

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA - PUC
DIREITO DAS FAMÍLIA E DIREITO DAS SUCESSÕES**

VANESSA MEDEIROS MEIRA

REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL

São Paulo

2017

VANESSA MEDEIROS MEIRA

REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL

**MONOGRAFIA apresentada no Curso de
Especialização Lato Sensu de Família e Sucessões da
PUC COGEAE, como parte dos requisitos necessários à
obtenção de Título de Especialista**

Orientadora: Maria Lígia Coelho Mathias

SÃO PAULO

2017

RESUMO

A separação de bens, dada a forma como foi e ainda é encarada pela sociedade, é incontestavelmente marcada pela insegurança jurídica. Separação de bens, por conta da divergência de entendimentos a respeito do tema, é expressão classificatória de regime de bens que não pode ser levada ao pé da letra na prática. Por meio de conceitos históricos e doutrinários, o trabalho visa abordar a separação de bens fazendo-o mais simples para o fim a que se destina: regular a situação patrimonial de companheiros e cônjuges.

Palavras chave: Separação; Total; Bens; Regime.

ABSTRACT

The separation of assets, given the way it has been and is still seen by society, is undoubtedly marked by legal uncertainty. Separation of goods, due to the divergence of understandings on the subject, is a classificatory expression of property regime that can not be taken literally in practice. Through historical and doctrinal concepts, the work aims to approach the separation of goods making it simpler for the purpose for which it is intended: to regulate the patrimonial situation of comrades and spouses.

Keywords: Separation; Total; Assets; Scheme.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	REGIME DE BENS	9
	2.1 Visão Histórica Dentro do Contexto Nacional	9
	2.2 Conceito	11
	2.3 Modalidades	12
3	REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS	14
	3.1 Separação de bens no Código Civil de 1916	14
	3.2 Conceito	15
	3.3 Regime da Separação Convencional de Bens	17
	3.4 Regime da Separação Obrigatória de Bens	18
4	DA LIVRE ESCOLHA E DA MUTABILIDADE MOTIVADA DO REGIME DE BENS NO CASAMENTO	24
5	DA LIVRE ESCOLHA E DA MUTABILIDADE MOTIVADA DO REGIME DE BENS NA UNIÃO ESTÁVEL	27
6	PROBLEMÁTICA DA VIGÊNCIA DA SÚMULA 377 DO STF	29
7	DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	35
8	CONCLUSÃO	43
	BIBLIOGRAFIA	45

1 INTRODUÇÃO

Nos dizeres de Maria Berenice Dias (2010), a respeito da importância do regime de bens para o matrimônio ou para a união estável, “a convivência familiar enseja o entrelaçamento não só de vidas, mas também de patrimônios”, portanto, a junção (ou não) dos patrimônios dos consortes ou dos companheiros é questão que merece atenção, sem dúvida.

Por certo que o papel crucial da família é o suporte emocional aos indivíduos que dela fazem parte, não é à toa que o constituinte elegeu a família como base da sociedade, família essa fundada em apoio mútuo e troca de afeto, a partir da consecução dos direitos civis, necessários ao alcance dos direitos sociais e políticos.

Mas se por um lado a família moderna é prioritariamente formada por conta da troca mútua de afeto e de apoio emocional, não se pode negar que há nesse contexto o conforto gerado também pela união de forças de trabalho, a junção dos salários serve de subsídio material a esta família, vira patrimônio e também integra a comunhão de vidas.

Casar e constituir união estável, por certo, não significa apenas a comunhão de afetos, de acordo com o artigo 1.511 do Código Civil, casamento (leia-se : união estável) significa comunhão da vida como um todo, e nesta comunhão plena está inclusa a administração da vida patrimonial comum, daí a grande importância do regime de bens, conforme assevera Maria Berenice Dias (2010):

A convivência familiar enseja o entrelaçamento não só de vidas, mas também de patrimônios, tornando indispensável que fiquem definidas, antes das núpcias, as questões atinentes aos bens, às rendas e às responsabilidades de cada consorte.

O casamento e a união estável, dentre os efeitos que geram, também trazem aos nubentes e companheiros efeitos patrimoniais, e o legislador tratou de cuidar desses efeitos no que tange ao patrimônio anterior e posterior ao casamento e à união estável, por meio dos regimes de bens previstos a partir do artigo 1.639 do Código Civil.

Ainda é usual falar sobre a comunhão de esforços patrimoniais no casamento ou na união estável, o que não é usual é a formação de uma entidade familiar com este fim precípua. As regras patrimoniais para o casamento e para a união estável significam assumir que há, de fato, reunião de todos os aspectos da vida dos integrantes de uma família, dentre eles, é claro, também o aspecto patrimonial.

O regime de bens é uma das consequências jurídicas do casamento (DIAS, 2010), é também para a união estável e, como tal, gera repercussões nas famílias formadas a partir desses institutos. Há, contudo, exceção de um regime, o regime da separação total, em que os cônjuges ou companheiros escolhem não entrelaçar as questões patrimoniais junto da família que estão prestes a formar.

No Regime da Separação de Bens, tanto na espécie convencional, quanto na espécie obrigatória, em que o patrimônio dos cônjuges, em regra, não se comunica, pertence a cada um dos cônjuges ou companheiros a administração de seu próprio patrimônio.

Há convenção social antiga de que casar ou contrair união estável pelo regime da separação de bens é prática menos louvável, para as pessoas que seguem essa convenção social, casar ou contrair união estável pelo regime da separação total significa deixar à míngua o cônjuge ou companheiro adverso, essa crença descende da união de famílias com o objetivo patrimonial precípua, mas vem de encontro frontal à forma mais plena de constituição de família, de acordo com as vertentes modernas e atuais: busca por apoio e troca de afeto.

A utilização do casamento com interesses patrimoniais é marca da sociedade, esta marca trouxe ao regime da separação de bens, mais precisamente nos julgados, doutrina e artigos de lei a respeito, certa resistência à sua aplicação plena.

Em Senhora, livro clássico da literatura brasileira, José de Alencar bem critica esta sociedade que utiliza o casamento para junção de patrimônio e poder. O autor retrata a história da jovem Aurélia, destinada ao celibato porque não possuía patrimônio suficiente para oferecer em dote aos seus pretendentes, retratando de forma clara o “preço” do matrimônio.

O “dote” foi costume positivado pelo artigo 278 do Código Beviláqua, que trata do regime dotal, consistia na doação de patrimônio ao marido, pela mulher, pelos seus ascendentes ou quem quer que desejasse ajuda-la a contrair núpcias pelo dote. Quanto maior o dote, mais pretendentes, daí o cunho patrimonial do matrimônio à época, que reflete ainda hoje na sociedade.

Exatamente por conta da forma como a sociedade, no geral, encara a separação total de bens, a escolha pelo regime gera polêmica social que reflete na concepção jurídica sobre o assunto, gerando insegurança jurídica.

Um exemplo desta controvérsia é a instituição obrigatória do regime da separação de bens para pessoas com mais de 70 anos que desejam se casar, esses indivíduos são obrigados ao regime da separação total de bens, em clara sanção preconceituosa destinada aos idosos, presumindo-se que eles não possuem capacidade para escolha do matrimônio a essa altura da vida.

É ao menos estranha a oposição do Legislador de 1916, mantida pelo Legislador de 2002, nossa Lei Civil simplesmente aconselha os maiores de 70 anos a não se casarem, porque entende que tais pessoas não podem reger suas próprias vontades sem se prejudicar. Para essas pessoas existe a “pena do regime da separação total de bens”, imposição legal que efetivamente demonstra como o regime é encarado pela sociedade brasileira, em sua maioria.

Dada a forma como a sociedade encara o regime da separação total e a insegurança jurídica que esse conceito social causou na doutrina, na lei e na jurisprudência, o presente estudo visa abordar essa forma de entrelaçamento familiar, cujo objetivo precípua e atual é a troca de afeto e apoio emocional.

2 REGIME DE BENS

O matrimônio e a união estável geram bom número de consequências jurídicas àqueles que decidem formar uma família a partir destes institutos jurídicos, uma dessas consequências é de efeito patrimonial, o casamento e a união estável também interferem no patrimônio dos cônjuges e companheiros.

Para ordenar a junção de patrimônios, a partir do artigo 1639 o legislador civil trouxe regras gerais e elencou formas específicas de disposição patrimonial no matrimônio ou na união estável, que podem ser livremente escolhidas e intercaladas pelos nubentes e companheiros, estas formas são denominadas regime de bens.

Nos dizeres de Caio Mario da Silva Pereira (2012), falando sobre casamento (leia-se também: união estável):

Não se pode, em verdade, conceber um casamento sem regime de bens, mesmo nos países de economia socialista, ainda que os cônjuges conservassem seus patrimônios totalmente estanques e sem encargos matrimoniais, pois a lei que o estabelece estaria instituindo desta maneira um regime de bens.

O regime de bens é a essência da relação patrimonial entre os cônjuges e companheiros, é condição inerente à condição de casado ou companheiro.

