

A SÚMULA 377 DO STF E SUA ATUAL APLICAÇÃO

Nadime Meinberg Geraige

1 – INTRODUÇÃO:



O presente artigo tem por objeto o estudo da origem e atual aplicação da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, a qual foi aprovada em Sessão Plenária realizada em 03 de abril de 1964 e Publicada no DJ de 8/5/1964, p. 1237; DJ de 11/5/1964, p. 1253; DJ de 12/5/1964, p. 1277.

Estabelece o Enunciado do Supremo Tribunal Federal:

Súmula 377: *No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.*

Para tanto, entendemos conveniente realizar breve análise acerca dos artigos relacionadas nos motivos da Súmula e correspondente no Código vigente, passando ao estudo posterior da divergência acerca de sua origem e, finalmente, a discussão sobre o mérito da Súmula e argumentos da doutrina que afirmam por sua revogação em face das razões sustentadas pelo Poder Judiciário para manter a aplicação do Enunciado.

2 – DO REGIME DA SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS:

2.1 – NO CASAMENTO:

A Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal versa so-

bre a comunicação de bens adquiridos na constância da união, ou seja, a comunicação dos aquestos, no regime da separação obrigatória de bens, hoje previsto no artigo 1641 do atual Código Civil e quando da publicação da Súmula, em 1964, regime regrado no parágrafo único do artigo 258 do Código de 1916.

CC de 2002

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

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

CC de 1916

Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial.

Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens do casamento:

I - Das pessoas que o celebrarem com infração do estatuído no art. 183, XI a XVI (art. 216);

II - do maior de 60 (sessenta) e da maior de 50 (cinquenta) anos;

III - do órfão de pai e mãe, ou do menor, nos termos dos arts. 394 e 395, embora case, no termos do art. 183, XI, com o consentimento do tutor; IV - de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, XI, 384, III, 426, I, e 453).

Desde sempre, a justificativa para a existência do regime da separação legal de bens é a alegação de norma protetiva que retira ou restringe os efeitos patrimoniais do casamento. É a proteção da paz familiar, afastando confusão patrimonial quando: (i) existente causas suspensivas para o casamento, conforme rol taxativo do artigo 1523 do Código Civil; (ii) do maior de 70 anos, que poderia ser facilmente seduzido por pessoa mais jovem almejando o enriquecimento fácil e rápido, por meio do casamento, e; (iii) do menor que não teve autorização dos pais para casar e buscou suprimimento judicial.

Muito embora se mantenha firme a intenção do legislador em limitar a manifestação da vontade dos nubentes nos casos excepcionados no diploma civil, tanto que repetida a regra no artigo 1641 do Código de 2002, muito tem sido criticada essa imposição legal, ao nosso ver, com razão.

A Constituição Federal de 1988 adotou valores que consagram a livre manifestação de vontade, a solidariedade e a dignidade da pessoa humana, assim a limitação imposta pelo artigo 1641 (e antigo artigo 258) mais parece uma intervenção desarrazoada na liberdade e na autonomia privada, como verdadeira sanção patrimonial, demonstrando maior preocupação com a preservação de bens ou herança do que com a dignidade do casal, em especial do conjugê, dito idoso.

Neste sentido, o inciso II do artigo 1641 em debate é o que traz maior polêmica (limitação imposta em razão da idade), pois nos casos dos incisos I e III sempre haverá a possibilidade, superado o impedimento, da mutabilidade do regime de bens, introduzida pelo § 2º do art. 1639 do atual Código Civil. Lembrando, ainda, que o menor que casar com consentimento dos pais pode escolher livremente o regime, ou seja, em verdade, não há limitação em razão de idade mínima.

O mestre Silvio Rodrigues narra de forma franca que: *“Tal restrição, ao meu ver, é atentatória da liberdade individual. A tutela excessiva do Estado sobre pessoa maior e capaz é descabida e injustificável. Aliás, talvez se possa dizer que um das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém. Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma sexagenária ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhe aprouver.”*¹

São muitos os argumentos que facilmente rebatem a imposição do regime de separação obrigatória de bens, tais

¹ Silvio Rodrigues. “Direito Civil, Direito de Família”, São Paulo, Saraiva, 2002, V. 6, 27 Ed, p. 183

como: a plenitude do Estado da Pessoa, pois a capacidade alcançada aos 18 anos só pode ser afastada por processo judicial de interdição, o fato de que a comunhão estaria resguardado pela meação e o impedimento imposto a qualquer pessoa de dispor completamente de seu patrimônio através de doação, conforme artigo 548 do próprio Código Civil.

