assim ementada:

Ação de anulação de doações de pai para os filhos. Devem ser anuladas as doações de quotas da empresa, de valores para aumento do capital, e de imóveis, feitas pelo falecido aos filhos do primeiro casamento, conforme constatadas na perícia, que tenham causado prejuízo à meação autora (segunda esposa), este a ser apurado em liquidação de sentença. Os bens adquiridos pelos réus com recursos próprios devem ser excluídos da anulação. A venda do imóvel feita pelo falecido ao filho, com a anuência da autora, deve ser discutida em ação própria, se a alegada doação simulada não restou demonstrada nos autos.

Essas proibidas doações algumas vezes são destinadas à indesejada concubina, e não só pela simulação e pelo esvaziamento patrimonial, são anuladas por ofender a regra contida no

⁴⁰³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Fraude contra credores**: a natureza da sentença pauliana. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.493.

⁴⁰⁴ MADALENO, Rolf Hanssen. **A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no direito de família e no direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.307-309.

art.550 do Código Civil. Para Humberto Theodoro Júnior, este é um típico caso de fraude à lei e para ele

a ilicitude está no íntimo do próprio negócio jurídico, que, de maneira alguma, poderia ter sido realizado, já que sua prática esbarra numa vedação de ordem pública. O cônjuge adúltero está proibido de doar à concubina. Para fugir da proibição, simula uma compra e venda. O ato é nulo porque não houve realmente compra e venda, mas *doação*, que é, na espécie, interdita por mandamento legal de ordem pública. É certo que alguém pode e deve ter sido prejudicado pela referida liberalidade, fraudulentamente realizada. Mas a essência da *fraude, in casu*, não está nesse prejuízo, que a rigor nem precisa ser investigado ou provado. A ineficácia do ato fraudulento está no ultraje maliciosamente cometido contra a vedação legal de ordem pública.⁴⁰⁵

Além dos bens, são usados nomes de terceiros para abertura e gerência de contas bancárias e aplicações financeiras, atuando o cônjuge por procuração com amplos poderes outorgada pelo testa de ferro, sendo este recurso corrente nos investimentos de ativos mobiliários, quando não raro, idosos senhores tornam-se de uma hora para outra poderosos acionistas do mercado financeiro, enquanto seus filhos atuantes e com vasta experiência no mercado de ações, repentinamente abandonam a longa e rica trajetória.

7.2.3 Transferência de investimentos para a previdência privada

Como visto nesta pesquisa, os planos de previdência privada, em tese, são considerados bens particulares de cada consorte, em face do caráter personalíssimo exposto no inciso VII do art.1.659 do Código Civil e da finalidade própria de constituição de benefício para garantir renda razoável ao fim da carreira profissional.

Esse entendimento é mais tranquilo quando se trata de um regime fechado de previdência complementar, ou seja, quando a previdência privada é somente acessível aos empregados de uma empresa ou de um grupo empresarial, e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial,⁴⁰⁶ pois nesses casos os planos de

⁴⁰⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Fraude contra credores**: a natureza da sentença pauliana. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.63.

⁴⁰⁶ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 15.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p.807. Nesse sentido: PROCESSO CIVIL. DIVÓRCIO. PARTILHA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. 1. A contribuição em previdência privada fechada, vinculada à empresa empregadora, responsável, inclusive, pelo rateio do benefício, e dependente de evento futuro e pessoal, não se confunde com modalidade de investimento financeiro e, portanto, não pode ser partilhada em razão do divórcio, considerando o que determina o art.1.659, inciso VI, do Código Civil, aplicável ao caso por força do art.1.668, inciso V, do mesmo diploma legal. 2. [...]. 6. Recurso parcialmente provido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. APC: 20130110160349 DF 0003678-52.2013.8.07.0016, Quarta Turma Cível. Rel. Cruz Macedo, j.30/07/2014, DJE: 27/08/2014, p.197.

previdência possuem finalidade precipuamente previdenciária e natureza jurídica de pecúlio caracterizada pela reserva de dinheiro acumulada aos poucos ao longo dos anos de trabalho.⁴⁰⁷

A divergência e o risco de fraude, contudo não está nesta espécie de fundo privado de pensão, mas nas modalidades de planos tais como PGBL (Plano Gerador de Benefício Livre), VGBL (Vida Gerador Benefício Livre) e FAPI (Fundo de Aposentadoria Programa Individual), que são operados pelas entidades abertas de previdência complementar, normalmente instituições financeiras e empresas seguradoras, pois são de livre contratação e acessíveis a qualquer pessoa física, independentemente de profissão ou vínculo empregatício, e eventualmente podem caracterizar mais um investimento do que propriamente uma complementação de renda.⁴⁰⁸

Este foi o entendimento do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul no julgamento das Apelações Cíveis de nºs 7004714404 e 70059498709, sob o fundamento de ser opcional a previdência privada como qualquer outro investimento financeiro, não havendo porque dar tratamento diverso para fins de partilha, não podendo ainda no entendimento dos Desembargadores gaúchos, Ricardo Moreira Lins Pastl, Luiz Felipe Brasil Santos e Rui Portanova, ser dado à previdência outra extensão que a concedida ao FGTS, quando tiverem o período aquisitivo durante o casamento, devendo tanto como a previdência como o fundo de garantia serem considerados bens comum a serem partilhado. Entretanto, esse raciocínio, diga-se minoritário, não parece ser o mais acertado quando não identificado o desvio de finalidade, pois muitos profissionais, sobretudo liberais, contratam realmente a previdência e pagam prestações ao longo da vida como forma de aposentadoria para a velhice ou qualquer infortúnio da vida, não fazendo sentido submeter tal verba na divisão patrimonial.

Por outro lado, quando identificada a dissipação do patrimônio conjugal, merecem ser integrados à massa do patrimônio comum, pois como sabido, a liberdade de contratação e a possibilidade ser considerado bens particulares os valores migrados para previdência privada, em muitos casos transformam este instituto em um diligente instrumento de fraude ao regime de bens, pois pouco antes da separação ou, quando iniciada a crise conjugal, começa o cônjuge afortunado a transferir suas aplicações bancárias para previdência privada, na expectativa de tais verbas conquistarem a natureza securitária e serem excluídas da partilha de bens.

⁴⁰⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. AI: 00028504220148260000 SP 0002850-42.2014.8.26.0000, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Elcio Trujillo, j.09/09/2014, DJ: 10/09/2014

⁴⁰⁸ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 15.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p.811.

Essa ilicitude ganha força com entendimento aplicado no direito das sucessões de serem os planos de previdência considerados seguros de vida e, por analogia ao exposto no art.794 do Código Civil, serem excluídos da herança, ou no caso de divórcio, excluído da partilha para todos efeitos de direito.⁴⁰⁹ Nesse sentido é a lição de Sebastião Amorim e Euclides Oliveira ao escreverem que

O capital do seguro de vida não pertence ao espólio, pois não faz parte do patrimônio constitutivo da herança. Cuida-se de benefício de jure próprio, como autêntica estipulação em favor de terceiro (arts.436 e 790 a 794 do CC) [...]. Atendem ao mesmo critério de atribuição legal as aplicações em fundos de previdência privadas, por terem natureza securitária, destinando-se à aposentadoria complementar do aplicador. Os investimentos em VGBL (Vida Gerador de Benefício Livre) e similares podem ter a mesma destinação, salvo se constituírem desvios fraudulentos de outras aplicações financeiras, em detrimento de herdeiros⁴¹⁰.

Dessa forma, como a natureza particular da previdência privada é presumida, resta ao cônjuge casado pela comunhão parcial e vítima da fraude patrimonial demonstrar a real natureza de aplicação ou investimento financeiro, ou ainda que a finalidade do fundo de pensão não foi outra senão para excluir do monte partilhável, pois mesmo que parte da doutrina lute contra o caráter assistencial da previdência privada⁴¹¹, está enraizado tal entendimento e assim deve permanecer, pois de fato os fundos de pensão foram criados para oportunizar uma forma complementar, ou até mesmo, única de no futuro garantir a subsistência.

7.2.4 Falso endividamento às vésperas do rompimento conjugal

Como no regime da comunhão universal, as dívidas são consideradas do casal quando contraídas durante o casamento, ou quando efetuadas antes dele, servirem para custear despesas

⁴⁰⁹ “O VGBL é um plano de previdência privada atrelado a um fundo de investimento de longo prazo, no qual o participante (terminologia utilizada pela Lei Complementar nº109/2001) realiza depósitos periódicos (geralmente mensais), de forma que o financiamento se sustente pelo regime de capitalização. Pode assumir feições de seguro de vida, quando o participante opta por resgatar todo o valor aplicado; ou então assumir a natureza de uma aposentadoria complementar na hipótese do beneficiário optar pelo recebimento da aplicação em parcelas mensais (art.2º da Resolução CNSP nº139/2005 e art.3º da Circular SUSEP nº338/2007).” (BRASIL. Ag. n.0577368-82.2010.8.26.0000, Rel. Des. Júlio Vidal, DJ: 26/04/2011).

⁴¹⁰ AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides. **Inventários e partilhas**. Direito das Sucessões. Teoria e Prática. 23.ed. São Paulo: Leud, 2006, p.459-460.

⁴¹¹ Discordamos da orientação que considera a previdência como pecúlio. Antes de se atingir a idade estabelecida no plano, a previdência privada não passa de aplicação financeira como qualquer outra. Não há pensão antes desse momento e, portanto, não há incomunicabilidade. Isso porque, sequer há certeza de que, ao fim do plano, efetivamente os valores se converterão em renda ou serão sacados pelo titular. Trata-se de opção dos cônjuges o investimento na previdência privada, em fundos de ações, ou de renda fixa. Assim, as decisões transcritas permitem a fraude ao regime, bastando que, para tanto, ao invés de um dos cônjuges adquirir um imóvel ou investir em fundos (bens partilháveis ao fim do casamento), basta investir na previdência privada para se ver livre da partilha. (SIMÃO, José Fernando. Comunhão parcial de bens e previdência privada: mear ou não mear eis a questão! Parte 2. In: **Jornal Carta Forense**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/comunhao-parcial-de-bens-e-previdencia-privada-mear-ou-nao-mear-eis-a-questao-parte-2/3836>. Acesso em: 09 jun.2015).

comuns (CC, art.1.667 e art.1.668, I). No regime da comunhão parcial de bens igualmente é considerada de responsabilidade de ambos os cônjuges, mesmo sendo feita por somente um deles em benefício da família (CC, art.1.663, I). O falso endividamento igualmente acaba por servir à fraude patrimonial para reduzir, senão anular o acervo comum.

As forjas de débitos normalmente são feitas mediante interpostas pessoas com contratos fictícios, emissão de cheques e notas promissórias, cujos documentos não correspondem à existência de gastos, pois as dívidas nunca existiram no mundo dos fatos. Não raras são as vezes que as mesmas dívidas são mencionadas na unilateral declaração do imposto de renda do cônjuge supostamente endividado, quando na realidade não houve nenhuma saída ou entrada de dinheiro oriunda dessa simulação, levando inclusive ao diagnóstico da fraude a coincidência dos valores de um ou vários empréstimos corresponderem à exata valoração dos bens partilháveis.

A malícia de alguns cônjuges chega ao absurdo de providenciar a execução das falsas dívidas, se necessário com praxeamento judicial dos bens do casal, para reduzir ficticiamente o ativo do casal e depois do divórcio retornar pelas mãos do amigo ou parente credor ao patrimônio pessoal do fraudador.⁴¹² Tal conduta, além de ferir o dever ético, a cláusula geral da boa-fé objetiva pelo nítida pretensão de enriquecimento indevido, é tipificada como crime de exercício arbitrário das próprias razões previsto no art.345 do Código Penal, conforme concluiu o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Extraordinário nº74.672/MG,⁴¹³ merecendo o fraudador ser condenado tanto na esfera cível com sugerida pena de sonegação em todas as hipóteses de tentativa de redução patrimonial, como no âmbito criminal.

⁴¹² MADALENO, Rolf Hanssen. **Curso de direito de família**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.842.