2.1 Visão Histórica Dentro do Contexto Nacional

A história humana poderia ser lida, em linhas gerais, na história dos regimes matrimoniais. É a história da vida do par andrógino; mas, também, a história trágica da sujeição humana entre os sexos (MIRANDA, 1971)

O regime de bens é consequência do casamento e, como tal, seguiu o instituto com o passar dos anos e junto do matrimônio, sofreu todas as alterações que fizeram do casamento o instituto jurídico que conhecemos hoje, logo, não há como abordar a concepção história do regime de bens sem pelo menos traçar algumas poucas linhas a respeito do matrimônio.

A união estável, de antemão, apenas foi reconhecida como entidade familiar com o Código Civil de 2002, a visão histórica que se tem do regime de bens na união estável é pouca ou quase nenhuma, apesar da existência alguns julgados reconhecendo consequências patrimoniais a partir da união de fato, na vigência do código de 1916.

A indissolubilidade do casamento, oriunda do dogma católico de que “o que Deus uniu o homem não separa”, impresso na legislação brasileira por anos a fio, também trouxe consequências à vida patrimonial dos cônjuges, já que o casamento significava a comunhão integral e perpétua da vida, em todos os aspectos.

Por conta dessa forte tendência, o regime legal, ou seja, o eleito caso os cônjuges não optassem por outro regime, era o da comunhão universal de bens, cujo elemento é a macomunhão – propriedade a duas mãos -, que gera o condomínio de todos os bens, de forma igualitária, não importando a origem do patrimônio e a época de aquisição (DIAS, 2010).

A eleição legal deste regime mostra claramente o cunho definitivo, de união plena e inquestionável que representava a união familiar, se casar era se unir ao outro em tudo, nisto está incluído, sem dúvida, o patrimônio.

Outro ponto importante a ser considerado é o cunho patrimonial muito forte que o casamento possuiu ao longo da história, dando ao regime de bens grave importância, dado o interesse social pelo patrimônio, no ato da a escolha pela união matrimonial.

Essa tendência patrimonial do casamento está bem identificada no Código Civil de 1916 por conta do Regime Dotal, em que os bens da noiva eram confiados ao noivo, que se incumbia de os administrar em proveito do lar comum. Quanto maior o dote da mulher, mais pretendentes e mais alta a possibilidade de contrair matrimônio, condição social imprescindível para a mulher, à época.

Em 1962, no entanto, por meio do Estatuto da Mulher Casada, os bens que a mulher adquirisse por meio de seu próprio trabalho eram dela e só dela, criando os “bens reservados”,

instituto posteriormente extinto, pois, em violação à isonomia, trazia à mulher forma de tratamento diferenciada com relação ao homem.

Mais tarde, com a Lei do Divórcio, em 1977, o regime legal passou a ser o da comunhão parcial de bens, aquele que afasta a comunicação do acervo adquirido antes do casamento, deixando a comunicabilidade para os bens adquiridos durante o matrimônio, salvo os bens recebidos a título de herança ou doações em favor de apenas um dos cônjuges.

Com a vigência do Código Civil de 2002, foi extinto o regime dotal e o código passou a disciplinar oficialmente o regime da comunhão parcial como regime legal, a Lei Civil, que agora também permite a mudança de regime durante o casamento, elenca quatro tipos de regime de bens: separação de bens - dentre elas a obrigatória e a convencional -, comunhão universal de bens, participação final nos aquestos e comunhão parcial.

2.2 Conceito

Regime de bens é nada além do que a escolha entre os cônjuges e entre os companheiros, de comum acordo, a respeito das disposições de patrimônio vigentes a partir do casamento ou da união estável, é o norte utilizado pelo casal para gerir a vida patrimonial comum.

Conjunto de normas aplicáveis às relações e interesses econômicos resultantes do casamento (DINIZ, 2015), conjunto de regras que disciplina as relações econômicas entre os cônjuges (GONÇALVES, 2015), princípios jurídicos que disciplinam as relações econômicas entre os cônjuges (PEREIRA, 2012), a conceituação doutrinária não diverge a respeito do assunto.

Some-se a estes conceitos a definição correta e bem acertada de Maria Berenice Dias (2010), que menciona que o regime de bens é uma das consequências jurídicas do casamento, já que um dentre os efeitos do casamento e da união estável (pessoais ou patrimoniais), de fato o regime de bens é uma consequência inevitável.

2.3 Modalidades

O Código Civil vigente trata sobre quatro modalidades de regime de bens: (i) separação total; (ii) comunhão universal; (iii) participação final nos aquestos; e (iv) comunhão parcial, a escolha por qualquer um deles é livre, e as regras de um e outro regime podem ser intercaladas entre si, da maneira como melhor tocar os cônjuges e companheiros, claro, sempre em respeito à boa fé.

A comunhão universal de bens, visa a macomunhão – propriedade em duas mãos - de todo o acervo de bens do casal de cônjuges ou de companheiros, sejam eles particulares ou comuns, herdados ou doados. Os patrimônios se fundem em um só (DIAS, 2010), inclusive as dívidas, mas apenas as contraídas durante o casamento.

No regime da comunhão universal, cada cônjuge ou companheiro torna-se meeiro, com exceção (i) dos bens recebidos por doação ou herança, que contenham cláusula de incomunicabilidade; (ii) dos bens subrogados em seu lugar; (iii) dos bens gravados de fideicomisso; (iv) das dívidas anteriores ao casamento; (v) das doações com cláusula de incomunicabilidade feitas de um cônjuge ao outro; (vi) dos bens de uso pessoal e profissional; (vii) e dos proventos do trabalho de cada um, nos termos do artigo 1668, inciso I do Código Civil.

De antemão, no regime da participação final nos aquestos, em que são comunicáveis apenas os bens adquiridos na constância do casamento, cada cônjuge mantém a administração de seu patrimônio próprio, a comunicação do acervo adquirido por comum esforço ocorre, como o próprio nome diz, apenas no final do casamento ou da união estável.

A eficácia desse regime de bens quanto à efetiva participação final nos aquestos somente se revela com o fato jurídico da dissolução da sociedade conjugal (NERY, 2015), os cônjuges e companheiros vivem verdadeira separação total de bens durante a vigência do matrimônio ou da união estável, havendo comunicabilidade única e tão somente com a extinção do casamento.

Muito parecido com regime da separação final dos aquestos é o regime legal, da comunhão parcial de bens, nesse regime há presunção de esforço comum e todo o acervo adquirido na constância do casamento é partilhável e pertence a ambos cônjuges e companheiros. Diferentemente da separação final dos aquestos, na comunhão parcial a comunicabilidade existe desde o início do casamento ou da união estável, não depende da extinção.

Finalmente, a separação de bens, que traz consigo duas sub modalidades, obrigatória e convencional, em regras gerais não produz efeitos patrimoniais por meio do casamento ou da união estável, todavia, dada a controvérsia que a aplicação desse regime causa, o assunto será pormenorizadamente abordado ao longo do estudo.

3 REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS

3.1 Separação de Bens no Código Civil de 1916

O Legislador de 1.916 dava aos consortes a possibilidade de, por meio do pacto antenupcial, escolher o regime da separação total de bens, de modo que a cada um dos cônjuges, da mesma forma de como prevê o Código Civil de 2002, cabia a administração de seus próprios bens.

Dois eram os artigos que tratavam da separação de bens, por meio de um deles, o artigo 277, o Código Beviláqua ressaltava que a mulher também deveria participar das despesas para manutenção da casa e dos filhos, o que retrata inequivocamente a cultura patriarcal da época e uma certa presunção, menos feliz, de que a mulher, nesta hipótese, poderia objetivar não arcar com as despesas da casa.

O Código Civil de 1.916, na linha conservadora repetida pelo Código Civil de 2002, também elencava causas de separação obrigatória, dentre elas a idade avançada. Tal causa nada mais é do que uma imposição do Estado nas relações privadas, impondo sanção às pessoas idosas que desejam, de forma legítima, se casar.

Diferente do atual código, a separação obrigatória destinava-se também à mulher acima dos cinquenta anos, o artigo 258 do Código Civil de 1916 tinha regras diferenciadas para o casamento de homem e mulher idosos, considerando que a mulher com 60 anos possuía menos capacidade civil para o casamento, se comparada ao homem com a mesma idade.

O Código Civil vigente repetiu as circunstâncias que levam à obrigatoriedade da separação total, o casamento celebrado sob a inobservância das causas suspensivas, o casamento de pessoas com mais de 70 anos¹, ou, ainda, o casamento que depende da chancela judicial, são casamentos cujo regime é obrigatoriamente o da separação de bens, como ocorria em 1916.

¹ A partir de 2010 a data limite adotada pelo artigo 1.641 passou a ser 70 anos, por conta da promulgação da Lei 12.344 de 2010, anteriormente ao advento da Lei, a idade limite era 60 anos.

Patrimônio e poder era o que se pretendia entrelaçar com o casamento. Matrimônios por convenção e com o objetivo de união de famílias poderosas fazem parte da história do Brasil, o caso de Dom Pedro II e Teresa Cristina de Bourbon (CARVALHO, 2007) é exemplo típico, Dom Pedro II buscou unir a colônia portuguesa ao Reino das Duas Sicílias e à Casa de Bourbon, da Europa.