Neste contexto, acertadamente afirma a Professora Silmara Juny Chinelato ao comentar o artigo 1641: *“Não há razão científica para tal consideração. Ao contrário, pessoas com mais de 60 anos aportam a maturidade de conhecimento da vida pessoal, familiar e profissional, devendo, por isto, ser prestigiada quanto à capacidade de decidir por si mesma.”*²

Prossegue a Professora citada, afirmando dados reais do IBGE no sentido de que a idade média da população brasileira está em ascensão e afirma injustificável o tratamento desigual entre iguais: *“a desigualdade só se justifica quando tratada desigualmente os desiguais, no ponto em que se desigualam.”*³

De fato, não é possível afirmar pela disparidade de disernimento de um Sr. de 70 anos nos dias atuais com a de um rapaz de 25 anos ou um adulto de 40 anos.

É certo que, a Constituição Federal cuidou de vedar qualquer forma de discriminação, seja de raça, cor ou idade. Portanto, idade não pode acarretar presunção de incapacidade civil. Assim, a plena capacidade deve ser auferida caso a caso!

Importante distinção deve ser feita entre tutela com poder de fiscalização e controle, pois o último restringir a autonomia privada e limita de maneira exacerbada a vontade e a liberdade dos indivíduos. O Estado deve proteger e não intervir, e, protege, através de medidas tais como a possibilidade de interdição e decretação de nulidade de negócios jurídicos ou com regras, com a já mencionada impossibilidade de doação

² Silmara Juny Chinelato, “Comentários ao Código Civil, Parte Especial do Direito de Família, Coordenador Antônio Junqueira de Azevedo, São Paulo, Saraiva, 2004, V. 18, pg. 290

³ ob. cit. 290.

total de patrimônio.

Contudo, nos Tribunais, a tese da inconstitucionalidade do artigo 1641 ainda não é vitoriosa, preponderando o entendimento de que a restrição é proporcional e que o intuito protetivo do legislador deve prevalecer, o que manteve a discussão doutrinária acerca da aplicação da Súmula 377, conforme se mostrará adiante.

2.2. NA UNIÃO ESTÁVEL:

Breve parêntese é feito para analisar a aplicação do regime obrigatório de separação de bens nas uniões estáveis, pois tal conclusão irá refletir também na aplicação da Súmula 377 aos casais que optarem por essa relação.

O Artigo 1725 do Código Civil, que versa sobre o regime de bens na união estável, não traz qualquer imposição legal para adoção do regime da separação obrigatória ou qualquer outro, portanto seria mais vantajoso para os maiores de 70 anos viverem juntos ao se casar. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça tem fixado entendimento diverso, reconhecendo a necessidade de aplicação do regime de separação obrigatória de bens, para uniões iniciadas após os 70 anos, aplicando-se ainda os efeitos da Súmula 377 do STF para os aquestos.⁴

⁴ "UNIÃO ESTÁVEL. DISSOLUÇÃO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. SÚMULA Nº 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES DA CORTE. (...) 2. As Turmas que compõem a Seção de Direito Privado desta Corte assentaram que para os efeitos da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal não se exige a prova do esforço comum para partilhar o patrimônio adquirido na constância da união. Na verdade, para a evolução jurisprudencial e legal, já agora com o art. 1.725 do Código Civil de 2002, o que vale é a vida em comum, não sendo significativo avaliar a contribuição financeira, mas, sim, a participação direta e indireta representada pela solidariedade que deve unir o casal, medida pela comunhão da vida, na presença em todos os momentos da convivência, base da família, fonte do êxito pessoal e profissional de seus membros. (...) 4. Recurso especial não conhecido." (REsp 736627/PR, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, DJ 01/08/2006)

"DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO.

Neste ponto também diverge a doutrina.