⁴¹³ COMPETÊNCIA – HABEAS-CORPUS – ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha este, ou não, qualificação de superior. EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES – PARTILHA – SIMULAÇÃO DE DÍVIDA. A simulação de dívida objetivando alcançar de imediato a meação de certo bem configura não o crime de falsidade ideológica, mas o do exercício arbitrário das próprias razões. A simulação, a fraude, ou outro qualquer artifício utilizado corresponde a meio de execução, ficando absorvido pelo tipo do art.345 do Código Penal no que tem como elemento subjetivo o dolo específico, ou seja, o objetivo de satisfazer pretensão, legítima ou ilegítima. EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES – PROCEDIMENTO PENAL – SIMULAÇÃO E FRAUDE. Deixando a prática delituosa de envolver violência, indispensável é a formalização de queixa. DECADÊNCIA – QUEIXA. Uma vez transcorrido o prazo de seis meses previsto no art.103 do Código Penal, incide a decadência. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC: 74672 MG, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j.18/02/1997, DJ: 11/04/1997, p.12190 Ement. v.01864-05 p.01065).

8 INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE COMBATE À DESPROPORÇÃO DA PARTILHA DE BENS

A omissão de bens e a fraude podem ser evitadas ou amenizadas pelos aparatos legais existentes, os quais serão abordados neste capítulo, levando em consideração a fase anterior e a posterior da partilha de bens, lembrando, desde já ser o elemento tempo favorável ao fraudador, de sorte que o quanto antes for possível tomar as medidas cabíveis, maior a chance de êxito nas demandas judiciais, pois impedir a transferência dos bens é muito mais fácil que resgatá-los.

Por fim, com a intenção de auxiliar na batalha contra o ilícito esvaziamento patrimonial, apresentaremos uma sugestão de alteração legislativa de aplicação de pena de sonegação nas partilhas decorrentes da dissolução conjugal, para quem sabe assim amedrontar, ou quiçá, coibir os consortes de tentarem burlar as cogentes normas do regime de bens escolhidos no início da união.

8.1 Na fase processual do processo de partilha dos bens

8.1.1 Arrolamento de bens

O arrolamento de bens é uma medida cautelar originalmente ligada no direito de família e sucessões,⁴¹⁴ pois o Código de Processo Civil de 1939 restringia seu uso às demandas fundadas no matrimônio, com uma função meramente probatória, para a documentação e descrição dos bens comuns em determinado momento histórico, sem, portanto, haver qualquer invasão na esfera jurídica da parte demandada⁴¹⁵. O Código de Processo Civil de 2015 parece ter adotado aquele mesmo critério, tendo em vista que – diferentemente da Lei de 1973 – não confere a este instrumento a natureza eminentemente constitutiva, tal como ocorre no arresto, sequestro e apreensão.

No Código de 1973, a cautelar de arrolamento de bens (arts.855 a 860), além de documentar a existência e o estado dos bens, também visa igualmente ao depósito desses bens

⁴¹⁴ “Se levarmos em conta a função tanto do arrolamento de bens de nosso direito anterior quanto do arrolamento que agora temos, através de sua história no direito lusitano, logo veremos que essa medida cautelar, originariamente ligada ao direito de família e sucessões, a muito custo ampliou-se para alcançar outros domínios, permanecendo, mesmo assim, preso a um pressuposto que o tem acompanhado, no direito português, e que lhe delimita as fronteiras, mantendo-se ligado aos casos em que os bens cujo arrolamento se postule componham alguma comunidade dominial ou, no mínimo, uma relação societária de que o autor da medida cautelar faça parte, de modo a ressaltar o caráter de litigiosidade dos bens a serem arrolados.” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: processo cautelar (tutela de urgência)**. v.3. 3.ed. São Paulo: RT, 2000, p.306).

⁴¹⁵ Art.676 do CPC de 1939: “As medidas preventivas poderão consistir... IX. No arrolamento e descrição de bens do casal e dos próprios de cada cônjuge, para servir de base a ulterior inventário, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento”.

em mãos de pessoa da confiança do juízo, quando houver sério risco de extravio ou dissipação.⁴¹⁶ Equivale dizer, o arrolamento de bens no Código de Processo Civil vigente deixou de ser eminentemente puro, como no de 1939, e do antigo enfoque probatório passou a ter como efeito acessório o depósito dos bens arrolados, em face da norma prevista no art.858. No entendimento de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, esse tinha sido um avanço que transformou o arrolamento em verdadeira medida cautelar com objetivo de preservar a meação do cônjuge em futura partilha, pois permite garantir o resultado útil do processo de divórcio cumulado com partilha de bens.⁴¹⁷

Sem dúvida, quanto maior for o alcance da lei, maior a prevenção das fraudes. Contudo, como nos litígios de Direito de Família o depositário na maioria das vezes é o possuidor do bem e nessa situação o simples depósito não impede por si só a alienação, é corriqueiro e aconselhável que junto com o pedido de descrição do acervo comum (arrolamento puro) seja simultaneamente feito o requerimento cautelar de bloqueio de metade dos bens, com as devidas anotações de indisponibilidade nos órgãos competentes, para assegurar efetivamente a meação do cônjuge e, mais, propiciar a publicidade a terceiros do litígio sobre os bens⁴¹⁸.

O bloqueio dos bens é um procedimento cautelar inominado do qual o juiz pode fazer uso quando houver o fundado receio de que uma parte, antes do julgamento do processo e da realização da partilha, cause ao direito da outra uma lesão grave ou de difícil reparação, pois detém o poder geral de cautela, insculpido no art.798 do atual Código de Processo Civil e no art.297 do Código vindouro. Desta feita, quando restar suficientemente caracterizado o risco de esvaziamento patrimonial (*periculum in mora*), imperioso determinar o trancamento registral dos bens imóveis, automóveis, embarcações, aeronaves, contas bancárias e, quando o fraudador for empresário, além da indisponibilidade das quotas sociais das empresas, também dos bens de uso

⁴¹⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. v.3. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.198.

⁴¹⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de, **A tutela de urgência e o direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.45.

⁴¹⁸ “AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA. BLOQUEIO DE BENS EM NOME DO EX-COMPANHEIRO. Mostra-se cabível o bloqueio, como pretende a agravante, para assegurar futura partilha. Medida que se justifica ante o receio de que os bens adquiridos na constância da união estável possam ser desviados, dilapidados e/ou ocultados”. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 7ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento Nº70055241574, j.28/08/2013). “1. Tendo as partes optado pelo regime da separação total de bens, inexistente patrimônio comum, pois os bens adquiridos por um ou outro cônjuge, não se comunicam. 2. Havendo, no entanto, situação peculiar, onde é possível a ocorrência de sociedade de fato, já que a divorcianda trabalhava nos empreendimentos do divorciando, figurando por vezes como laranja em alguns negócios, o que demanda exame mais minucioso, e, em razão disso, havendo possibilidade de partilha de alguns bens, fica mantida a determinação de indisponibilidade do patrimônio, como medida de natureza cautelar, evitando-se a possibilidade de eventual dilapidação, com possível prejuízo para a divorcianda. 3. Presentes os requisitos essenciais para concessão da cautela, que são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, este caracterizado pela transferência do capital social a terceiros, fica mantida a indisponibilidade” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 7ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento Nº70061780581, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j.26/11/2014).

pessoal registrado em nome das pessoas jurídicas, pois somente assim será assegurada a perfeita eficácia da tutela jurisdicional.

Tanto o arrolamento quanto o bloqueio de bens pode ser requerida em fase preparatória ou incidental, quando já instaurado o processo, tendo o autor na primeira hipótese o prazo de trinta dias da efetivação da medida para o ajuizamento da demanda principal, sob pena de a cautelar perder sua eficácia, conforme dispõe os arts.806 e 808, II, da atual Lei Processual.

Diante das sabidas mudanças do Código de Processo Civil, necessário informar que as atuais demandas cautelares serão substituídas por tutelas provisórias de urgência de natureza cautelar (art.300 e seguintes) – as quais estão acompanhadas da tutela de urgência antecipada.⁴¹⁹ Vale dizer, o novo sistema unificou os requisitos da tutela cautelar e o da tutela antecipada e em vez da tradicional nomenclatura *fumus boni iuris*, verossimilhança e *periculum in mora*, passou a exigir para as duas espécies de tutela de urgência a demonstração da probabilidade do direito e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (art.300).

Ao adotar a sadia providência de unificar as medidas cautelares e a antecipação de tutela, o novo diploma processual enxugou as normas existentes. No lugar dos seis artigos do Código atual acerca do arrolamento (arts.855 ao 860), restou somente a medida acautelatória regulamentada pelas normas gerais do Livro V (arts.294 a 311) e por duas regras específicas dispostas nos arts.301 e 381, parágrafo único da Lei nº13.105/2015, as quais apenas mencionam, respectivamente, que a tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada por meio do arrolamento de bens e que o arrolamento observará o disposto na Seção II acerca da produção antecipada da prova. Como visto, o novo sistema retornou ao antigo conceito de arrolamento puro, cuja medida não mais enseja necessariamente a constrição do patrimônio, a não ser, por óbvio se acompanhada da viável determinação de bloqueio de bens, permitida pelo poder geral de cautela do juiz.

Mas, independentemente das mudanças, o arrolamento seguirá tendo a mesma utilidade e importância atual para a prevenção à fraude na partilha do divórcio, pois mesmo retornando as características essencialmente probatórias, sua finalidade principal seguirá a mesma, qual seja, de documentar a existência e o estado do patrimônio no momento da separação do casal, e nenhum prejuízo terão as partes com a queda da constrição do depósito previsto na Lei de 1973, pois

⁴¹⁹ Conforme está na doutrina processualista, as tutelas cautelares são medidas de apoio ao processo que visam a garantir a utilidade da tutela jurisdicional final. Já as tutelas antecipadas implicam a entrega antecipada do próprio bem da vida que seria entregue ao final do processo, normalmente na fase de cumprimento de sentença.

assim como o art.798 do Código Buzaid, a Lei nº13.105/2015 concede no art.297 o mesmo poder discricionário ao magistrado, para poder proteger qualquer direito ameaçado de lesão.

8.1.2 Ação pauliana

A ação pauliana, também chamada de revocatória, é ação por meio da qual se impugna os atos fraudulentos praticados em desfavor do autor pelo seu devedor, de modo que visa a reconhecer a ineficácia de ato de alienação de determinado bem praticado em fraude pelo devedor e com isso abrir o caminho à efetivação da responsabilidade executiva sobre aquele bem, ainda que transferido a terceiro. É um instrumento à disposição do credor atual, ou seja, que já possua o crédito no momento do ato fraudulento, sendo o resultado por ele obtido no processo somente por ele aproveitado, pois a sentença desta ação não anula o ato, mas limita a reconhecer sua eficácia perante o autor – e não em relação a outros credores vítimas da fraude.⁴²⁰

Muito embora importantes decisões incluam o devedor como legitimado e imponham o litisconsórcio necessário, a legitimidade passiva é apenas do adquirente ou beneficiado pelo bem, pois, conforme ressalva Cândido Rangel Dinamarco, somente a sua esfera de direito pode ser afetada com eventual procedência da ação revocatória e não a do devedor, na medida em que não haverá a anulação do negócio, mas sim a episódica ineficácia com relação àquele determinado credor.⁴²¹ Para Dinamarco, a

legitimidade passiva do devedor e o litisconsórcio necessário entre ele e o adquirente só podem ser sustentados por quem continuar pensando que as fraudes do devedor produzem a anulabilidade do ato e que o resultado da ação pauliana seja uma anulação – porque nesse caso não seria possível anular o ato sem a presença de todos que nele houvessem participado (litisconsórcio necessário-unitário).⁴²²

Por óbvio, caso o adquirente esteja de boa-fé, em hipótese alguma poderá ser compelido a responder pela fraude pauliana, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.⁴²³ Ou

⁴²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v.IV. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.438.

⁴²¹ Se houvesse anulação do negócio que ensejou a transferência do bem ao terceiro adquirente, a consequência jurídica é que aquele bem retornaria integralmente para aquele que alienou o bem em fraude. Sendo apenas ineficaz, o bem pode ser alienado para pagar o credor fraudado – ou mesmo fracionado e entregue a parte desse credor, se isso for viável – e o saldo será entregue para o próprio adquirente e não para o fraudador.

⁴²² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v.IV. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.439-440.