Seu Pai, Dom Pedro I, se casou com Maria Leopoldina da Áustria, princesa pertencente à Casa dos Habsburgo – Lorena, também com o fito de unir a colônia portuguesa a famílias europeias poderosas, fatos históricos que demonstram o costume de aliar patrimônio, poder e matrimônio, por isso, é natural que o regime da separação total de bens tenha sido pouco abordado pelo Legislador de 1916.

A junção de patrimônios era uma tendência tão forte, que o Legislador de dezesseis entendeu por bem penalizar os casais formados por homens com mais de 60 anos e mulheres com mais de 50 anos, com a separação total de bens, já que entendia, talvez, imoral o casamento nessa idade, ou talvez quisesse tutelar os interesses dos idosos, considerados incapazes de gerir o próprio patrimônio nesta idade.

Infelizmente a tendência foi repetida pelo Código Civil de 2002, a matéria legal sobre o assunto continua restrita a apenas dois artigos do código vigente, o objetivo ultrapassado de 1916 foi mantido sem demais justificativas no atual Código.

3.2 Conceito

Separação de bens nada mais é do que o regime que o casal escolhe para não trazer à sua união, seja ela matrimonial, seja de fato, efeitos patrimoniais.

É o regime de bens em que o patrimônio dos cônjuges é individualizado, cada um é responsável pela administração do seu próprio patrimônio, de modo que não há comunicabilidade entre os acervos patrimoniais que cada cônjuge trouxe no início do matrimônio.

Não há repercussão patrimonial na união estável ou no casamento sob a vigência da separação de bens, todo o patrimônio que os cônjuges e companheiros trouxeram individualmente da vida que levavam sozinhos, e tudo que comprarem casados ou na vigência da união estável continua sendo deles de maneira individual. É o famoso e temido: “ O que é meu, é meu. O que é seu, é seu”.

A fim de não pairar dúvida, Maria Berenice Dias (2010) que fala sobre o assunto com maestria, citando que na separação total existem dois aglomerados de patrimônio:

No regime da separação total, há duas massas patrimoniais: (1) os bens do marido e (2) os bens da mulher. Cada uma é titular de seu próprio patrimônio, quer tenha sido adquirido antes ou na constância do casamento. Quando da separação, nada há a dividir, e cada um ficará com os bens que lhe são próprios.

Não há necessidade da vênua conjugal na separação total de bens, por exemplo, podendo cada um livremente alienar e gravar de ônus real o seu patrimônio (DIAS, 2007), a administração pertence ao proprietário do bem, que a exerce individualmente, não há meação, não há partilha, não há comunicabilidade, apenas das dívidas destinadas às expensas da casa se comunicam.

Há grande controvérsia na doutrina e na jurisprudência a respeito dos bens adquiridos em comum na constância do casamento, a dúvida paira sobre a possibilidade de partilha desse patrimônio, porque de fato, muitas vezes, mesmo na separação total de bens, seja ela obrigatória, seja ela convencional, podem os cônjuges e companheiros escolherem adquirir patrimônio em conjunto, é natural e próprio da situação.

A controvérsia se dá por conta da edição da Súmula 377 pelo Supremo Tribunal Federal, em que a Corte declarou comunicáveis os bens adquiridos na constância do casamento, a súmula fala da separação obrigatória de bens, todavia, trouxe dúvida quanto à sua aplicação na separação de bens convencional.

Outro elemento que infelizmente trouxe insegurança para a vigência do regime da separação de bens, seja ela obrigatória, seja convencional, foi o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, prolatado em 2012, pela Ministra Nancy Andrighi, que julgando questões

sucessórias, acabou, de forma equivocada, fixando bases para regime de bens, dentre ele o da separação total.

Como se vê, o quase ditado popular “O que é meu, é meu. O que é seu, é seu.”, não é tão certo, o regime da separação de bens não é tão simples quanto parece.

3.3 Separação Convencional de Bens

Por meio de pacto antenupcial podem os nubentes valer-se da separação de bens, em que a incomunicabilidade é a marca registrada. Segundo Maria Berenice Dias (2010) a completa individualização dos bens configura verdadeira ausência de um regime patrimonial, pois o que existe são acervos separados.

O entendimento da Ilustríssima Doutrinadora não merece ser levado tão ao pé da letra, deveras, a incomunicabilidade de bens durante o casamento não deixa de ser um regime de bens apenas porque sua marca não é a administração conjunta do acervo patrimonial, a administração não é conjunta, mas ela continua existindo e foi a escolhida para a vigência da vida em comum.

O casamento e a união estável, porém, não mudam a vida patrimonial desta família que decide pelo regime da separação de bens, cada um continua na posse e na propriedade exclusiva de seu patrimônio respectivo. Não há comunicabilidade, as dívidas também não se comunicam e, com a separação, não há partilha.

No mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2015):

No regime da separação absoluta os cônjuges unem suas vidas e seu destino, mas ajustam, por meio do pacto antenupcial, a separação no campo patrimonial. Embora sejam marido e mulher, cada qual continua dono do que lhe pertencia e se tornará proprietário e se tornará proprietário exclusivo dos bens que vier adquirir, recebendo sozinho as rendas produzidas por uns e outros desses bens.

Ocorre, por óbvio, que a separação de bens não exclui a responsabilidade de cada um dos cônjuges sobre a manutenção da família, o artigo 1.688 do Código Civil é expresso em determinar

que cada um dos cônjuges deve contribuir para o sustento da família na medida de seu patrimônio:

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.

Por certo que ainda sob o regime da separação de bens, a família não deixa de ser uma família, o dever de mútua assistência, decorrente do vínculo matrimonial, não é alterado com a escolha da separação de bens, a incomunicabilidade afeta apenas o acervo de bens que cada um dos consortes possui.

Finalmente, ocorrendo a contribuição conjunta para obtenção de patrimônio, considera-se a propriedade da coisa adquirida em condomínio, desta forma, se comprovado que o cônjuge casado sob a separação convencional, concorreu diretamente, com capital ou trabalho, para aquisição de bens em nome de outro cônjuge, é cabível a atribuição de direitos àquele consorte (GONÇALVES, 2015).

3.4 Separação Obrigatória de Bens

A regra é que a escolha do regime de bens é livre e, na ausência de escolha, o legislador instituiu o regime da comunhão parcial, tudo em cotejo à autonomia da vontade e à liberdade, com as ressalvas a respeito da alteração do regime e do direito do cônjuge e de terceiros.

Ocorre, porém, que existem hipóteses em que a vontade dos nubentes não é respeitada, hipóteses essas que independentemente de pacto, o regime obrigatório é o da separação total de bens, conforme previsto no artigo 1.641 do Código Civil:

“Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:
I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos;
III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.”

No primeiro inciso, o Legislador elenca as hipóteses daqueles que não devem casar, descritos no artigo 1.523 do Código Civil, são (i) os viúvos, enquanto não houver inventário e partilha; (ii) a viúva ou mulher cujo casamento é nulo ou anulável até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; (iii) o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; e o (iv) o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

Vê-se, em todos os casos, que o Legislador Civil pretendeu inequivocamente evitar confusão patrimonial. Na maioria das hipóteses, à exceção do curador/tutor que não pode casar com o curatelado/tutelado até cessar o dever de administração patrimonial, é visível que houve proteção dos herdeiros envolvidos no primeiro e também no segundo casamento, pretende-se evitar confusão patrimonial.

Pinçando um exemplo, o do inciso I do artigo 1.523, o cônjuge supérstite, se tiver filhos do casamento extinto pela abertura da sucessão, não pode casar até que o inventário dos bens seja ajuizado e a partilha de bens feita entre os herdeiros, fica claro que a intenção do legislador é de evitar a confusão de bens do primeiro e do eventual segundo casamento, o que poderia lesar os herdeiros e até mesmo os cônjuges.

Outra hipótese que visa evitar a confusão patrimonial são os casos de casamento que dependem da chancela judicial para acontecer, são os casos em que um dos nubentes ou os dois possuem entre 16 e 18 anos, os casos dos menores de 16 anos que geram filhos e os incapazes por força de doença mental.

Há quem defenda que o casamento é um negócio jurídico e, para que seja realizado, necessária é a figura do agente capaz, todavia, sem prejuízo da enorme divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o casamento de pessoas portadoras da síndrome de *down* ou portadoras outras deficiências, é de ponderar que tais pessoas, se verificada comunhão de vida, merecem ter seus direitos patrimoniais assegurados.

Importante frisar que os deficientes mentais e intelectuais em idade núbil, por conta do advento da Lei 13.146 de 2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, podem casar e contrair união estável por meio da “Tomada de Decisão Apoiada”, instituto jurídico trazido pela lei pelo meio do qual a pessoa com deficiência elege duas pessoas para lhe auxiliar, essas pessoas são responsáveis por munir o portador de deficiência de informações e lhe ajudar a exercer a capacidade civil:

Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

§ 1º Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.

§ 2º O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no **caput** deste artigo.

§ 3º Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio.

§ 4º A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado.

§ 5º Terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado.

§ 6º Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão.

§ 7º Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz.

§ 8º Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio.

§ 9º A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada.

§ 10. O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria.

§ 11. Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela.”

A curatela deixou de ser a primeira opção para os casos de deficiência mental e intelectual e só será levada a cabo em casos extremos, dando-se primazia à autonomia da vontade do portador de deficiência, também por meio da Tomada de Decisão Apoiada, já mencionada.

Enfim, para o caso de suprimimento judicial e para as causas suspensivas, o legislador recomenda que as pessoas não casem e, se casarem, determina a elas que utilizem o regime da separação obrigatória de bens, até que o motivo da determinação, cesse.

No entanto, a pessoa maior de 70 anos que contrai matrimônio, a quem a Lei impõe o regime da separação de bens para reger a vida patrimonial comum, tolhendo a possibilidade de escolha por outro regime, a justificativa para evitar a confusão patrimonial não se sustenta.

Os incisos I e III claramente demonstram a intenção do legislador de evitar confusão patrimonial, para o inciso II, todavia, não há justificativa plausível para obrigar o regime às pessoas acima dos 70 anos. O Estado, em grave violação à autonomia da vontade e à dignidade da pessoa humana, entende incapaz de se proteger a pessoa acima dos 70 anos, generalizando e discriminando, lamentavelmente.

Modificada a idade limite em 2010, de 60 para 70 anos no caso do homem e de 50 para 70 no caso da mulher, parece que o Legislador presumiu que pessoas com idade acima de 70 anos estão em situação vulnerável e, portanto, podem ser vítimas de nubentes que queiram se casar apenas por conta do patrimônio, daí o regime de bens da separação total absoluta.

O assunto é delicado, há quem defenda que a medida é discriminatória e viola corolários básicos como a igualdade e a dignidade da pessoa humana, já que não se pode presumir que uma pessoa de 70 anos, nos dias atuais, não possui discernimento o suficiente para contrair matrimônio e gerir o patrimônio do casal da maneira como bem entender.

Maria Berenice Dias (2010), alta crítica da imposição legal do regime da separação de bens, assevera:

“Para todas as outras previsões legais que impõem a mesma sanção, ao menos existem justificativas de ordem patrimonial. Consegue-se identificar a tentativa de proteger o interesse de alguém. Mas, com relação aos idosos, há presunção *jure et de jure* de total incapacidade mental. De forma aleatória e sem buscar sequer algum subsídio probatório, o legislador limita a capacidade de alguém exclusivamente para um único fim: subtrair a liberdade de escolher o regime de bens quando do casamento.”.

Caio Mario da Silva Pereira (2012), no mesmo sentido:

A limitação da vontade, em razão da idade, impondo regime da separação obrigatória de bens, longe de se constituir uma precaução (norma protetiva), se constitui verdadeira incoerência.

O fato é que o legislador presumiu sim que os idosos não possuem discernimento para casamento, para constituição de família e para escolha do regime de bens e lhes determinou que no casamento a separação de bens é medida obrigatória.

Mais uma vez, Maria Berenice Dias (2010), considerando de forma importante a oposição injustificada do Estado:

A tentativa do Estado em reger a vida e os afetos das pessoas é de tal ordem que, além de impor um limite de idade mínimo – o que até se entende -, também impõe uma idade máxima para o casamento. A quem desobedece as recomendações legais a lei faz de conta que o casamento não existe, ao menos quanto aos efeitos patrimoniais.

Face aos novos contornos que o instituto da capacidade civil ganhou na sociedade brasileira atual, inclusive por conta do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a imposição do regime não se sustenta, está ultrapassada.

Importante frisar que o Projeto de Lei 2.285 de 2007, denominado Estatuto das Famílias, visa retirar do ordenamento jurídico a separação obrigatória de bens e inutilizar a redação da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, como anunciam Caio Mario da Silva Pereira (2012) e Carlos Roberto Gonçalves (2015):

O projeto de lei 2.285 de 2007, conhecido como o “Estatuto das Famílias”, de iniciativa do IBDFAM, em tramitação no Congresso Nacional, suprimiu o regime de separação legal obrigatória, justificando por seu “caráter atentatório à dignidade dos cônjuges”.

O Projeto do Estatuto das Famílias (Projeto de Lei 2.285 de 2007), elaborado pelo IBDFAM e ora em tramitação no Congresso Nacional, além de não mais dividir as matérias concernentes ao casamento em “direitos pessoais” e “direitos patrimoniais”, suprimiu, por seu caráter discriminatório e atentatório à dignidade dos cônjuges, conforme mencionado na justificativa que o acompanha, o regime de separação obrigatório, que a Súmula 377 praticamente converteu em regime da comunhão parcial.

Sobre os regimes dos artigos 1.687 e 1.688 do Código Civil, superadas algumas questões básicas a respeito do assunto previsto em Lei, cabe ainda analisar a repercussão dessas

imposições legais na jurisprudência, em especial nos Tribunais Superiores que definitivamente marcaram o regime da separação total, obrigatória ou convencional.

4 DA LIVRE ESCOLHA E DA MUTABILIDADE MOTIVADA DO REGIME DE BENS NO CASAMENTO

Não há como falar a respeito do regime da separação convencional de bens, sem falar da livre escolha e da mutabilidade motivada do regime, já que no Brasil, para contrair matrimônio pelo regime da separação de bens, é necessário pacto antenupcial.

Há um regime legal para os nubentes quando eles não expressarem vontade diversa, este regime é o da comunhão parcial de bens, conforme determina o *caput* do artigo 1640 do Código Civil: “Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.”.

Podem os nubentes, contudo, por meio do pacto antenupcial, escolher o regime que melhor lhes atender, conforme determina o artigo 1.639, *caput* do Código Civil, norma inicial do Subtítulo que trata sobre o regime de bens e que exprime com clareza a respeito da liberdade dos nubentes para escolher a disposição patrimonial que melhor lhes aprouver: “Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.”.

A livre escolha pelo regime, antes do casamento, sempre foi permitida aos nubentes, o Código de 1916, por meio do artigo 258, já trazia a possibilidade de escolha, a diferença entre os códigos, todavia, era apenas do regime legal, que no Código de 1916 era o da comunhão universal.

A escolha do regime envolve os quatro regimes vigentes: a comunhão universal, a comunhão parcial, participação final dos aquestos e o regime da separação de bens. Em que pese o Legislador ter estipulado apenas estes quatro regimes, por conta do mesmo artigo 1.639, podem os regimes e suas respectivas regras serem intercalados, da maneira que melhor aprouver a escolha dos futuros cônjuges e companheiros.

No mesmo sentido, Silvio de Salvo Venosa (2009):

Nosso Código Civil adota como regra geral, a liberdade de escolha pelos cônjuges do regime patrimonial no casamento: É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver (art. 1.639).

Apesar da livre escolha, por óbvio que a liberdade consagrada no artigo 1.639 do Código Civil não pode ser utilizada para abusos, os noivos não podem estipular cláusulas que atentem contra os princípios da ordem pública ou contrariem a natureza e os fins do casamento (GONÇALVES, 2014).

A autonomia da vontade não pode, certamente, contrariar disposição absoluta de Lei, conforme a redação do artigo 1.655 do Código Civil. O casamento estabelece comunhão total da vida, estabelece obrigações e deveres para os cônjuges, por isso a liberdade fica mitigada face o enriquecimento ilícito de um dos cônjuges, por exemplo.

O casal que optar pelo matrimônio sob a vigência do regime da separação de bens, deverá expressar sua escolha por meio de pacto antenupcial, escritura pública lavrada no Cartório de Notas, que deve ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges para ter efeito perante terceiros.

A escolha do regime, portanto, é livre, depende apenas da lavratura do pacto, no entanto, no caso de alteração do regime de bens, os requisitos são mais rigorosos, a escolha pela mudança de regime é livre, mas a vigência dela depende de chancela judicial.

Mudança de regime de bens no casamento é inovação trazida pelo Código Civil de 2002, o código atual substituiu a imutabilidade absoluta pela mutabilidade motivada, onde os cônjuges, desde que motivem a alteração do regime de bens, podem pleiteá-la em juízo.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2015), a justificativa para a imutabilidade consagrada no Código Beviláqua era a possibilidade de um cônjuge convencer o outro em seu favor, por conta dos aspectos da situação matrimonial em si, o Ilustre Doutrinador também elenca a proteção a terceiros, ainda invocada nos dias de hoje e a indissolubilidade do que ele chama “contrato de casamento”.

A tendência da mutabilidade do regime de bens foi adotada pelas legislações mais modernas como na Alemanha, Áustria, Suíça, França, Itália, Suécia e Bélgica (GONÇALVES, 2015), onde existe, para os cônjuges, autonomia a respeito da vida patrimonial comum, desde que ela não afete o seu próprio interesse ou o interesse de terceiros. A imutabilidade ainda é a regra, a mutabilidade é exceção.

Não há cotejo à autonomia da vontade em situações engessadas, se a escolha é livre, nada justifica que a modificação do regime de bens não seja, desde que, é claro, seja feita de comum acordo pelos cônjuges, requisito indispensável dentro do matrimônio, já que possível litígio não condiz com a natureza de jurisdição voluntária do processo de alteração de regime de bens e, ademais, litígio dentro do contexto matrimonial significa divórcio.