⁴²³ “Em consonância com o art.109 do CC/1916 (com redação correspondente no art.161 do CC/2002), tendo havido sucessivos negócios fraudulentos, cabe resguardar os interesses dos terceiros de boa-fé e condenar tão somente os réus que agiram de má-fé, em prejuízo do autor, a indenizar-lhe pelo valor equivalente ao do bem transmitido em fraude contra o credor”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1.145.542 RS 2009/0116221-0, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j.11/03/2014, DJe:

seja, não basta que o cônjuge aliene maliciosamente um bem do casal para que seja desconsiderada a alienação do bem, é indispensável que o adquirente do bem também tenha agido de má-fé.

São requisitos da ação pauliana a existência de um crédito – o que Yuseff Said Cahali considera ser uma condição primária –,⁴²⁴ o prejuízo ao credor (*eventus damni*) e a má-fé dos participantes do ato de alienação (*consilium fraudis*).⁴²⁵

Nesse compasso, sendo a ação revocatória um procedimento específico de tutela do direito de crédito que visa tornar sem efeito as fraudes de esvaziamento patrimonial, é igualmente viável ao Direito de Família quando houver malicioso desvio de bens para frustrar a meação conjugal, pois quando estiverem presentes os requisitos legais da existência do crédito (meação), flagrante prejuízo e a má-fé do fraudador, a ação torna ineficaz o negócio efetuado e traz de volta, ao menos, o correspondente à metade do bem transferido ilicitamente. Contudo, como se trata de ineficácia e não anulação, a ação pauliana nas fraudes patrimoniais é mais útil em situações específicas em que um dos cônjuges é mero credor do outro, como ocorre, por exemplo, na cessão de crédito trabalhista, ou quando um dos consortes transfere – gratuitamente ou por preço abaixo do seu real valor – as quotas societárias adquiridas durante o matrimônio, ou mesmo quando a empresa constituída antes das núpcias exclui sua participação para evitar a partilha do crescimento patrimonial verificado na constância do relacionamento,⁴²⁶ pois, como sabido, nas últimas duas hipóteses, o divórcio não confere ao consorte uma participação na empresa, mas um crédito frente ao outro cônjuge.

Por evidente, quando forem muito complexas as operações societárias, a melhor ferramenta de combate aos engodos patrimoniais é a desconsideração inversa e circunstancial da personalidade jurídica e, se necessário, da interposta pessoa física, pois ambos os institutos são

19/03/2014).

⁴²⁴ CAHALI, Yuseff Said. **Fraude contra credores**. 5.ed. São Paulo: RT, 2013, p.96.

⁴²⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. v.1. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.449. O prejuízo ao credor significa basicamente a insolvência do devedor. Sem insolvência, não há motivo para declarar a ineficácia da transferência, salvo se houve algum excepcional motivo para se transferir o próprio bem para o credor, o que pode ocorrer com alguma frequência no divórcio.

⁴²⁶ “É que, embora a negociação tenha se dado entre pessoas jurídicas, a transferência foi tida como fraudulenta – e, assim, ineficaz – nos autos da ação de separação judicial do casal (na sentença, Processo 015/109.0009649-1, fls. 200/202, ponto que não foi objeto da citada AC nº 70058587981), impressionando que não tenha vindo aos autos cópia do contrato social da empresa Isabel Cornely Stumpf e Cia Ltda. – ME (para a qual foi transferida a licença para exploração de saibro, fl.30), o que seria necessário a demonstrar que a demandada Isabel, que assinou o respectivo termo de transferência, não teria poderes para representar a empresa judicialmente, assim como se fez em relação à empresa cedente, empresa Stumpf & Filhos Ltda – ME, representada no ato pelo sócio administrador César, conforme alteração do contrato juntada às fls.59/61. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº70058982216, 8ª Câmara Cível, Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl, j.26/06/2014).

fundamentos utilizados na ação de divórcio e de partilha de bens, no qual não é necessário envolver todos os partícipes da fraude, mas tão somente o fraudador.

8.1.3 Desconsideração inversa da personalidade jurídica

A superação da personalidade jurídica originalmente serve para desconsiderar, em certos casos, os efeitos da personificação societária para atingir a responsabilidade dos sócios. A *Disregard of Legal Entity*, assim denominado pela jurisprudência e doutrina inglesa e norte-americana, ganhou notoriedade e se expandiu no direito continental com os estudos do alemão Rolf Serik publicado em 1955, onde acentuou, após examinar diversos casos norte-americanos, ter esta doutrina bastante aplicação no terreno do direito tributário, a fim de coibir a sonegação e a evasão de impostos por intermédio da personalidade da sociedade empresária.⁴²⁷

O ponto mais relevante da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é terminar com a cega obediência ao absolutismo do art.20 do Código Civil de 1916, cujo dispositivo impedia toda e qualquer penetração no patrimônio do sócio por dívida da sociedade e vice e versa, pois, diante de novos valores jurídicos, muito mais vale impedir a consumação da fraude a proteger a intocável separação patrimonial.⁴²⁸

Diante do mau uso da sociedade, a *disregard* permite a declaração pontual de ineficácia da pessoa jurídica e a responsabilização dos sócios pela dívida da empresa, permitindo, portanto, ao magistrado “erguer o véu” societário para desnudar o jogo de interesses que acarretou no abuso do direito.⁴²⁹ Portanto, a ideia central é a proteção dos credores de boa-fé contra fraudes cometidas através da pessoa jurídica.

Após a Consolidação das Leis Trabalhistas⁴³⁰ e o Código do Consumidor⁴³¹, essa fascinante doutrina foi também adotada pelo Código Civil no art.50, tendo trânsito a *Disregard*

⁴²⁷ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. v.1. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.379.

⁴²⁸ MADALENO, Rolf Hanssen. **A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no direito de família e no direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.39.

⁴²⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil (arts.566 a 645)** v.8. 2.ed. São Paulo: RT, 2003, p.254.

⁴³⁰ Decreto-Lei nº5.452/1943. Art.10 – Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados. Art. 448 – A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

⁴³¹ Lei nº8.078/1990, art.28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. §1º (Vetado). §2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. §3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. §4º As sociedades coligadas só

Doctrine, independentemente da demonstração de insolvência⁴³², nos casos de abuso da personalidade jurídica decorrente do desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

O desvio de finalidade é caracterizado quando a sociedade age em desacordo com as atividades previstas no contrato social ou estatuto de regência de suas atividades, ou atua contrariando seus princípios e regras gerais. Por outro lado, a confusão patrimonial ocorre exatamente nas hipóteses em que não respeitada a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, sendo habitual a mistura de bens no Direito de Família quando o cônjuge opera os interesses familiares pela empresa.

Muito embora o art.50 tenha previsto apenas duas hipóteses ensejadoras da desconsideração da personalidade jurídica, por certo que esta teoria deve ser aplicada na integralidade das vezes nas quais a sociedade for utilizada para “promover fraude, evitar cumprimento de obrigações, obter vantagens da lei, perpetuar o monopólio, proteger a prática do abuso do direito, propiciar a desonestidade, contrariar a ordem pública e justificar o injusto.”⁴³³

Portanto, havendo a fraude pode a *disregard* ser aplicada na via inversa nas disputas conjugais, para ao contrário do que ocorre na desconsideração da personalidade jurídica propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, acarretando a responsabilidade da pessoa jurídica pelas obrigações de seus sócios.⁴³⁴

Rolf Madaleno, ao escrever sobre a aplicação inversa da desconsideração da personalidade judicial afirma ser

larga e produtora sua aplicação no processo familiar, principalmente, frente à diuturna constatação nas disputas matrimoniais, do cônjuge empresário esconder-se sob as vestes da sociedade, para a qual faz despejar, senão todo, ao menos o rol mais significativo dos bens comuns. É situação rotineira verificar nas relações nupciais que os bens materiais comprados para uso dos esposos, como carros, telefones, móveis e mormente imóveis, entre eles a própria alcova nupcial, encontram-se registrados ou adquiridos em nome de empresas de que participa um dos consortes. Com este estratagema, controlam e manipulam ao seu talante os resultados econômicos do desfazimento de suas núpcias, não sendo infrequente a esposa descobrir que toda sua meação conjugal resvala das suas mãos, sob o pálio da personalidade jurídica que a deu em comodato.⁴³⁵

responderão por culpa. §5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

⁴³² Enunciado nº281 da IV Jornada do CJE.

⁴³³ SILVA, Alexandre Couto. Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro, São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 780/47, p.10.

⁴³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1236916/RS, Terceira Turma, Rel. Nancy Andrighi, j.22/10/2013.

⁴³⁵ MADALENO, Rolf Hanssen. **Direito de família** – aspectos polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.27.

Nesse passo, através de uma interpretação teleológica do art.50 do Código Civil, quando detectada a fraude deve ser declarado ineficaz o desvio dos bens, para fins de recuperar e incluir o patrimônio lícitamente desviado no acervo comum para fins de partilha. Apesar de existirem autores que defendam a necessidade de um processo autônomo com a participação dos sócios que praticaram os atos fraudulentos, prepondera o entendimento de que o cônjuge vítima pode requerer a aplicação inversa da desconsideração da personalidade jurídica de forma incidental seja na ação cautelar de arrolamento como no próprio divórcio, pois além de o processo ter de ser célere para a preservação ou obtenção do direito material e não ter espaço para participação e muito menos a defesa exauriente de terceiros, o contraditório de qualquer pessoa que não figure como parte no processo pode ser exercido através dos embargos de terceiros.⁴³⁶

Contudo, não foi este o entendimento trazido pela Lei nº13.105/2015, pois ao regulamentar tanto a forma direta com a inversa da desconsideração da personalidade jurídica nos arts.133 a 137 do novo Código de Processo Civil, dispôs que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica será cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial, devendo o sócio ou a pessoa jurídica ser citado para manifestar-se e requerer provas no prazo de quinze dias, suspendendo o processo quando o pedido não for realizado na petição inicial. Vale dizer, para fazer uso desta ferramenta terá o cônjuge de envolver na demanda de partilha as pessoas jurídicas e os sócios coadjuvantes da fraude patrimonial ou mover um incidente próprio para tal fim incluindo as mesmas pessoas, cuja exigência, infelizmente, em muitos casos de Direito de Família, esvaziará o eficaz instituto, pois inviável será concretizar a citação de dezenas de empresas envolvidas, sobretudo quando entre elas houver um ou diversas *offshore's*, e mais uma vez, para não sair o fraudador privilegiado com as mudanças legislativas, restará à doutrina e à jurisprudência voltarem a adotar o atual entendimento ou encontrar novas soluções para tornar episodicamente ineficaz as fraudes patrimoniais efetuadas por detrás do manto societário.

8.1.4 Desconsideração da pessoa física

Assim como a desconsideração da personalidade jurídica torna determinado ato fraudulento ineficaz, quando utilizada interpostas pessoas físicas para concretizar o desvio

⁴³⁶ BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.86-89.

patrimonial, deve o julgador, no processo de partilha de bens afastar as garantias constitucionais de sigilo desses terceiros, chamados de *laranjas* ou *testas de ferro*, e permitir a mais ampla produção de provas, para mediante as informações obtidas declarar ineficaz as tramoiás celebradas com os presta nomes, considerando o bem desviado patrimônio comum para fins de partilha, pois conforme assevera Alfredo Augusto Becker, “o direito cessa onde o abuso começa, e não pode haver uso abusivo de um direito qualquer, pela irrefutável razão de um mesmo ato não pode ser, simultaneamente, conforme o direito e contrário ao direito.”⁴³⁷

A superação da pessoa física tem seu fundamento legal no art.1.802 do Código Civil, cuja norma dispõe serem nulas as disposições testamentárias em favor de pessoas não legitimadas a suceder, ainda quando simuladas sob a forma de contrato oneroso, ou celebrada por intermédio de interpostas pessoas, as quais classifica no parágrafo único, os ascendentes, descendentes, os irmãos e o cônjuge ou companheiro do não legitimado a suceder. Muito embora esta norma se refira a sucessão testamentária, deve ser aplicável em toda e qualquer hipótese de simulação patrimonial feita por intermediários que guardam vínculo de parentesco ou mesmo de íntima amizade, pois a lei repudia aquele que está servindo aos nocivos propósitos de afrontar a boa-fé.⁴³⁸

8.1.5 Ação de anulação dos atos fraudulentos

Todo o negócio jurídico celebrado para fraudar a lei ou a terceiro pode ser desconstituído mediante ação anulatória, em virtude do dolo ou da mera simulação. Nos casos de fictícias transferências de participações societárias a outro sócio, ou pagamento de dívidas com bens comuns do casal, ou ainda, quando adquirido bens em nome de interpostas pessoas entre outras artimanhas recorrentes no Direito de Família, muitas vezes são solucionadas mediante a anulação do negócio simulado, principalmente quando não forem bem aceitas ou eficazes a desconsideração da personalidade jurídica e de interposta pessoa⁴³⁹.