Para alteração do regime, quatro elementos são imprescindíveis (i) acordo entre os cônjuges; (ii) pedido judicial; (iii) motivo relevante; e (iv) ausência de prejuízo ao outro cônjuge ou a terceiros. Esta fiscalização é justificada pelos autores por conta da proteção destinada aos cônjuges e por conta da proteção do direito de terceiros.

Vale frisar que a regra de mutabilidade e liberdade não vigora no caso da separação total de bens obrigatória, a imposição do regime da separação de bens aos cônjuges visando a confusão patrimonial é justificável, no entanto, no caso dos idosos acima de 70 anos não se sustenta e representa grave violação aos princípios da livre escolha do regime e da mutabilidade motivada.

O regime da separação total de bens apenas entra em vigor, no caso do matrimônio, havendo pacto ou havendo pedido judicial de alteração, daí a necessidade, portanto, de balizar questões a respeito da livre escolha e da mutabilidade.

5 DA LIVRE ESCOLHA E DA MUTABILIDADE DO REGIME DE BENS NA UNIÃO ESTÁVEL

Na união estável, de antemão, a escolha pelo regime também é livre, mas nem sempre foi assim, já que pelo Código Civil de 1916, a escolha pelo regime na união estável sequer existia, não havia regime de bens para pessoas que vivessem como marido e mulher sem a chancela do matrimônio.

Na vigência do Código Civil de 1916, muitas demandas foram ajuizadas por conta da questão patrimonial dos companheiros, a resposta do Poder Judiciário, para os casais que vivessem sob união de fato e que contribuíssem de forma mútua, seja com dinheiro, seja com a manutenção do lar comum, foi a “indenização por serviços domésticos”, sob a justificativa precária de se evitar enriquecimento ilícito.

Mesmo com o aumento das demandas judiciais sobre as uniões de fato, mesmo diante da existência de inúmeros casais vivendo sem a chancela do casamento, com comunhão de vidas e de patrimônio, a escolha pelo regime e a formalização da união estável nunca foram uma opção até 2002.

Por se tratar de uma situação de fato, para escolha do regime de bens na união estável e para oposição desta escolha ao companheiro adverso, é necessária a lavratura de um instrumento público ou particular indicando a existência de uma união estável e do regime escolhido pelo casal de companheiros.

Os companheiros podem convencionar seu regime de bens antes ou depois de iniciarem a sociedade de fato, sem maiores percalços. Porque o legislador não tratou da união estável de forma um pouco mais cuidadosa, aos cônjuges existem muito mais requisitos a cumprir do que aos companheiros.

Sobre a facilidade destinada aos companheiros para escolha ou mudança do regime de bens, citando Silvio Venosa, Maria Berenice Dias (2010)

De qualquer sorte, não se pode olvidar que os companheiros sempre gozaram de maior mobilidade no tocante aos bens. Sem maiores traumas, na união estável. É possível alteração, a qualquer tempo, das disposições de caráter patrimonial, inclusive com efeito retroativo, mediante singelo acordo despido de formalidades. Não é necessária nem a chancela judicial, tampouco pública escritura ou qualquer outra modalidade de publicização. Dessa forma, como alerta Sílvio Venosa, manter a imutabilidade do regime de bens seria tratar o casamento de forma mais rigorosa do que a união sem casamento.

Perdem os companheiros com a ausência de regulamentação sobre diversos assuntos atinentes à formação de sua entidade familiar, todavia, na falta de artigo de lei sobre o tema da escolha ou mudança do regime de bens, acaba o legislador propiciando liberdade plena aos companheiros, em cotejo à autonomia da vontade.

6 PROBLEMÁTICA DA VIGÊNCIA DA SÚMULA 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Por sua natureza própria, a separação obrigatória de bens trouxe ao Poder Judiciário pessoas que após a extinção do vínculo matrimonial, mesmo tendo contribuído para a consecução de patrimônio junto ao consorte, não possuíam direito de meação desses bens adquiridos na constância do casamento.

Ao tempo do Código Civil de 1916, já existiam julgados que, considerando essa questão, já mitigavam a aplicação do regime da separação obrigatória de bens, questionando se com a medida legal, de fato estava sendo destinada proteção às pessoas idosas que contraíam matrimônio.

A resposta do Poder Judiciário foi a edição da Súmula 377 pelo Supremo Tribunal Federal, que no regime da separação obrigatória, faz com que os bens adquiridos na constância do casamento sejam comunicáveis, sem importar se foram adquiridos por fruto de esforço comum, a saber: “No regime da separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

A respeito dos julgados que modificaram o cenário da separação obrigatória de bens, Maria Berenice Dias (2010):

A jurisprudência, considerando que a convivência leva à presunção de esforço comum na aquisição de bens, precedeu à alteração do dispositivo legal que impunha o regime da separação obrigatória. Determinou a adoção do regime da comunhão parcial para impedir o locupletamento ilícito de um dos consortes em detrimento do outro.

Os julgados anteriores a 2002 já demonstravam preocupação para os casos de separação obrigatória de bens e o próprio Supremo Tribunal Federal, do que consta dos precedentes citados na própria decisão², autorizava a comunicabilidade de bens adquiridos na constância do casamento.

². RE 8984 EI, publicado em 11/01/1951; RE 9128, publicado em 17/12/1948; RE 10951, publicado em 09/04/1948; e RE 7243 EI, publicado em 12/06/1945

Referidos julgados foram citados como precedentes pelo Supremo Tribunal Federal, para a edição da Súmula 377, no entanto, eles falam de inventário cuja partilha ainda não havia sido finalizada, os casos tratam de casamento contraído por viúvos cuja partilha de bens do cônjuge falecido ainda não havia ocorrido, conforme artigo 258 do Código Beviláqua e o 1641 do Código atual.

Ou seja, a Corte Suprema, para edição da Súmula 377, em verdade, não se baseia em precedentes de homens que gostariam de se casar aos 60 e mulheres que gostariam de se casar aos 50, no entanto, a súmula repercutiu, principalmente na atualidade, nestes casos.

Segundo Maria Berenice Dias (2010), o entendimento impresso na Súmula 377, para essas pessoas, é acertado:

“Ao afastar a participação do viúvo, é eliminado o direito de quem desobedeceu a recomendação legal de não casar. A punição estende-se para além da dissolução do casamento pela morte de um do par. Ainda bem que a Súmula do STF alterou este perverso regime para o da comunhão parcial”.

Ocorre que o Código de 2002 seguiu na mesma toada do Código de 1916 e, apesar da Súmula, editada por meio de sessão plenária ocorrida em 03 de abril de 1964, manteve a obrigatoriedade do regime da separação legal de bens para as pessoas com idade mais avançada.

Está aí a grande controvérsia para a questão da separação legal de bens, a Lei dispõe de uma forma sobre o assunto, a Corte Suprema, todavia, dispõe de outra forma, o que gera insegurança jurídica tremenda não só para aqueles que foram penalizados com a separação total, mas aqueles que escolheram por livre e espontânea vontade o regime

A falha do legislador de 2002, que não tratou expressamente da súmula e repetiu a disposição do Código de 1916, trouxe dúvida a respeito da vigência da Súmula. Francisco José Cahali (2004), por exemplo, é no sentido de que a súmula está superada:

Isto porque o novel legislador deixou de reproduzir a regra contida no malfadado artigo 259 (CC/1916). Desta forma, superada está a Súmula nº 377, desaparecendo a incidência de seu comando no novo regramento.

Maria Helena Diniz (2015), de antemão, a respeito da vigência da Súmula:

Questão bastante controversa, prenhe de múltiplos dissídios doutrinários e jurisprudenciais, é a de se saber se no regime de separação de bens, oriundo do imperativo legal, pode haver comunicabilidade de bens havidos na constância do matrimônio, por mútuo esforço dos cônjuges. A esse respeito alguns de nossos civilistas têm sustentado que a separação é absoluta, dentre eles: Clóvis Beviláqua, Caio Mário da Silva Pereira, Pontes de Miranda, Carvalho Santos, ao passo que outros, como Espínola, Washington de Barros Monteiro, Vicente Ráo, Orlando Gomes, Philadelpho Azevedo, Cândido de Oliveira etc., opinam pela separação limitada. Por outro lado, há inúmeros julgados que preconizam a incomunicabilidade dos aqüestos no regime obrigatório, fundamentando-se no fato de que o art. 259 do Código Civil de 1916 referia-se tão-somente aos casos de silêncio do contrato, tendo em vista única e exclusivamente a separação de bens convencional (RT, 237:596, 244:262, 295:702, 308:415, 316:276; RF, 128: 97, 199:124, 206:192; AL 112: 256), e, além disso, proibida estava a doação de um cônjuge a outro, revelando o intuito de querer uma separação pura de patrimônio; deversas sobre o assunto o STF (RT, 470:267-8) decidiu que "os efeitos da obrigatória separação de bens não podem ser contornados mediante doação de um nubente ao outro em escritura especial que corresponda, nesse particular, ao pacto antenupcial previsto no art. 312 do Código Civil" de 1916. Todavia, sem embargos dessas decisões, a jurisprudência procurou quebrar a rigidez do princípio da incomunicabilidade futura, admitindo a comunicação de bens adquiridos na constância do casamento, embora sob o regime da separação, mesmo na hipótese de ser obrigatório esse regime (Súmula 377 do STF; RT, 395:147, 542:184, 459:205). O Projeto do Código Civil, no art. 1.641, caput, in fine, viria a dissipar essa dúvida por prescrever expressamente que no regime obrigatório de separação de bens no casamento não haveria comunhão de aqüestos. Contudo, essa parte final não foi mantida na redação final do referido artigo, que tão-somente dispõe: "É obrigatório o regime de separação de bens no casamento". Com isso, perdura o problema de se saber se deve haver, ou não, a comunicabilidade dos aqüestos. Parece-nos que razão está com os que admitem a comunicabilidade dos bens futuros, no regime de separação obrigatória, para evitar enriquecimento indevido (CC, arts, 884 e 886) desde que sejam produto do esforço comum do trabalho e da economia de ambos, ante o princípio de que entre os consortes se constitui uma sociedade de fato por haver comunhão de interesses. Todavia, não há necessidade de se comprovar o concurso de esforços dos cônjuges para aquisição daqueles bens (JTJ, 143:93). Deversas, o STF, na Súmula 377, assim decidiu: "No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento", desde que tal aquisição seja onerosa e resulte de esforço comum, como reconhecimento de uma verdadeira sociedade de fato (RSTJ, 39:413; RT, 691:194; JTJ, 238:525-8). Não se comunicam os adquiridos a título gratuito ou com o produto de alienação de bens existentes anteriormente ao casamento (RT, 542:184). [...] (DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro : Direito de família. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pág. 188 a 190)

Apesar da divergência doutrinária, a súmula é utilizada em julgamentos, inclusive recentes. Em outubro de 2016 o Tribunal de Justiça Paulista, por ocasião do julgamento de recurso de apelação, prolatado pelo Conselho Superior de Magistratura, julgou imprestável a venda e compra de imóvel feita em nome de apenas um dos cônjuges casados sob o regime da separação total de bens, com exato fundamento na Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal³.

³ Recurso de Apelação nº 1112372-41.2015.8.26.0100, sob relatoria do Desembargador Pereira Calças

No julgado, o Tribunal Bandeirante ratifica a conduta do 5º Oficial de Registro de Imóveis da Capital Paulista, que se negou a registrar escritura pública de venda e compra de imóvel, sob o argumento de que a venda foi feita em nome de apenas um dos cônjuges, quando na realidade, por força da Súmula 377, por serem casados sob o regime da separação obrigatória, há a necessidade de inclusão do cônjuge adverso na escritura:

Poderiam os atuais proprietários, em tese, ter deixado consignado no título aquisitivo que o bem foi adquirido com valores amealhados antes da constituição do casamento, afastando, assim, o estado de comunhão do imóvel. No entanto, não havendo qualquer ressalva nesse sentido na escritura de compra e venda do imóvel lavrada em 2007 (fls. 47/49), aplica-se o disposto na Súmula nº 377 do Supremo, ou seja, opera-se a comunicação, permanecendo o bem em estado de comunhão entre os consortes.

Desse modo, como bem ressaltou o Oficial (fls. 46), para o ingresso do título, necessário que ambos os cônjuges figurem na escritura na qualidade de vendedores, não bastando a simples outorga ou anuência concedida por um deles em favor do outro. Só assim os princípios da continuidade e da disponibilidade restarão preservados.

O Superior Tribunal de Justiça, em 2010, por ocasião do julgamento de recurso especial prolatado pela Terceira Turma, também decidiu pela aplicação da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, mencionando que a outorga uxória é necessária mesmo no caso da separação obrigatória de bens, já que por força da Súmula, os cônjuges possuem interesse nos bens onerosamente adquiridos ao longo do casamento:

RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. DOAÇÃO DE BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO EM REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. OUTORGA UXÓRIA. NECESSIDADE. FINALIDADE. RESGUARDO DO DIREITO À POSSÍVEL MEAÇÃO. FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO COMUM. CONTRIBUIÇÃO INDIRETA. SÚMULA N. 7 DO STJ. RECURSO IMPROVIDO.

1. Negativa de prestação jurisdicional. Inexistência.
2. Controvérsia sobre a aplicação da Súmula n. 377 do STF.
3. Casamento regido pela separação obrigatória. Aquisição de bens durante a constância do casamento. Esforço comum. Contribuição indireta. Súmula n. 7 do STJ.
4. Necessidade do consentimento do cônjuge. Finalidade. Resguardo da possível meação. Plausibilidade da tese jurídica invocada pela Corte originária.
5. Interpretação do art. 1.647 do Código Civil.
6. Precedente da Terceira Turma deste Sodalício: "A exigência de outorga uxória ou marital para os negócios jurídicos de (presumidamente) maior expressão econômica previstos no artigo 1647 do Código Civil (como a prestação de aval ou a alienação de imóveis) decorre da necessidade de garantir a ambos os cônjuges meio de controle da gestão patrimonial, tendo em vista que, em eventual dissolução do vínculo matrimonial, os consortes terão interesse na partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento. Nas hipóteses de casamento sob o regime da separação legal, **os consortes, por força da Súmula n. 377/STF, possuem o**

interesse pelos bens adquiridos onerosamente ao longo do casamento, razão por que é de rigor garantir-lhes o mecanismo de controle de outorga uxória/marital para os negócios jurídicos previstos no artigo 1647 da lei civil." (REsp n. 1.163.074, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe 4-2-2010).

6. Recurso especial improvido.

(REsp 1199790/MG, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 02/02/2011) (destacamos)

Sem prejuízo da divergência a respeito da vigência ou não da súmula, fato é que o entendimento sumular é aplicado pelos Tribunais e defendido por doutrinadores de peso ainda nos dias de hoje.

Importante considerar que a Súmula 377 não é aplicável aos casos de separação convencional de bens, em que pese o entendimento contrário de autores como Maria Berenice Dias e Silvio Rodrigues, não só pela redação clara da súmula, mas por conta do contexto com que foi criada.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de acórdão da lavra da Ministra Nancy Andrichi:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CASAMENTO EM REGIME DE **SEPARAÇÃO** DE BENS. COMUNICABILIDADE DOS AQUESTOS. POSSIBILIDADE. Diploma legal incidente: Código Civil de 1916 Controvérsia: dizer se no regime de **separação convencional**, regido pelo CC/16, há necessidade de expressa manifestação para que os aquestos não se comuniquem. A adoção do regime de **separação convencional** de bens, à luz do Código Civil de 1916, tem como reflexo, a óbvia **separação** patrimonial tanto dos bens anteriores ao casamento, como também daqueles adquiridos, singularmente, na vigência do matrimônio. A restrição contida no art. 259 do CC-16, assim bem como o teor da **Súmula 377/STF**, incidem sobre os casamentos regidos pelo regime de **separação** legal de bens, nos quais não há atuação volitiva dos nubentes, quanto à fixação do regime de bens que regerá a futura união. Recurso conhecido e provido. (REsp 1626494/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, Djé 14/11/2016)

Rosa Maria de Andrade Nery (2015):

Pelo sistema da separação legal de bens, a Súmula 377 do STF prescreve que "comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento", diferentemente do que ocorre no regime do artigo CC 1687, em que os bens futuros permanecem na esfera do patrimônio próprio de cada cônjuge

De antemão, porque a separação obrigatória é destinada apenas ao casamento, descabido falar da aplicação da Súmula para a união estável, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento neste sentido:

CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA. BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA CONVIVÊNCIA.

NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO ESFORÇO COMUM. PRECEDENTE. ALTERAR A CONCLUSÃO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA DE QUE NÃO HOUE A DEMOSTRAÇÃO DO ESFORÇO COMUM NA AQUISIÇÃO DO PATRIMÔNIO. REEXAME DE PROVAS.

NECESSIDADE. INCIDE A SÚMULA Nº 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A Terceira Turma do STJ, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.403.419/MG, julgado aos 11/11/014, da relatoria do Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, firmou o entendimento de que a Súmula nº 377 do STF, isoladamente, não confere ao companheiro o direito de meação aos frutos produzidos durante o período de união estável independentemente da demonstração do esforço comum.

2. Alterar a conclusão do Tribunal a quo de que não houve a comprovação do esforço comum na aquisição ou manutenção do patrimônio do ex-companheiro falecido demanda o reexame do conjunto fático-probatório do autos, o que não é possível de ser feito em recurso especial, a teor da Súmula nº 7 do STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 675.912/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 11/06/2015)

A Súmula 377 do STF, portanto, abre exceção à incomunicabilidade do regime da separação de bens, precisamente no caso da separação obrigatória de bens. Há dúvida doutrinária e jurisprudencial sobre a sua vigência, no entanto, demonstrada sua utilização ainda nos dias de hoje pela doutrina e pela jurisprudência, indispensável abordar o entendimento sumular, ao tratar do regime da separação de bens.

7 O JULGADO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O julgado nº. 992.749-MS do Superior Tribunal de Justiça aborda a sucessão do cônjuge casado sob o regime da separação convencional de bens e, por ter relacionado, de forma equivocada, regime de bens com sucessão, importa também para o estado do regime da separação total.