⁴³⁷ BECKER, Alfredo Augusto. Teoria geral do direito tributário, 1972 apud QUEIROZ, Mary Elbe. A elisão e a evasão fiscal: O planejamento tributário e a desconsideração de atos, negócios e personalidade jurídica. In: (Coords.) TORRES, Heleno Taveira; QUEIROZ, Mary Elbe. **Desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.105-106.

⁴³⁸ MADALENO, Rolf Hanssen. **A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no direito de família e no direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.96.

⁴³⁹ APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA CUMULADA COM PEDIDO DE ALIMENTOS PROVISIONAIS – DOCUMENTOS TRAZIDOS SOMENTE NO RECURSO QUE NÃO SÃO NOVOS – IMPOSSIBILIDADE – MÉRITO – REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS – PARTILHA – TRANSFERÊNCIA DE QUOTAS DA SOCIEDADE LIMITADA AO GENITOR – VENDA SIMULADA – FRAUDE CARACTERIZADA – NEGÓCIO JURÍDICO

Nas fraudes patrimoniais normalmente as simulações são absolutas, não passando o negócio de uma mera aparência, portanto, quando anulada a transação fantasiosa, as partes são transportadas para o estado em que se encontravam (CC, art.182)⁴⁴⁰, sendo este o motivo pelo qual todos os envolvidos no negócio fraudulento devem figurar no polo passivo da demanda anulatória, sob pena de nulidade.⁴⁴¹

A gravidade da simulação é tamanha que o enunciado nº152 do Conselho da Justiça Federal, estabelece ser toda a simulação invalidante, inclusive a inocente. Pelo mesmo motivo, Paulo Lôbo, adverte

a partir de 11.1.2003, o negócio simulado não pode ser mais convalidado pelo decurso do tempo, tampouco confirmado pelas partes. A simulação deve ser declarada de ofício pelo juiz, independentemente de provocação das partes, pois desfaz a função socioeconômica do ato jurídico. Neste particular, o legislador brasileiro acompanhou a orientação já existente nas codificações alemã e portuguesa.⁴⁴²

Nos casos de simulação, as provas são de difícil produção, sendo, inclusive, em alguns casos a inversão do *ônus probandi* insuficiente, pois normalmente as fraudes são feitas mediante contratos lícitos, sem nenhuma ilegalidade aparente. Dada dificuldade, no âmbito das relações familiares e das espécies de interesses e direitos indisponíveis envolvidos merece imperar como regra a viabilidade de demonstração indireta dos fatos, evidenciando outro fato, do qual, por raciocínio lógico e global de todo o processo se chega a conclusão a respeito da fraude.

Nessa linha de intelecção, Yussef Said Cahali escreve que tanto a simulação como a fraude contra credores podem ser provados por indícios e circunstâncias.⁴⁴³ Isso porque, os indícios, que nada mais são que sinais isolados, geram as presunções relativas, as quais,

INVÁLIDO – NA MESMA LINHA DE RACIOCÍNIO, DEU-SE A ALIENAÇÃO DO VEÍCULO DO CASAL – JÁ QUANTO À VENDA DO IMÓVEL, CONSTATA-SE ANUÊNCIA DE AMBOS OS CÔNJUGES NA ESCRITURA DE COMPRA E VENDA – PRESUME-SE A PERCEPÇÃO DOS VALORES POR AMBOS, NÃO HAVENDO COMPROVAÇÃO DE QUE SÓ UM DELES TENHA RECEBIDO OS VALORES SEM O CONSENTIMENTO DO OUTRO – REQUERIDA QUE NÃO CONSEGUIU FAZER PROVA DO ALEGADO – INTELIGÊNCIA DO ART. 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO TAMBÉM DA QUANTIDADE DE RESES OBJETO DE DIVISÃO NO DECISUM COMBATIDO – REDUÇÃO – OBRIGAÇÃO ALIMENTAR – EXTIRPADA – REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA MONOCRÁTICA – INEXISTÊNCIA DE NULIDADE – RECURSO QUE SE CONHECE, PARA LHE DAR PARCIAL PROVIMENTO – DECISÃO UNÂNIME. (BRASIL. Tribunal de Justiça. AC: 2011207222 SE, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Cláudio Dinart Déda Chagas, j.09/04/2012).

⁴⁴⁰ LERRER, Gelipe Jakobson. **Ação anulatória**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.94.

⁴⁴¹ Nesse sentido: CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. INGRESSO DE TERCEIRO PREJUDICADO. PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. AÇÃO DE NULIDADE E RESCISÃO DO CONTRATO. ACUSAÇÃO FEITA PELA AUTORA AO EX-MARIDO, DE FRAUDE NA ALIENAÇÃO. RECONHECIMENTO PELO TRIBUNAL ESTADUAL. DEMANDA MOVIDA EXCLUSIVAMENTE CONTRA OS ADQUIRENTES DO BEM. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO DO EX-ESPOSO CARACTERIZADO. CPC, ARTS.499 E 47, PARÁGRAFO ÚNICO. NULIDADE PROCESSUAL DECRETADA. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Recurso Especial nº116.879-RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j.27/9/2005).

⁴⁴² LOBO NETTO, Paulo. **Direito Civil**: parte geral. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.311.

⁴⁴³ CAHALI, Yuseef Said. **Fraude contra credores**. 5.ed. São Paulo: RT, 2013, p.59.

conforme esclarece Cândido Dinamarco, conduzem “à aceitação de um fato controvertido como existente, sem que esteja provado e até que o contrário venha sê-lo”. Equivale dizer, uma vez imperada a presunção no caso concreto, comprovado estará o direito do cônjuge vítima da fraude, até que o fraudador prove cabalmente o contrário, pois não dependem de prova os fatos em cujo favor milita a presunção legal de existência ou de veracidade (CPC 1973, art.334, IV – CPC 2015, art.374, IV).

Rolf Madaleno com razão assevera que a vida pregressa dos cônjuges também contribui muito na apreciação da simulação, principalmente quando se tratam de indivíduos desonestos, sendo além desse outros fortes indícios as transações ocorridas às vésperas do divórcio; as alienações de bens sem a efetiva tradição do bem alienado; compra e venda e empréstimos entre parentes e amigos próximos; alienação das quotas da empresa, sem a efetiva desvinculação do consorte, entre outros estratégias realizados com objetivo de produzir efeito diverso do ostensivamente indicado.⁴⁴⁴

Em suma, se o conjunto de indícios foram sérios, contundentes e harmônicos entre si, certamente formaram elementos de convicção a evidenciar a simulação, a qual quando utilizada como artimanha para desviar os bens comuns ou ocultar o conteúdo real do ato praticado e dificultar a prova de violação da ordem jurídica, deve ser descaracterizada, porquanto veda, ou no mínimo, pretende vedar diretamente a lei imperativa que garante à meação oriundo do regime de bens adotado pelo casal no início das núpcias,⁴⁴⁵ e mais que isso, ferem as regras gerais de boa-fé objetiva, pelo nítido enriquecimento ilícito.

⁴⁴⁴ MADALENO, Rolf Hanssen. **A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no direito de família e no direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.312-318.

⁴⁴⁵ RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ART.535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. SIMULAÇÃO. MANIFESTA FRAUDE À LEI IMPERATIVA. VIOLAÇÃO DO DIREITO À MEAÇÃO. PARTILHA DISSIMULADA. ALIENAÇÃO FICTÍCIA DO PATRIMÔNIO. PREÇO VIL. AÇÃO PAULIANA. VIA PRÓPRIA. ADEQUAÇÃO. 1. Cuida-se de ação ordinária proposta contra o ex-marido da autora e seus respectivos irmãos com a finalidade de obter declaração de nulidade de compra e venda de bens que deveriam ter sido partilhados ante o direito à meação em virtude do fim do casamento submetido ao regime de comunhão parcial de bens. 2. Há simulação quando, com intuito de ludibriar terceiros, o negócio jurídico é celebrado para garantir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem ou transmitem. 3. O patrimônio do casal beligerante foi transferido pelo varão a seus irmãos, por preço fictício, pouco antes da separação de corpos do ex-casal, tendo retornado ao então titular logo após a sentença de separação judicial e do julgamento do recurso de apelação pelo tribunal de origem. 4. A alienação forjada é, sobretudo, uma violação da ordem pública, podendo ser reconhecida em ação pauliana. 5. Recurso especial provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j.21/10/2014).

8.1.6 Compensação ou indenização do montante correspondente aos bens excluídos ilicitamente da partilha

Quando diante do desvio patrimonial o cônjuge trapaceado não tiver interesse de ser contemplado com algum dos bens removidos do acervo comum, lhe é permitido requerer no processo de partilha a correspondente compensação com os bens remanescentes, ou ainda, a fixação de uma indenização no valor equivalente ao que teria direito sobre os bens sonogados, como, aliás, foi procedido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação Cível nº70051437192.⁴⁴⁶

Apesar de já haver julgados reconhecendo a jurisdição e competência da autoridade brasileira para processar e julgar pedido de partilha de bem comum localizado no exterior⁴⁴⁷, sobretudo quando estão sediados no Uruguai, pois a legislação do país entende ser realmente competência da Justiça brasileira (Código Civil uruguaio, art.2.397⁴⁴⁸), a equalização é um meio bastante útil quando existe patrimônio comum constituído ou remetido para o estrangeiro, podendo ser efetivada pela direta compensação com outros bens do casal ou através do pagamento do montante, exatamente como ocorre ordinariamente nas hipóteses de impossibilidade de entrega do bem ou extinção do condomínio, quando então, aquele que deseja

⁴⁴⁶ APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO. PARTILHA. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. PATRIMÔNIO ADQUIRIDO E REGISTRADO EM NOME DE TERCEIROS – FAMILIARES DE AMBOS OS CÔNJUGES – COMPENSAÇÃO E INDENIZAÇÃO. Nos casamentos celebrados sob regime da comunhão parcial de bens, todo o patrimônio adquirido onerosamente durante sua vigência, que não decorrer de sub-rogação, deverá integrar a partilha. No caso dos autos, considerando que todos os bens, tanto móveis quanto imóveis, foram registrados em nome de terceiros, estranhos à lide, a partilha deverá observar a compensação do patrimônio registrado no nome dos familiares de um ou outro cônjuge e a diferença deverá ser objeto de indenização da quota parte devida. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 8ª Câmara Cível. Apelação Cível nº70051437192, Rel. Alzir Felipe Schmitz, j.07/02/2013).

⁴⁴⁷ Nesse sentido: RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. AÇÃO DE DIVÓRCIO. PARTILHA DE BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO E, APÓS, O CASAMENTO. BENS LOCALIZADOS NO EXTERIOR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA BRASILEIRA PARA A DEFINIÇÃO DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES RELATIVOS AO DESFAZIMENTO DA INSTITUIÇÃO DA UNIÃO E DO CASAMENTO. OBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO PÁTRIA QUANTO À PARTILHA IGUALITÁRIA DE BENS SOB PENA DE DIVISÃO INJUSTA E CONTRÁRIA ÀS REGRAS DE DIREITO DE FAMÍLIA DO BRASIL. RECONHECIMENTO DA POSSIBILIDADE DE EQUALIZAÇÃO DOS BENS. PRECEDENTE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 1410958/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Paulo e Tarso Sanseverino, j.22/04/2014).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO E PARTILHA. BEM COMUM LOCALIZADO NO EXTERIOR. A autoridade judiciária brasileira tem jurisdição e competência para processar e julgar pedido de partilha de bem comum localizado no exterior. Precedente jurisprudencial do STJ. NEGARAM PROVIMENTO. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº70063643209, Oitava Câmara Cível, Rel. José Pedro de Oliveira Eckert, j.23/04/2015).