Regime de bens é disposição patrimonial de comum acordo entre o casal, no casamento ou na união estável, enquanto perdurar o casamento ou a união estável. O regime de bens existe porque há casamento e porque há união estável, com o fim da união, seja ela matrimonial, seja de fato, está também extinto o regime de bens.

O casamento, conforme determina o artigo 1571 do Código Civil, extingue-se pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial e pelo divórcio, logo, extinto o casamento, está extinto o regime de bens:

Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:
I - pela morte de um dos cônjuges;
II - pela nulidade ou anulação do casamento;
III - pela separação judicial;
IV - pelo divórcio.

A extinção da união estável, de antemão, não veio elencada pelo legislador no Código Civil, sem prejuízo da crítica a respeito da pouca regulamentação do instituto, a união estável é situação de fato, está configurada a partir da existência de convivência duradoura, contínua e estabelecida com o objetivo de constituir família e está extinta quando o objetivo de constituição familiar deixar de ser atendido.

A grande polêmica está na extinção do casamento e da união estável por meio da morte, já que a partir deste evento, o regime de bens também está extinto, a partilha de bens não ocorre de acordo com a disposição patrimonial do casal de cônjuges ou de companheiros, a partilha a partir da morte é diferente da partilha por meio do divórcio.

É uma questão hermenêutica, de interpretação sistemática do Código Civil, o casamento e o regime de bens estão inseridos dentro do Livro IV, que trata do Direito das Famílias, no entanto, a abertura da sucessão está contida no Livro V, que trata sobre o Direito das Sucessões.

As regras sucessórias são diferentes das regras de família, próprio do direito de família e existente em razão do casamento ou da união estável, uma vez extintos qualquer desses institutos, o regime de bens dá lugar às regras sucessórias, daí não importar a escolha do regime para a infeliz hora da morte do cônjuge ou do companheiro.

A questão, todavia, não é tão delineada assim e, por envolver forte dissidência doutrinária e jurisprudencial, merece atenção também para o estudo do regime da separação de bens, principalmente porque em 2009, o STJ, por meio de decisão da lavra da Ministra Andri ghi, mudou por completo o rumo da questão, incluindo, na sucessão, o regime de bens.

Em primeiro lugar, insta abordar como é a sucessão no caso da separação legal e no caso da separação convencional de bens e, ao tratar do tema é imprescindível falar da diferença entre herança e meação, institutos completamente diferentes.

Meação é o direito do cônjuge ou do companheiro que possui patrimônio comum com o cônjuge adverso, ocorre por meio da identificação do monte partilhável e, esta sim, a partir do qual, metade será destinada a cada cônjuge, a depender do regime de bens.

A meação depende do regime de bens, pois é instituto atinente ao Direito de Família, consiste na partilha igualitária, entre os cônjuges e companheiros, do acervo partilhável quando efetivamente houver acervo partilhável, ou seja, quando houver bens comuns.

Herança, de antemão, é instituto do Direito das Sucessões, herdar é receber patrimônio por ocasião da abertura da sucessão de outrem, herança é nada mais nada menos que o acervo de patrimônio deixado pela pessoa que acaba de falecer, para seus sucessores legais.

A meação, como se vê, depende do regime de bens no casamento ou na união estável, a herança, todavia, se dá pelo parentesco, daí também a crucial diferença entre os institutos. No mesmo sentido

A meação do cônjuge, como já acenado, não é herança. Quando da morte de um dos consortes, desfaz-se a sociedade conjugal. Como em qualquer outra sociedade, os bens comuns, isto é, pertencentes às duas pessoas que foram casadas, devem ser divididos. A existência de meação, bem como de seu montante, dependerá do regime de bens do casamento. (VENOSA, 2014)

Fato é que a meação não existe no regime da separação de bens, com exceção da separação obrigatória, que por força da Súmula 377 do Superior Tribunal de Justiça, faz com que após o casamento os cônjuges vivam sob a comunhão parcial de bens.

A separação convencional de bens não importa para efeitos sucessórios, havendo apenas bens particulares do “de cujus”, o companheiro ou cônjuge supérstite concorre com os descendentes ou ascendentes por cabeça.

Num primeiro momento, a conclusão irresistível é de afirmar que na separação de bens o cônjuge sobrevivente não concorre na sucessão, não tem direito à partilha de bens por ocasião da morte, já que não há partilha, todavia, a redação do artigo 1.829, inciso I do Código Civil demonstra o contrário:

“Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;”

No mesmo sentido, a respeito da sucessão do cônjuge que opta pelo regime da separação convencional de bens, Zeno Veloso:

Tenho escrito muitas vezes sobre a matéria, mas, especialmente, no livro “Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro”, editado pela Saraiva/SP, e que está esgotado. Desde sempre, defendi e garanti que o cônjuge sobrevivente (viúva, viúvo), que foi casado com o falecido sob o regime da separação convencional, aquele que depende de ter sido feito e assinado um pacto antenupcial, concorre com os

descendentes do falecido, isto é, divide a herança com os filhos do autor da herança, observados os artigos 1.829 e 1.832 do Código Civil.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça, em 2009, em julgamento de um caso prático que envolvia a sucessão do cônjuge no regime da separação convencional de bens⁴, da lavra da Ministra Nancy Andrighi, mudou por completo o cenário a respeito da matéria.

Em suma, a viúva casada com o *de cuius* pelo regime da separação convencional de bens, pleiteava seu reconhecimento como herdeira necessária e, como tal, seu quinhão na herança. O autor do inventário, todavia, possuía três filhos que ofereceram resistência à habilitação da viúva, sob o fundamento de que no regime da separação convencional o cônjuge supérstite não herda patrimônio algum.

Para pôr fim ao litígio, em primeiro lugar, a Ministra Nancy Andrighi cirou três vertentes sobre o artigo 1.829 na decisão, a fim de melhor analisar e julgar o caso, pacificando a matéria:

1ª Corrente, baseada no Enunciado 270 da III Jornada de Direito Civil: Na separação legal de bens o cônjuge supérstite não concorre com os descendentes, seja os bens particulares ou não, esta corrente não deixa claro se há meação. Na separação convencional de bens, o cônjuge supérstite não tem direito à meação, concorre com os descendentes quanto aos bens particulares, não existem bens comuns.

2ª Corrente, declarada majoritária pela Ministra: na separação de bens convencional, o cônjuge supérstite, na separação obrigatória, não herda bens particulares e nem comuns, não ficando definida a questão a respeito da meação. Na separação convencional, todavia, não há meação e o cônjuge supérstite, em concorrência com descendentes, herda bens particulares e comuns.

3ª Corrente, de Maria Berenice Dias: Na separação legal de bens não há definição sobre meação e o cônjuge supérstite, não herda bens particulares ou comuns. Na separação convencional, o cônjuge supérstite herda bens particulares e comuns em concurso com os descendentes.

⁴ Recurso Especial nº. 992.749-MS

No julgado, demonstradas as teses a respeito da sucessão dentro da separação de bens, a Ministra teceu comentários a respeito da autonomia da vontade, utilizada pelas partes para a eleição da separação de bens, por meio de pacto antenupcial devidamente registrado no Tabelião competente:

Sob a ótica da força normativa do pacto antenupcial, é fundamental o respeito à vontade lícita e livremente manifestada pelos nubentes. Dotado de publicidade e eficácia de oponibilidade perante terceiros, a expressão de autonomia das partes por meio do pacto antenupcial, não pode ser aviltada, sob pena de termos um direito muito volátil.

Citando o Ilustre Jurista Miguel Reale, a Ministra sustenta que o que foi escolhido em vida, não pode ser alterado por conta da morte, porque o fenômeno sucessório “traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida”.

Na decisão defende-se que permitir a partilha de bens por conta da abertura da sucessão, no regime da separação convencional, é alteração do regime de bens *post mortem*, o que em hipótese alguma pode ocorrer, já que a mudança possui requisitos específicos como a concordância dos cônjuges:

Haveria, indubitavelmente, em tais situações, a alteração do regime matrimonial de bens *post mortem*, ou seja, com o fim do casamento pela morte de um dos cônjuges, seria alterado o regime de separação convencional de bens pactuado em vida, permitindo ao cônjuge sobrevivente o recebimento de bens de exclusiva propriedade do autor da herança, patrimônio ao qual recusou, quando do pacto antenupcial, por vontade própria.

Segundo a decisão, porque em vida os cônjuges escolheram este regime para reger seus patrimônios, na morte tais disposições não poderiam ser diferentes. Permitir a concorrência ou a meação do cônjuge casado sob o regime da comunhão convencional de bens é alterar o regime por conta de sua morte, é disposição que desrespeita a manifestação de vontade feita em vida.