⁴⁴⁸ "Las relaciones de bienes entre los esposos se determinan por la ley del Estado del primer domicilio matrimonial en todo lo que no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de los bienes, sobre materia de estricto carácter real."

permanecer com o patrimônio, o que se presume no caso de ato fraudulento, paga a diferença da meação daquele que deixar de receber o bem em espécie.⁴⁴⁹

Quando os cônjuges casam no Brasil, esta solução tem amparo legal nos arts.7º, §6º, e 9º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, cujos dispositivos indicam, respectivamente, que o regime de bens, legal ou convencional, obedece à lei do país em que os nubentes tiverem domicílio, como reconhece que para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem, sendo, portanto, no caso de inviabilidade de o Judiciário Brasileiro interferir na esfera jurisdicional de outro país, a compensação ou a indenização a medida que se impõe, porquanto no regime de comunhão de bens o patrimônio amealhado pelo casal deve ser partilhado de forma equânime e decidir de forma diversa tornaria a divisão injusta e contrária à lei.⁴⁵⁰

8.2 Após a homologação da partilha de bens

8.2.1 Ação anulatória: defeitos do negócio jurídico e desproporção severa

Em que pese não seja objeto deste trabalho, vale constar que uma vez homologado o acordo de partilha de bens, poderá ser invalidado quando presente um dos defeitos do negócio jurídico, entre os quais incluímos a ausência de conhecimento da integralidade do patrimônio no momento da convenção, a qual na integralidade das vezes acarreta um catastrófico desequilíbrio patrimonial.

A invalidação da partilha é permitida pela regra exposta no art.486 do Código de Processo Civil, cujo dispositivo expressa que “os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.” Essa regra parece ter sido repetida no art.966, §4º, da Lei nº13.105/2015: “os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei.” Ou seja, a que tudo indica seguirá a ação anulatória sendo um meio de atacar as partilhas viciadas e

⁴⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.410.958/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j.22/04/2014.

⁴⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.410.958/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j.22/04/2014.

convencionadas pelas partes, pois, muito embora siga no mesmo capítulo da ação rescisória, há muito já diagnosticado que se tratam de institutos distintos.

Sobre esta distinção, esclarece Márcia Dinamarco que, se a parte impugna a transação em virtude de um vício na sua formação, o caminho adequado é a ação anulatória, mas, quando esse vício for do ato homologatório da transação, a ação cabível é a rescisória.⁴⁵¹ Por seu turno, a ação anulatória visa atacar o ato processual da parte, o acordo em si, isto é, as normas de direito material do ordenamento jurídico.

Tanto se tratam de institutos diferentes que as regras procedimentais são distintas, a começar pela legitimidade, pois são legítimos a propor a ação anulatória aqueles que possuam interesse e legitimidade processual, de acordo com art.3º do Código de Processo Civil, não havendo nenhuma correspondência com o rol dos legitimados para a ação rescisória constante no art.487 do mesmo diploma legal. De outra banda, o prazo decadencial da anulatória, diferente da rescisória, é regido pelas normas de direito material, sendo de quatro anos, como rege o art.178 do Código Civil⁴⁵², contudo, quando a pretensão for a anulação de partilha de bens homologada judicialmente, o prazo é de um ano, como determina o art.2.027 do Código Civil e o art.1.029 do Código de Processo Civil (norma reiterada no art.656 da Lei nº13.105/2015).⁴⁵³

Sobre referido dispositivo legal, comenta Fabrício Zamprogna Matiello, que o cônjuge interessado na invalidação da partilha

deve ajuizar a ação cabível no prazo de um ano, pois do contrário o direito se extinguirá pela decadência e a divisão patrimonial não mais estará sujeita a desfazimento. O prazo fixado neste artigo começará a fluir da data do trânsito em julgado: a) da decisão homologatória da partilha amigável; b) da sentença que julga a partilha, na hipótese de não haver acordo entre os herdeiros.⁴⁵⁴

Ainda no tocante ao prazo do art.2.027 do Código Civil, Rolf Madaleno afirma ser aplicável invariavelmente às partilhas homologadas nos processos de divórcio com divisão de bens,⁴⁵⁵ cuja regra não recairá quando o acordo de partilha for celebrado em tabelionato, nos termos na Lei nº11.441, de 04 de janeiro de 2007, pois são típicos negócios jurídicos

⁴⁵¹ DINAMARCO, Márcia Alves. Transação – cabimento de ação rescisória ou anulatória. **Revista de Processo**, São Paulo, n.128, ano 30, out. 2005, p.301.

⁴⁵² LERRER, Geliye Jakobson. **Ação anulatória**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.98.

⁴⁵³ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. APL: 00073792720108260168 SP 0007379-27.2010.8.26.0168, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Luiz Antonio de Godoy, j.18/02/2014, DJ: 19/02/2014; BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Quarta Turma, REsp. nº 83.642 SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j.12/3/96, DJ: 29/4/96, p.13.424.

⁴⁵⁴ MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Código civil comentado**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2005, p.1.297.

⁴⁵⁵ MADALENO, Rolf Hanssen. **Curso de direito de família**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.338.

administrativos, portanto anuláveis de acordo com art.171 do Código Civil, em demanda de rito ordinário e decadência de quatro anos.⁴⁵⁶

Para a procedência da ação anulatória, necessário restar comprovado o vício que maculou a transação e o desequilíbrio patrimonial, podendo inclusive ser anulada quando a severa desproporcionalidade da partilha causar ofensa à sua dignidade do consorte, consoante decidiu o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº1.200.708/DF, sendo “o critério de considerar violado o princípio da dignidade da pessoa humana apenas nas hipóteses em que a partilha conduzir um dos cônjuges à situação de miserabilidade não pode ser tomado de forma absoluta.”, pois conforme relata a Ministra Nancy Andrighi, “há situações em que, mesmo destinando-se a um dos consortes patrimônio suficiente para a sua sobrevivência, a intensidade do prejuízo por ele sofrido, somado a indicações de que houve dolo por parte do outro cônjuge, possibilitam a anulação do ato.”⁴⁵⁷

8.2.2 Ação de sobrepartilha de bens no Direito de Família

A ação de sobrepartilha de bens tem como finalidades principais evitar o enriquecimento ilícito com o descobrimento de bens depois de homologada a precedente partilha ou dar celeridade às partilhas que envolvam bens litigiosos e de difícil liquidação, assim como aqueles situados em lugar remoto da sede do juízo.

Criada no âmbito do Direito Sucessório, além das hipóteses previstas em lei⁴⁵⁸, a sobrepartilha tem cabimento quando houver a sonegação de bens e como são aplicadas às partilhas decorrentes do divórcio as regras pertinentes ao processo de inventário, as omissões dolosas e fraudulentas cometidas no momento das dissensões conjugais igualmente dão azo ao sobrepartilhamento, cuja demanda tem com previsão legal o art.2.022 do Código Civil e no art.1.040, I, do Código de Processo Civil, previsto com igual redação no Código de Processo Civil de 2015, no art.669, I.

A sobrepartilha nada mais é do que uma nova partilha, iniciada para dar destino aos bens comuns não partilhados anteriormente, podendo, inclusive existir tantas sobrepartilhas quantas forem necessárias à contemplação da integralidade do patrimônio inventariado ou partilhado.

⁴⁵⁶ FARIAS, Christiano Chaves de. **O novo procedimento da separação e do divórcio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.31.

⁴⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1.200.708/DF, Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi, j.04/11/2010.

⁴⁵⁸ Art.1.040 do CPC. Ficam sujeitos à sobrepartilha de bens: I. sonegados; II. da herança que se descobrirem depois da partilha; III. Litigiosos, assim como os de liquidação difícil ou morosa; IV. Situados em lugar remoto da sede do juízo onde se processa o inventário.

Quanto ao procedimento, deve sempre ser seguido os moldes do processo de inventário,⁴⁵⁹ mas ainda que inventário ou processo de partilha tenha sido judicial, é possível que a sobrepartilha seja efetivada por escritura pública, exigindo, neste caso, o consenso entre os interessados.

O prazo prescricional é de dez anos, de acordo com o art.205 do Código Civil, a contar do momento em que o cônjuge toma conhecimento da existência do bem sonegado ou desconhecido (CC, art.189).

O cabimento da sobrepartilha nas ações de Direito de Família é matéria pacífica, mas diverge a doutrina e a jurisprudência sobre a necessidade ou não da prova do vício de consentimento ou do desconhecimento efetivo do bem no momento da divisão quando celebrado por convenção, cujo requisito, evidente que se faz necessário, sob pena de comprometer a segurança jurídica dos acordos de partilhas, quando, não raro, as partes envolvidas, maiores e capazes, no pleno exercício da autonomia da vontade e acompanhado de advogados especialistas no assunto, optam por excluir um ou outro bem do rol de bens partilháveis a fim de acomodar interesses e utilidade do patrimônio, e na sequência, dotados de má-fé, pretendem seu quinhão sob o marcado processo de sobrepartilha. Nesse sentido, foi o entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça, ao afirmar no julgamento do Recurso Especial nº1.204.253/RS que o prévio conhecimento sobre a existência do bem é suficiente para afastar a sonegação e, por consequência, indeferir a divisão das quotas societárias que a esposa pretendia sobrepartilhar.

Obviamente que esta medida somente se justifica quando, de fato houver a sonegação de bens. Contudo, difícil realmente injusta é a situação do consorte vítima da fraude, pois além de ter de mover um pesado e custoso processo de sobrepartilha, após sofrer prejuízos de grande monta, a começar por não ter usufruído do bem, tem apenas sua devassada meação garantida.

8.2.3 Ação de indenização dos frutos recebidos pelo bem sonegado e arbitramento de aluguéis

Ao tratar da copropriedade, dispõe o art.1.326 do Código Civil que não havendo disposição em contrário, os frutos da coisa comum serão partilhados na proporção dos quinhões. E, ainda que divirja a doutrina sobre o estado dos bens do casal enquanto não operada a partilha

⁴⁵⁹ CAHALI, Francisco José Cahali; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3.ed. São Paulo: RT, 2007, p.419.

de bens, é inegável que perdura a cotitularidade dos bens comuns, sendo, portanto, aplicáveis as regras que regem o instituto do condomínio.

Isso faz todo sentido, pois condomínio é a propriedade de mais de uma pessoa sobre a mesma coisa⁴⁶⁰, como ocorre com a mancomunhão, que na realidade nada mais é que um condomínio de mão única ou fechada, de propriedade do casal.

A aplicação das regras do condomínio no Direito de Família é matéria pacífica e orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, como pode ser visto no julgamento do Recurso Especial nº983.450/RS, onde restou estabelecido que "enquanto não dividido o imóvel, a propriedade do casal sobre o bem remanesce, sob as regras que regem o instituto do condomínio, notadamente aquela que estabelece que cada condômino responde aos outros pelos frutos que percebeu da coisa, nos termos do art.1.319 do CC/02."⁴⁶¹

Nesse contexto, nada mais razoável do que o cônjuge fraudador que recebeu integralmente frutos do bem comum sonogado ser condenado a restituir mediante indenização ao outro, ou a pagar valores a título de aluguel pelo uso exclusivo durante o período da sonegação, independentemente, nestes casos, de não ter ocorrido a partilha, como inclusive já fez o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº436.935/RS.⁴⁶²

8.2.4 Ação de responsabilidade civil por ato ilícito de atribuição de valores irreais aos bens partilháveis

Yussef Said Cahali lembra que além dessas conhecidas soluções, a jurisprudência ainda admite a ação de responsabilidade civil por ato ilícito contra o ex-cônjuge que atribuiu valores irreais aos bens partilhados, cuja demanda lembra não ser nada mais do que a típica indenização por ato ilícito, fundamentada no art.927 do Código Civil.⁴⁶³

⁴⁶⁰ LOPES, João Batista. **Comentários ao Código Civil**. v.XVII. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.86-87.

⁴⁶¹ BRASIL. REsp 983.450/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j.02/02/2010.