As regras impressas nos artigos 1.687 e 1.829, I do Código Civil, segundo a decisão, se contrapõem, já que o primeiro estabelece liberdade para convencionar a separação de bens e, o

segundo, após a morte, contraria o objetivo do próprio regime, permitindo a concorrência da viúva na sucessão, a saber:

Isto porque, se o casamento foi celebrado pelo regime da separação convencional, significa que o casal escolheu – conjuntamente – a separação do patrimônio. Não há como violentar a vontade do cônjuge – o mais grave – após sua morte, concedendo a herança ao sobrevivente com quem ele nunca quis

Importante consideração feita pela Ministra foi a respeito da elaboração de um testamento ou de modificações no pacto, caso os cônjuges quisessem que o supérstite concorresse com os demais herdeiros. A Ministra cita que eles já eram um casal que utilizou pacto antenupcial (o que é raro, segundo ela), portanto para eles não se aplica a ressalva de que parte da população tem com testamentos e atos de administração patrimonial no matrimônio:

Ressalte-se que o pacto antenupcial é contrato solene, devendo ser lavrado por escritura pública, é dispendioso, poucas são as pessoas que têm informação a respeito e menor ainda é o número de casais que por ele opta, pois o pacto antenupcial pode ser até uma quebra dos próprios sentimentos das pessoas envolvidas afetivamente.

Em se tratando de circunstâncias extraordinárias, em que a situação particular dos nubentes exige o pacto, não hesitarão estes em lançar mão de testamento ou de doação em vida ao cônjuge, para protegê-lo financeiramente, se assim o quiserem. Isso significa dizer que, para esses casais, não se aplica a afirmação de que a maioria das pessoas é avessa a pactos e testamentos. Diversamente, não estão inseridos na situação fática da maioria, ao celebrarem pacto antenupcial, com observância de todas suas solenidades, para regulamentar sua vida civil.

O recurso especial dos descendentes do *de cujus* foi provido, tirando da viúva recorrida o direito à concorrência com os demais herdeiros na qualidade de herdeira necessária, pois o contrário violaria o que o casal escolheu em vida e o princípio da boa fé objetiva.

Mas o ponto crucial que o julgado afeta, ao tratar do regime da separação de bens, é a mistura entre regras sucessórias e regras matrimoniais.

Não é demais repetir que as regras sucessórias e as regras matrimoniais são distintas, compostas de princípios distintos, tanto que estão localizadas em livros diferentes do Código Civil, a mistura feita pelo julgado do Superior Tribunal de Justiça acaba generalizando e misturando o regramento de dois eventos completamente distintos na vida do ser humano: constituição de família e morte.

A morte põe fim ao casamento e, neste caso, ao regime de bens, não há o que dizer a respeito da vigência do regime após a abertura da sucessão de um dos cônjuges, o contrário seria afirmar que há eficácia póstuma para o regime de bens, disposição desprovida de previsão legal.

José Fernando Simão (2009), em crítica veemente ao acórdão do STJ que atribuiu efeito *post mortem* ao regime de bens, leciona:

Haveria algo como uma eficácia póstuma do regime de bens que um dia existiu. Curiosa a interpretação, porque, novamente, não encontra guarida na doutrina e jurisprudência pátrias. Se mantida for a interpretação segundo a qual o regime extinto (ou a própria sociedade conjugal) produz efeitos *mortis causa*, é de se perguntar qual outra surpresa o sistema teria em seu bojo. Eventualmente poder-se-ia falar de meação póstuma? De deveres póstumos?

Ainda que se tenha escolhido em vida o regime de bens da separação convencional para o casamento, tal escolha não se torna regra para efeitos sucessórios, a única importância que o regime de bens tem para o momento da abertura da sucessão diz respeito à meação, instituto que sequer faz parte do Direito das Sucessões, é instituto do Direito de Família.

A escolha do regime da separação convencional de bens importa para o cônjuge supérstite, pois, pela natureza do regime, não há meação, todavia, a regra para a hora da morte é diferente, o artigo 1829, inciso I do Código Civil não exclui os cônjuges casados sob o regime da separação convencional de bens, embora o cônjuge não seja meeiro, é, sem dúvida, herdeiro.

Finalmente, o julgado acabou abordando a sucessão em cada um dos regimes, fugindo do escopo do recurso, também ignorou por completo a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, deixando de falar que há sim meação entre os cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de bens.

Aliás, o acórdão, apesar de ter almejado pacificar a questão do regime de bens na abertura da sucessão, mesmo que apenas o regime da separação convencional de bens tenha sido objeto de recurso especial, deixou de citar as disposições a respeito da união estável.

Sobre o julgado e sobre e sua inaplicabilidade aos casos análogos, Carlos Roberto Gonçalves (2015), fundamenta que as razões do acórdão serviram para fazer justiça no caso concreto, no entanto, não serve para alterar a sucessão do cônjuge casado sobre o regime da separação convencional de bens:

Observa-se que se procurou, na hipótese, fazer justiça no caso concreto, mencionando o acórdão de não ter havido longa convivência do casal (cerca de dez meses), bem como a circunstância de que, quando desse segundo casamento, o autor da herança, pessoa idosa, já havia formado todo o seu patrimônio e padecia de doença incapacitante. Por essa razão, acredita-se que tal orientação não servirá de diretriz para a generalidade dos casos.

A verdade é que o julgado, por ter misturado regras sucessórias e regras matrimoniais, promovendo, ainda, interpretação equivocada do artigo 1829, inciso I do Código Civil, acabou trazendo mais insegurança jurídica para o assunto da separação de bens, já tão conturbado.

8 CONCLUSÃO

Nem mesmo o Código Civil cuidou de ser exato com relação ao conceito de separação de bens, ao passo que dá liberdade aos nubentes para escolha e administração autônoma de seu patrimônio, usa o regime como “penalidade” aos idosos que contraem matrimônio, em grande e injustificada contradição.

A insegurança jurídica a respeito do assunto é enorme, casar-se pelo regime da separação de bens é uma aventura, de antemão, fazer uso do regime porque a lei determina também não parece trazer aos cidadãos uma situação isenta de litígios.

Entendemos que o problema é acima de tudo cultural, a origem histórica do casamento, ligada intimamente ao dogma religioso da indissolubilidade, imprimiu conceito social de que casamento e, por conseguinte, a união estável, significam união plena de vidas, nessa união a separação de bens é muito mal vista, porque significa tirar a plenitude de uma dos segmentos da vida humana: do patrimônio.

Na Bíblia, em Mateus, capítulo 19, versículo 6, há a menção de que no casamento “eles já não são dois, mas sim uma só carne. Portanto, o que Deus uniu, ninguém separe”, a passagem bíblica bem demonstra que sendo os cônjuges um só, seria impossível que cada um tivesse patrimônio individual, o que explica um pouco a pouca aceitação do regime da separação de bens e como ele reflete nos julgados, na legislação e na doutrina de forma polêmica.

A notícia a respeito do casamento traz para a pessoa que a recebe uma ideia de entrelaçamento de vidas, de “felizes para sempre”, algo que durará para sempre. A ideia de separação de bens quebra essa regra, pois mostra que a comunhão de vida não atingirá tudo o que envolve os nubentes, o patrimônio ficará de fora.

Este conceito social são elementos que fez com que o próprio Legislador divergisse de ideias no regime da separação de bens: o Código assume que no regime convencional de separação de bens o patrimônio dos cônjuges é incomunicável, mas ao mesmo tempo inclui a viúva na partilha de bens do cônjuge falecido.

A incongruência do próprio Código Civil demonstra o conflito de ideias, nem mesmo o Legislador aceita tanto a liberdade para a escolha do regime de bens e a separação total de bens, pois ela soa como algo negativo. A utilização do regime da separação como pena aos idosos que contraem matrimônio claramente mostra a forma como a sociedade e, por conseguinte, o Legislador de 2002, concebe o regime da separação de bens.

A incongruência, conforme exposto, está também nos julgados e nos entendimentos doutrinários a respeito, não há consenso sobre a simplicidade da escolha: o que é meu é meu, o que é seu, é seu, alguns julgadores e doutrinadores parecem, por conta mesmo desse conceito social, não aceitar a livre escolha daqueles que optam pelo regime da separação de bens.

Para os que escolhem o regime da separação total ou aos que devem obrigatoriamente utiliza-la, os desafios são imensos, a lavratura do pacto antenupcial ou a imposição legal, face à divergência de entendimentos a respeito da separação de bens, não trazem segurança alguma aos nubentes e, o que é pior, acaba, de modo equivocado, influenciando o tratamento sucessório.

BIIBLIOGRAFIA

CAHALI, Francisco José. Família e Sucessões no Código Civil de 2002: acórdãos, sentenças, pareceres e normas administrativas. 1ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 3ª Edição. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena; Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. Volume 5. 30ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

DE MIRANDA, PONTES; Tratado de Direito Privado. Rio de Janeiro: Borsoni, 1971.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro Volume VI. 12ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro Volume VII. 12ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

NERY, Rosa Maria de Andrade. Instituições de Direito Civil: Família. Volume V. 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: Direito de Família. Volume V. Revista e Atualizada por Tânia da Silva Pereira. 20ª Edição. São Paulo: Editora Forense, 2012.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Direito de Família. 27ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

SIMÃO, José Fernando. Direito de Família: Novas Tendências e Julgamentos Emblemáticos. 1ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

VELOSO, Zeno. Sucessão do Cônjuge. In:
<https://zenovelosooficial.wordpress.com/2016/01/02/sucessao-do-conjuge-por-zeno-veloso/>

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Direito das Sucessões. 14ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Direito de Família. 9ª. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2.009