⁴⁶² CIVIL. SEPARAÇÃO CONSENSUAL. IMÓVEL COMUM NÃO PARTILHADO. USO EXCLUSIVO. UM CÔNJUGE. INDENIZAÇÃO. PAGAMENTO. POSSIBILIDADE. HIPÓTESE DIVERSA. DECISÃO AMPARADA EM AVENÇA FIRMADA NA SEPARAÇÃO CONSENSUAL. 1 – Segundo decidido pela Segunda Seção, o imóvel comum do casal, que não foi objeto da partilha, quando da separação consensual, na hipótese de uso exclusivo por um dos cônjuges, dá ao outro o direito de receber indenização, porquanto, neste caso, não subsiste mais a mancomunhão, mas, simplesmente, um condomínio, regido pelas normas que lhe são pertinentes e não pelo direito de família. 2 – No caso, entretanto, a controvérsia foi decidida com apoio na avença firmada entre as partes, no processo de separação consensual, não havendo – rigorosamente – identidade fática com as hipóteses colacionadas, até porque o óbito do autor da demanda trouxe para o pólo ativo da causa as filhas do casal, descortinando outro e diferente debate. 3 – Recurso especial não conhecido". (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. REsp436.935/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 27/09/2005, DJ: 17/10/2005, p.296).

⁴⁶³ CAHALI, Yussef Said. **Separações conjugais e divórcio**. 12.ed. São Paulo: RT, 2011, p.710.

Não se trata nem de perto de um pedido de anulação de partilha, mas de alteração do valor econômico maliciosamente estabelecido em fraude à divisão já ocorrida e da equiparação mediante indenização.

8.3 Aplicação da pena de sonegados nas partilhas judiciais decorrentes da dissolução do casamento

Quando se tratar de omissão dolosa de patrimônio comum durante o processo judicial de partilha decorrente do divórcio – e ainda que a partilha seja consensual –, em que pese haja resistência da doutrina e da jurisprudência, viável a aplicação de pena de sonegados ao cônjuge fraudador. Além de ser um instituto específico do partilhamento de bens que visa garantir a equânime divisão patrimonial e coibir a fraude, ocorrente com muito mais frequência nos divórcios aos inventários *causa mortis*, este entendimento é alcançado mediante uma interpretação sistemática e finalística da norma substancial e do artigo de reenvio (CPC 1973, art.1.121, §1º; CPC 2015, art.731, parágrafo único), cuja técnica legislativa remete a um outro contexto normativo para evitar repetições.

Antes de ingressar nas regras de hermenêutica, importante esclarecer que assim como a herança, os bens conjugais – quando o casal adota o regime da comunhão de bens – formam uma universalidade, ou total quando universal, ou limitadamente abrangendo somente certa classe de bens, quando parcial.⁴⁶⁴ Decorrência inevitável da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, seja pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, como dispõem os incisos I e IV do art.1.571 do Código Civil, é o inventário e a partilha dos bens, cujo procedimento único que se aplica em ambas as situações está situado no Direito das Sucessões por uma única razão: foi a morte o primeiro motivo histórico ensejador da divisão patrimonial.

Equivale dizer, as normas substanciais e procedimentais presentes no Título IV, Capítulos I a VII, do Código Civil não são exclusivas ao Direito das Sucessões⁴⁶⁵, mas de qualquer espécie de inventário e partilha, pois conforme já mencionado “uma norma jurídica

⁴⁶⁴ BEVILAQUA, Clóvis. **Direito de Família**. Recife: Contemporânea, 1905, p.244.

⁴⁶⁵ Em sentido contrário, Washington de Barros Monteiro: “não cabe a pena de sonegados fora do inventário por morte. Trata-se de instituto peculiar ao direito das sucessões. Só tem aplicação, portanto, nos casos de herança, tornando-se inadmissível a cominação se se cuidar de inventário consequente à separação, amigável ou judicial” (Direito de Família p.272). Essa também a opinião de Orlando Gomes: “Observe-se, por fim, que a ação de sonegados é inadmissível no inventário decorrente de separação ou divórcio, porquanto se destina a imposição de pena cabível unicamente na sucessão hereditária”. (Direito de família, p.282). E ainda de Yussef Cahali: “tenho que não há lugar à pena de sonegados senão no direito da sucessão *causa mortis* [...]” (CAHALI, Yussef Said. **Separações conjugais e divórcio**. 12.ed. São Paulo: RT, 2011, p.711).

qualifica-se por seu objeto e não por sua localização neste ou naquele corpo de lei.”⁴⁶⁶ Como melhor explica Miguel Reale, o que efetivamente caracteriza uma norma jurídica é “o fato de uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória.”⁴⁶⁷

A norma jurídica é produto social e cultural. Portanto, indispensável ao interpretá-la que se busque seu real significado, sentido ou finalidade para a vida real, tocando ao intérprete buscar, dentro dos pensamentos possíveis, o mais apropriado, correto, útil e jurídico sentido e alcance da norma.⁴⁶⁸

As circunstâncias previstas pela norma, que em tempo de antanho se limitava a sucessão hereditária, constituem a *fattispecie* abstrata da norma, a qual relaciona uma consequência. Quando, após a interpretação, verifica-se que em um caso concreto estão presentes as condições indicadas em abstrato pela norma, ou seja, quando há correspondência entre a *fattispecie* concreta e a *fattispecie* abstrata, àquele determinado caso igualmente se aplicam as regras e consequências dispostas naquela norma. Como nem sempre a norma está deduzida em um único artigo mas na combinação de dois ou mais enunciados, é considerada o resultado da coligação entre as disposições de vários artigos em uma perspectiva unitária e sistemática do ordenamento.⁴⁶⁹ Exatamente como ocorre com as diretrizes do inventário e partilha em relação ao divórcio. Como o direito é um fenômeno histórico-cultural, fato nenhum deve ser analisado isolado e ilhado naquela moldura que se desenhou (partilha somente em decorrência da morte), pois sempre dependerá de uma análise que alcança os horizontes do passado e que acompanha as mudanças e necessidades do cotidiano.⁴⁷⁰

Aliás, a não repetição das normas do inventário e partilha no divórcio para simplesmente remetê-lo pela norma processual do art.1.121, parágrafo primeiro, do Código de Processo Civil (CPC 2015, art.731, parágrafo único), cujo artigo de reenvio deve ser interpretado de forma extensiva, já aponta a técnica legislativa de indicar outras consequências dessa proposição sistemática da partilha e do inventário no divórcio. Evidentemente, não só as leis processuais regulam o processo de divisão patrimonial, mas também as descritas no Código Civil, entre as

⁴⁶⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.111.

⁴⁶⁷ REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.95.

⁴⁶⁸ MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25.ed. São Paulo: RT, 2000, p.370.

⁴⁶⁹ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.256-257.

⁴⁷⁰ CAHALI, Francisco José Cahali; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3.ed. São Paulo: RT, 2007, p.13.

quais se encontram as regras dos sonegados, pois a finalidade de toda e qualquer partilha, assim como da própria pena de sonegação, é uma só, garantir a igualdade da divisão dos bens e proteger não só os herdeiros e a viúva, mas todos os interessados na partilha de bens.

Portanto, não se pretende neste trabalho aplicar a pena de sonegação prevista no art.1.992 do Código Civil de forma isolada e analógica às partilhas judiciais oriundas do divórcio, pois sabidamente este entendimento esbarraria na impossibilidade de aplicação extensiva de norma sancionatória e restritiva de direito. Pretende-se, isso sim, expor o entendimento de que *a integralidade das normas de inventário e partilha se aplicam como um todo aos divórcios*, no que for pertinente e de acordo com a finalidade do instituto, tendo em vista ser o ordenamento jurídico um sistema, onde necessária a análise à luz do método lógico-sistemático, bem como de acordo com os elementos teleológicos e com os fatores sociais, pois preocupa-se a hermenêutica com a interpretação que conduza a melhor consequência para a coletividade.⁴⁷¹ Seguramente, é mais lógico e eficiente interpretar como existente somente um único regramento para os processos de partilha, para qualquer espécie e origem de divisão patrimonial, com todas as garantias e sanções aplicáveis à instituição. Ora, se justamente nas partilhas do divórcio é onde ocorre o maior número de ilícito escoamento patrimonial, com mais rigor ainda deve ser aplicada a pena de sonegação, como todas as demais regras que visam alcançar a mais justa e equânime distribuição de bens.

A interpretação lógica-sistemática advém do fato de a norma nunca estar sozinha, pois ela existe e insere-se organicamente em um sistema, que é o ordenamento jurídico, onde vive em mútua dependência com as demais regras do direito.⁴⁷² Este exame conjunto é indispensável, pois como explica Carlos Maximiliano, todo corpo possui órgãos diversos,

porém a autonomia das funções não importa em separação; operam-se, coordenados, os movimentos, e é difícil, por isso mesmo, compreender bem um elemento sem conhecer os outros, sem os comparar, verificar a recíproca interdependência, por mais que à primeira vista pareça imperceptível. O processo sistemático encontra fundamento na lei da solidariedade entre os fenômenos coexistentes.⁴⁷³

Se cada preceito é membro de um grande todo – ordenamento jurídico –, o exame em conjunto da universalidade dos princípios e das regras da partilha de bens levam a uma única

⁴⁷¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.133.

⁴⁷² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.123.

⁴⁷³ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 105.

conclusão lógica, à aplicação moderna do processo tradicional, porém com amplitude maior do que a de outrora. Assim estar-se-á atendendo a conexidade entre as partes da Lei Civil e entre esta e outras prescrições da mesma legislação, como também do Código de Processo Civil que regula a matéria. É com esta interpretação sistemática que se encontra uma base segura para o alcance do fim pretendido para todas as espécies de partilhas de bens, dando-lhe coerência, já que o procedimento previsto em diversos dispositivos legais é único: o processo de inventário e partilha, localizado no Livro do Direito das Sucessões.

Não pode ser outro o raciocínio senão o dedutivo, já que o processo lógico tem mais valor do que o simplesmente verbal, como inclusive já aconselhavam os textos positivos antigos: “deve-se evitar a supersticiosa observância da lei que, olhando só a letra dela, destrói a sua intenção.”⁴⁷⁴ De sorte que não pode ser apenas pelo fato de a ação de sonogados estar inserida dentro do Título de inventário e partilha, que por sua vez situa-se dentro do Direito Sucessório, ou ainda porque os dispositivos fazem menção ao herdeiro e não ao cônjuge meeiro, que seria legítimo concluir que a lei tenha a intenção de excluir a sanção logo nas partilhas mais fraudulentas, como ocorre no divórcio. Esta singela construção de completo isolamento no ambiente onde vigora a norma deixaria de atender à finalidade da norma e outras necessidades da vida e às exigências da atualidade.

Se o verdadeiro espírito da norma é a proteção dos interessados na partilha, a garantia da equidade de quinhões e a repressão dos atos contrários ao senso ético da sociedade, outra não pode ser a interpretação senão a partir do fim prático e social a que ela se destina⁴⁷⁵, mormente porque, somado aos demais, tem o escopo constitucional de proteger a dignidade da pessoa humana dos integrantes da família e resguardar a boa-fé objetiva nas relações familiares.

E ainda que se entenda ser uma interpretação extensiva, nem mesmo este argumento serviria para excluir a pena de sonogados aos cônjuges, pois conforme alerta Carlos Maximiliano, existem duas espécies de exegese ampla: a extensiva por força de compreensão e indução, e a extensiva por analogia. O raciocínio aqui exposto se enquadraria na primeira opção, primeiro porque o processo análogo não trata de hermenêutica; de forma de interpretação, mas de aplicação do direito; e segundo porque a interpretação extensiva por força da compreensão,

⁴⁷⁴ Assento 345, de 17 de agosto de 1811; Assento 358, de 10 de junho de 1817. (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.101).

⁴⁷⁵ Este é o preceito do art.5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ao dispor que na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se propõe.

apesar de não se ater às palavras, retira da norma o seu sentido integral, ou seja, deduz o preceito para cuja efetividade o dispositivo fora elaborado.⁴⁷⁶ E esta segunda razão, nada mais é do que a exegese estrita, que declara o sentido exato e finalístico da norma, admissível, no entanto, nas disposições punitivas.⁴⁷⁷

Com base nesta lógica, já houve inclusive o vencimento contra os excessos fetichistas da palavra escrita das disposições acerca dos sonegados no tocante à incidência sobre a meação do cônjuge não herdeiro quando omitir dolosamente bens do inventário *causa mortis*. Esta correta responsabilização, conforme já abordada, decorre, sem dúvida alguma, da interpretação sistemática e teleológica da norma, pois, conforme ressalva Sílvio de Salvo Venosa, não é possível extrair do conceito de sonegação a restrição das pessoas que podem ou não serem penalizadas pela ocultação dos bens.⁴⁷⁸

A propósito, muito embora não tenha entrado no mérito da questão, o Tribunal de Justiça de São Paulo manteve uma decisão proferida pelo Juiz Mário Sérgio Menezes, da 3ª Vara Cível de Limeira, que reconheceu o interesse de agir e a legitimidade da ex-mulher em ação de sonegados movida contra o ex-marido, pois segundo corretíssimo entendimento do Desembargador Relator Arthur Guércio,

tanto a legislação relativa à matéria, como a doutrina correspondente, têm por finalidade punir o ato culposos ou doloso de omitir bens que deveriam integrar o monte partilhável. Assim vistas as coisas, temos que a conclusão encontrada pelo Douto Juízo *a quo*, relacionada à rejeição das preliminares de ilegitimidade de causa e falta de interesse de agir deve prevalecer, na medida em que a agravada busca a paridade que deve reinar na partilha dos bens do casal.⁴⁷⁹

Como visto, a arte de interpretar leis é uma capacidade especial acerca da atilada reflexão hermenêutica do conteúdo da norma que analisa e da mensagem pretendida pelo legislador. A interpretação não é nenhuma leitura ingênua, nem desatenta, nem mecânica da lei, mas um reconhecimento da sua estrutura, ou seja, da forma, do conteúdo e, principalmente, do lugar que esta lei ocupa no mundo e do lugar que o mundo ocupa na lei.⁴⁸⁰ Interpretar consiste em estabelecer o significado e o alcance da norma, pela qual possível se torna compreender no caso

⁴⁷⁶ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.165.

⁴⁷⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.165.

⁴⁷⁸ VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito civil** – direito das sucessões. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.353.

⁴⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº9039351-85.2004.8.26.0000, 7ª Câmara de Direito Privado, j.11/05/2005. Esse julgamento foi confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp nº865.435/SP).

⁴⁸⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder**. São Paulo: RT, 2011, p.394.

que não só as regras do procedimento do inventário e partilha se aplicam à divisão dos bens conjugais em vida, mas igualmente todas aquelas de caráter substancial ou mesmo procedimentais prevista no Código Civil, as quais inclusive há muito já são aplicadas, como ocorre, por exemplo, com a decadência ânua (CC, art.2.029)⁴⁸¹; a possibilidade de celebração de partilha administrativa (CC, art.2.015); a venda judicial, no caso de não haver possibilidade de divisão cômoda dos bens (CC, art.2.019), a submissão à sobrepartilha de bens (CC, art.2.022) e às regras do condomínio (CC, art.1.791, parágrafo único), o princípio da maior igualdade patrimonial (CC, art.2.016), entre outros.

Se todos os preceitos – sejam materiais ou processuais – são aplicados para garantir a mais justa partilha de bens no divórcio, não há como afastar a útil e pedagógica pena de sonegação, pois igualmente existe para coibir e prevenir o ilícito e muito comum esvaziamento no decorrer da preparação da partilha, seja ela conjugal ou sucessória. Afinal, se os princípios fundamentais e estruturais da Lei Civil são a eticidade, a socialidade e a operabilidade que visam, respectivamente, inserir os valores éticos no ordenamento jurídico; superar o manifesto caráter individualista da lei; estabelecer soluções normativas para facilitar a interpretação e aplicação do direito; e ser o constante valor dado à boa-fé o grande diferencial da atual codificação⁴⁸², então outra não pode ser a conclusão senão a aplicação das mesmas regras em qualquer espécie de partilha. Afinal, além de um contrassenso, seria muito cômodo ao potencial fraudador ter o conhecimento de que o descumprimento das regras básicas da boa-fé – omissão e desvio do patrimônio comum – apenas lhe acarretará, na eventual descoberta do cônjuge ludibriado, uma simples sobrepartilha de bens e nada mais.

8.4 Sugestão de alteração legislativa para aplicação da pena de sonegação nas partilhas decorrentes da dissolução do vínculo conjugal

Muito embora seja plenamente aplicável a pena de perdimento de bens às partilhas decorrentes dos divórcios, pela interpretação sistemática e teleológica da norma, como visto logo

⁴⁸¹ Prazo para o ajuizamento da ação buscando a anulação da partilha amigável realizada no âmbito da ação de divórcio. Partilha que deve seguir a forma prevista no art.982 e seguintes do CPC. Prazo de um ano para o ajuizamento da demanda. Aplicação do disposto no art.1.029, par. único, do CPC e art.2.027, par. único do Código Civil. Prazo, que é decadência, já operado. Precedente do Tribunal. (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 3ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível: 000444283.2012.8.26.0100, Rel. Donegá Morandini, j.11/06/2013).

⁴⁸² REALE, Miguel. (Coords.) REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith. **História do novo Código Civil**. São Paulo: RT, 2005.p.37-41.

acima, propõe-se aqui, em prol da maior segurança jurídica do instituto, as alterações legislativas entendidas como viáveis e benéficas aos cônjuges e à sociedade em geral.

A mudança que se faz necessária é no âmbito do direito material para constar expressamente a aplicação de todas as regras do inventário e da partilha, inclusive, sobre a pena de sonegados nas partilhas de bens decorrentes dos desenlaces conjugais, sendo a sugestão a inclusão de um novo parágrafo no art.1.575 do Código Civil, para constar:

Art.1.571. A sentença de separação judicial importa a separação de corpos e a partilha de bens.

§1º A partilha de bens poderá ser feita mediante proposta dos cônjuges e homologada pelo juiz ou por este decidida.

§2º *Aplica-se nas partilhas decorrentes do divórcio, no que couber, às regras existentes no Livro V, Título IV deste Código, inclusive dos sonegados, previstas nos arts 1.992 a 1996.*

Essa simplória mudança sepultaria de uma vez por todas o argumento de se tratar de um instituto exclusivo do Direito das Sucessões e principalmente, o fundamento mais utilizado da suposta impossibilidade de aplicação extensiva de norma restritiva de direitos, justificando, portanto, a modificação sugerida.

Desta forma, solucionada estaria a situação dos cônjuges que atualmente enfrentam desgastantes combates judiciais e a resistência do Judiciário em punir os protagonistas das fraudes patrimoniais. Ademais, esta sugerida modificação, em virtude do caráter coercitivo e preventivo da punibilidade, será produtiva, pois proporcionará ao pretense fraudador a reflexão sobre o ilícito e suas consequências, gerando, ao que se espera, a abstenção da sonegação.

9 CONCLUSÃO

A presente pesquisa pretendeu demonstrar o aumento desenfreado das fraudes patrimoniais, em face da evolução da família e a substituição dos longos e intermináveis matrimônios por casamentos passageiros que terminam, na maioria das vezes, sem o bom senso e, mais grave, distantes da boa-fé objetiva que devem dirigir do início ao fim as relações familiares. Como forma preventiva, o foco foi demonstrar a viabilidade de aplicação da pena de sonegados nas partilhas efetuadas nos processos de divórcio, pois esta medida educativa, prevista dentro do Livro V, Título IV, assim como todas as demais regras do inventário e da partilha, incidem em qualquer espécie de partilha.

Para tanto, foi abordada a evolução história com intuito de demonstrar que junto com a independência feminina e com a tolerância do divórcio são raros os casamentos sem fim. Ante esta triste constatação, buscou-se resgatar os princípios elementares do direito patrimonial familiar, esquecido não só pelos cônjuges no momento de mágoa e de ódio pela derrocada conjugal, mas por advogados e magistrados quando instados a solucionar questões pertinentes às partilhas de bens. Como o regime de bens é o instituto que estabelece as normas materiais e patrimoniais no casamento, foram expostas suas diferentes espécies e alguns pontos que geram divergência na doutrina e jurisprudência.

Na busca de demonstrar que, na realidade, partilha é partilha, seja na sucessão ou no divórcio, foram apresentados o conceito, as espécies e o procedimento de partilha com enfoque no divórcio. Assim, como abordado o instituto de sonegados e os defeitos do negócio jurídico na partilha de bens, que apesar de não ser objeto desta dissertação, é origem de inúmeras fraudes patrimoniais.

Ainda, para deixar clara a necessidade de medidas preventivas e corretivas na seara patrimonial familiar, explorou-se as principais e mais utilizadas formas de omissão dolosa de bens, e as poucas e nem sempre eficientes ferramentas jurídicas existentes para diminuir o risco da fraude – durante o processo de divórcio – ou amenizar o prejuízo após concretizado o escoamento patrimonial.

Com o uso da interpretação sistemática, lógica e finalística – não analógica – buscou-se demonstrar a possibilidade de aplicação da pena de sonegados nas partilhas decorrentes de divórcio, pois se o ordenamento jurídico é um sistema e as normas devem ser interpretadas conjuntamente para atingir sua finalidade e melhor funcionalidade social, outra não pode ser a

conclusão para garantir o integral respeito ao princípio da igualdade e equidade que regem a integralidade das partilhas de bens, mormente porque é público e notório ser no divórcio o maior índice de fraudes. Desta sorte, não parece ser nada lógico e muito menos teleológico, livrar os contumazes fraudadores da responsabilidade patrimonial imposta pelo legislador, até mesmo porque o fato de tais regras estarem localizadas no Direito Sucessório, em nada distanciam tal aplicação, pois, como visto, lá foram inseridas em virtude de ter sido a morte o primeiro motivo ensejador da partilha de bens.

Diante da resistência da doutrina e jurisprudência sobre o entendimento exposto neste trabalho e da indiscutível necessidade de criação de freios e barreiras à avalanche de ilicitudes que visam deformar o regime de bens do casamento, ainda que se entenda plenamente viável a aplicação da pena de sonogados no divórcio, foi proposta, no fim deste trabalho, uma sugestão de alteração legislativa, para fins de inserir um novo parágrafo no art.1.575 do Código Civil, para constar neste dispositivo que dispõe sobre a partilha da sociedade conjugal, o seguinte: aplica-se nas partilhas decorrentes do divórcio, no que couber, as regras existentes no Livro V, Título IV, deste Código, *inclusive dos sonogados, previstas nos arts.1.992 a 1.996.*

Por fim, necessário ressaltar, mais uma vez que não há a ambição de esgotar o tema abordado na pesquisa, mas apenas aventar uma viável ferramenta jurídica para coagir aqueles que pretendem agir desonestamente no fim do casamento, a desistirem da fraude, pois a missão do direito não é apenas disciplinar coercitivamente as relações humanas, mas estabelecer um fator de civilidade de acordo com os valores morais da sociedade.

REFERÊNCIAS

AGUIRRE, João Brandão. **Responsabilidade e informação** – efeitos jurídicos das informações, conselhos e recomendações entre particulares. São Paulo: RT, 2011.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. A evolução do direito de família no Brasil. In: (Org.) Douglas Phillips Freitas. **Curso de direito de família**. Florianópolis: Vox Legem, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Direito de empresa no Código Civil**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

AMARAL, Francisco. **Direito civil** – introdução. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada como Poder Jurídico. In: **Estudos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides. **Inventários e partilhas**. Direito das Sucessões. Teoria e Prática. 20.ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2006.

ANALISTA, Camargo Simon. **Sonegação de bens no inventário**. Rio de Janeiro: LED, 2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil** – teoria geral, ações e fatos jurídicos. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de (Coord.). **Código Civil comentado**: negócio jurídico, atos jurídicos lícitos, atos ilícitos: arts.104 a 188. v.II. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Teoria Geral do Direito Civil** – parte geral. São Paulo: Atlas, 2012.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Insuficiência, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, v.1.

BARBER, Hoyt L. **Tax havens today**: the benefits and pitfalls of banking and investing offshore. New Jersey: John Wiley & Sons, Inc, 2006.

BECKER, Alfredo Augusto. Teoria geral do direito tributário, 1972 apud QUEIROZ, Mary Elbe. A elisão e a evasão fiscal: O planejamento tributário e a desconsideração de atos, negócios e personalidade jurídica. In: (Coords.) TORRES, Heleno Taveira;

QUEIROZ, Mary Elbe. **Desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil comentado**. v.2. 2.ed. São Paulo: Francisco Alves, 1922.

_____. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1955.

_____. **Theoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1908.

_____. **Direito de Família**. 3.ed. Ramiro M. Costa e Filhos. Recife: Editores Recife, 1908.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11.ed. São Paulo: 2001.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BULGARELLI, Waldirio. **Fusões, incorporações e cisões de sociedades**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAHALI, Francisco José; CAHALI, Yussef Said. **Doutrinas essenciais**. Família e Sucessões. São Paulo: RT, 2011.

CAHALI, Francisco José; ROSA, Karin Regina Rick. **Escrituras públicas**: separação, divórcio, inventário e partilhas consensuais: análise civil, processual civil, tributária e notarial. São Paulo: RT, 2007.

CAHALI, Francisco José Cahali; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3.ed. São Paulo: RT, 2007.

CAHALI, Yussef Said. **Separações conjugais e divórcio**. 12.ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. **Fraude contra credores**. 3.ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. **Fraude contra credores**. 5.ed. São Paulo: RT, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra, 2004.

CARBONERA, Maria Silvana. **O papel jurídico do afeto nas relações de família**. In: (Coord.) FACHIN, Luiz Edson. Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CARDOSO, Fabiana Domingues. **Regime de bens e pacto antenupcial**. São Paulo: Método, 2010.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. v.4. T.I. São Paulo: Saraiva, 1998.

CASADO, Márcio Mello. Considerações sobre a lesão nos contratos. **Revista Jurídica** n.226, ago.1996.

CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. 6.ed. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v.2. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. São Paulo: RT, 1976.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. **Responsabilidade civil dos administradores**. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. **Tratado de Direito Civil Português**: Parte Geral, t. II, Coimbra: Almedina, 2002.

CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CUNHA, Paulo. **Do património**. Lisboa: Minerva, 1934.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: RT, 2014.

_____. **Manual das sucessões**. São Paulo: RT, 2013.

DÍEZ-PICAZO, Luís; GULLÓN, Antonio. **Sistema de derecho civil**. 11.ed. Madrid: Tecnos, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de processo civil**. v.I. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. v.IV. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Márcia Alves. Transação – cabimento de ação rescisória ou anulatória. **Revista de Processo**, São Paulo, n.128, ano 30, out. 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v.5. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária** – financiamento e responsabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DOWER, Nelson G. B. Bens reservados. In: (Orgs.) CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José Cahali. **Doutrinas essenciais** – família e sucessões v.V. São Paulo: RT, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Traduzido por Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: Centauro, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**: Curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FANZOLATO, Eduardo Ignacio. Las capitulaciones matrimoniales. **Revista de Derecho de Familia** nº19. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **O novo procedimento da separação e do divórcio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____. **Curso de direito civil**. 5.ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. A aplicação do abuso do direito nas relações de família. In: (Orgs.) EHRHARDT, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Leituras Complementares de Direito Civil**. Salvador: Juspodium, 2010.

FERRI, Luigi. **L'autonomia privata**. Milano: Giuffré, 1959.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **O Código Civil e o novo direito de família**. Casamento, separação e divórcio, adoção, poder familiar, alimentos e bem de família. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004.

FONSECA, Priscila Correa da. Regime de bens do casamento. In: (Coord.) LEONEL, Carla. **Casamento, separação e viuvez**. São Paulo: CIP, 1999.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1985.

GAGLIARDO, Mariano. **Sociedades de família y cuestiones patrimoniales**. 2.ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 2006.

GAINO, Itamar. Requisitos do negócio jurídico. In: (Orgs.) LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues. **Temas relevantes do Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo** – uma espécie de família. 2.ed. São Paulo: RT, 2001.

_____. **Direito civil** – família. São Paulo: Atlas, 2008.

GLANZ, Semy. **A família mutante** – sociologia e direito comparado: inclusive o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Sucessões**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense.

_____. **Introdução ao direito civil**. Obra premiada pelo Instituto dos Advogados da Bahia. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GOZZO, Débora. **Pacto antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992.

GRAU, Eros Roberto Grau. **A ordem econômica na Constituição de 1988** – interpretação e crítica. 4.ed. São Paulo: Malheiros.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. v.3. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. **Direito de família e o princípio da boa-fé objetiva**. Curitiba: Juruá, 2009.

GUSMÃO, Mônica. **Curso de direito empresarial**. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

HUBERT, Ivans Henrique. **O capital social e suas funções na sociedade empresária**. Dissertação de mestrado. 210f. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder**. São Paulo: RT, 2011.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 15.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

LANGER, Marie. O papel da mulher. In: **Maternidade e sexo**. 2.ed. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1986.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado: direito de família**. 5.v. São Paulo: RT, 2005.

LERRER, Gelipe Jakobson. **Ação anulatória**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: Famílias**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOBO NETTO, Paulo. **Direito Civil: parte geral**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LODI, João Bosco; LODI, Edna Pires. **Holding**. 3.ed. São Paulo: Thompson, 2004.

LOPES, João Batista. **Comentários ao Código Civil**. v.XVII. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LOTUFO, Maria Alice Zaratini. **Curso avançado de direito civil**. São Paulo: RT, 2000.

LOTUFO, Renan. Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição. In: (Org.) SARLET, Ingo. **O Novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Código Civil comentado**. Parte Geral. v.1. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria geral dos contratos no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2002.

MADALENO, Rolf Hanssen. **Curso de direito de família**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no direito de família e no direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Novos horizontes no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Direito de família – aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. Pactos patrimoniais e autonomia da vontade. In: (Org.) SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. **Grandes temas de direito de família e das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MALHEIROS FILHO, Fernando. O procedimento de partilha na separação judicial. In: CAHALI, Francisco José; CAHALI, Yussef Said. **Doutrinas essenciais**. Família e Sucessões. São Paulo: RT, 2011.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Divórcio, dissolução e fraude na partilha de bens**. Simulações empresariais e societárias. 2.ed. São Paulo: Atlas.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Estudos de direito civil**. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. A jurisdição no Estado Contemporâneo. São Paulo: RT, 2005.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**: empresa commercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio. 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005

MARTINS, Sérgio Pinto. **O direito do trabalho**. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Código civil comentado**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões** v.III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937.

_____. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. v.II, tomo II. Atualizado por Ruymar de Lima Nucci. Campinas: Bookseller, 2001.

MIRANDA, Pontes de. **Direito de família**. Exposição Technica e Systematica do Código Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917.

_____. **Tratado de direito privado**. v.8. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

_____. **Tratado de direito privado, direito das sucessões**. T.LX, Rio de Janeiro: Borsoi, 1969.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. t.XIV. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil** – direito das sucessões. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1964.

_____. **Curso de direito civil** – parte geral. 43.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25.ed. São Paulo: RT, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Direito aplicado I**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NANNI, Giovanni Etti. **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014.

NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contractual. In: (Org.) MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. São Paulo: RT, 2008.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 5.ed. São Paulo: RT, 2007.

NEVES, A. Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica I**. Coimbra, 2003.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contractual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUNES, Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **A tutela de urgência e o direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. (Coord.) Sálvio de Figueiredo Teixeira. **Comentários ao novo Código Civil: parte geral (arts.79 a 137)**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

OLIVEIRA, Euclides. Inventário e partilha. In: (Coords.) HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das sucessões e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, José Lamartine Correa. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v.I. Introdução ao direito civil, teoria geral do direito civil. 20.ed atual. Código Civil de 2002. Atualizadora: Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Instituições de direito civil: direito de família**. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense. Atualizada por Tania da Silva Pereira, 2009.

_____. **Lesão nos contratos**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense.

_____. **Instituições de direito civil**. v.I. Forense: Rio de Janeiro, 1980.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Estudos de Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERRET, Cláudia. A desconsideração da personalidade jurídica. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano IV, nº4; anoV, nº5, 2003-2004. Disponível em: <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Discente/02.pdf>. Acesso em: 05 jun.2015.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4.ed. Coimbra: Coimbra, 2005.

RAMIÃO, Tomé d'Almeida. **O divórcio e questões conexas – regime jurídico atual**. 2.ed. Lisboa: Quid Juris, 2010.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial**. 4.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010.

REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. (Coords.) REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith. **História do novo Código Civil**. São Paulo: RT, 2005.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. v.1. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica: disregard doctrine. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, v.410, n.58, p.16, dez.1969.

RIBEIRO, Antonio Carlos Silva; GUARIENTO, Daniel Bittencourt; BARBETI, Rodrigo Luciano. **Proteção patrimonial**. Guaxupé: Tatiko, 2013.

RICHARD, Efraín; MUIÑO, Orlando Manuel. **Derecho societario**. Buenos Aires: Astrea, 1998.

RIPERT, George. **A regra moral nas obrigações civis**. Campinas: Bookseller, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Direito de empresa**: Lei nº10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Casamento e efeitos de participação social do cônjuge na sociedade. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. **Direitos fundamentais de direito de família**. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2004.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil** – direito de família. v.6. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direito civil** – direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Direito civil** – parte geral v.1. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSSI, Hugo E. Actuación anómala y desestimación del tipo en la sociedad anónima "cerrada", sus efectos sobre la responsabilidad de los socios. In: (Coords.) Martín Arecha, Eduardo M. Favier Dubois, Efraín H. Richard e Daniel R. Vítolo. **Conflictos en sociedades "cerradas" y de família**. Buenos Aires, 2004.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANTOS, Cláudio Sinoé Ardenghy dos. *Off shore* – uma possível técnica de fraude. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano2, nº58, 17 set.2002.

SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2012.

SERICK, Rolf. **Forma e realtà della persona giuridica**. Milão: Giuffrè, 1966.

SESTA, Michele. **Manuale di Diritto di Famiglia**. 5.ed. Padova: CEDAM.

SILVA, Alexandre Couto. Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro, São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 780/47.

SILVA, Clóvis do Couto e Silva. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. XI, TI. São Paulo: RT, 1977.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado**: parte geral. v.1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SILVA, Jaqueline Mielke. **O direito processual civil como instrumento de realização de direitos**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**: processo cautelar (tutela de urgência). v.3. 3.ed. São Paulo: RT, 2000.

SILVA, Ruben Fonseca; WILLIAMS, Robert E. **Tratados dos paraísos fiscais**. São Paulo: Observador Legal, 1998.

SILVA FILHO, Artur Marques da. Da coação. In: (Orgs.) LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

SIMÃO, José Fernando. Comunhão parcial de bens e previdência privada: mear ou não mear eis a questão! Parte 2. In: **Jornal Carta Forense**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/comunhao-parcial-de-bens-e-previdencia-privada-mear-ou-nao-mear-eis-a-questao-parte-2/3836>. Acesso em: 09 jun. 2015.

SURVILLE, F; COURTOIS, J. Le; LACANTINERIE, G. Baundry. **Traité théorique et pratique de droit civil**. Du contrat de mariage. , t. premier, deuxtème e troiseime. Paris: Librairie de La Societé Du Recuel G. Dês. Lois el Dês Arrêts, 1901.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil 3** – teoria geral dos contratos e contratos em espécie. São Paulo: Método, 2013.

_____; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil 5**: direito de família. 8.ed. São Paulo: Método, 2013.

TATSH, Arno Gaspar. Direito de família – a nova situação jurídica da mulher casada. **Revista da Ajuris**, n.37, Porto Alegre, jul.1986.

TELES, Galvão. **Das universalidades**. Lisboa: Minerva, 1940.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo III. Rio de Janeiro, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Fraude contra credores**: a natureza da sentença pauliana. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

VELOSO, Zeno. **Invalidade do negócio jurídico**: nulidade e anulabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. v.1. 5.ed. São Paulo; Atlas, 2005.

_____. **Direito civil** – direito das sucessões. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

WALCHER, Guilherme Gehlen. **Paraísos fiscais**: a utilização de empresas *offshore* em Finanças Internacionais e os limites da licitude. Monografia de conclusão de curso de Administração na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2008.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Curso de direito civil** – direito de família. 3.ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1973.

WORMSER, Maurice. **Disregard of corporate fiction and allied corporation problems**. Nova Iorque: Baker, Voorhis and Company, 1929.

XAVIER, José Tadeu Neves. A teoria da desconsideração da pessoa jurídica no novo Código Civil. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, nº89, p.180, mar.2003.

ZANNONI, Eduardo A. **Derecho Civil**. Derecho de Familia. Buenos Aires: Astrea, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil** (arts.566 a 645) v.8. 2.ed. São Paulo: RT, 2003.

REFERÊNCIAS NORMATIVAS (ABNT)

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724:2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 – Informação e documentação – Resumo – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação

ABNT NBR 6023: 2002 – Informação e documentação – Referências – Elaboração