Por exemplo, a jurista Regina Beatriz Tavares da Silva, entende que o artigo 1725 admite interpretação extensiva em decorrência da expressão *no que couber* e considera que existe hierarquia entre o casamento e a união estável, estando àquele no topo da pirâmide a regra restritiva deve ser aplicada ao instituto da união estável, a qual não pode gerar direitos que o casamento não gere.

De outro turno, o Professor José Fernando Simão, de forma acertada ao nosso ver, esclarece que sendo o artigo 1641 norma restritiva de direitos, não comportaria interpretação correlativa e arremata que as regras do casamento e da união estável não se confundem: *“Essa é a regra que defendemos. Isto porque, conforme dissemos anteriormente, as regras do casamento e da união estável não se confundem. As restrições de um instituto não se aplicam ao outro, pois se respeitam suas diferenças. Assim, a restrição do casamento por separação obrigatória não se aplicaria à união estável.”*⁵

Contudo, como dito acima, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento diverso e amplia a restrição do artigo 1641 do Código Civil às uniões estáveis, mas reconhece não haver necessidade de imposição do regime legal aos casamentos

SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. ART. 258, § ÚNICO, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. 1. Por força do art. 258, § único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou quinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou mulher maior de cinquenta. 2. Nesse passo, apenas os bens adquiridos na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum, devem ser amealhados pela companheira, nos termos da Súmula n.º 377 do STF. 3. Recurso especial provido.” (RECURSO ESPECIAL Nº 646.259 - RS (2004/0032153-9) RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

⁵ José Fernando Simão, “Direito de Família no Novo Milênio, Estudo em Homenagem ao Professor Álvaro Villaça de Azevedo”, São Paulo, Editora Atlas, 2010, p. 360

que foram precedidos de união estável iniciada antes de um dos cônjuges alcançar a idade de 70 anos.

3 – ORIGEM DA SÚMULA:

Entender a origem da Súmula objeto do presente estudo é importante para a compreensão da coerência acerca da legitimidade de sua atual aplicação ou não.

É forte a doutrina que afirma ter a Súmula origem na necessidade de equiparação da comunhão dos aquestos prevista no artigo 259 ao regime obrigatório do parágrafo único do artigo 258, ambos do Código Civil de 1916.

Dizia o artigo 259 em destaque:

“Art. 259. Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento.”

Veja que o artigo 259 criava uma verdadeira comunhão de bens se não estabelecido expressamente o destino dos aquestos no “pacto antinupcial” ou contrato, como preferiu chamar o dispositivo legal. Nas palavras do Mestre Silvio Rodrigues, “*verdadeira armadilha aos nubentes*”⁶

Para sanar a disparidade entre os regimes, que possibilitava a comunhão dos aquestos àqueles que livremente optavam pela separação de bens e vedava tal possibilidade aos que, devido às circunstâncias, tiveram sua manifestação de vontade restringida pela imposição legal, o Superior Tribunal de Justiça à época, editou a Súmula 377.

Ao nosso ver, acreditamos não haver dúvida de qual a origem da Súmula foi sanar a disparidade criada pelo artigo 259 do CC de 1916 que estabelecia a possibilidade de comunicação dos aquestos para o regime da separação convencional e não para a legal, pois há menção expressa deste dispositivo e

⁶ ob. cit. p. 186.

do artigo 258 nas referências do Enunciado.

Neste sentido, pronunciou o Ministro Moreira Alves, em Maio de 1977 no julgamento do AI n. 70303 AgR / RJ:

“REGIME DA SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS. COMUNICAÇÃO - DOS AQUESTOS. A SÚMULA 377 VISOU A DAR SOLUÇÃO A CONTROVERSIA SOBRE SE AO REGIME DA SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS (PARAGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 258 DO CÓDIGO CIVIL) SE APLICAVA A REGRA DO ARTIGO 259 DO MESMO CÓDIGO, APESAR DE ESTE ALUDIR A "SILENCIO DO CONTRATO" E O REGIME DA SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS NÃO RESULTAR DE CONVENÇÃO ANTENUPCIAL. E A SOLUÇÃO QUE DEU FOI A DE APLICAR O DISPOSTO NO CITADO ARTIGO 259 DO REFERIDO REGIME DE BENS. ESSE O MOTIVO PORQUE, NA REFERENCIA DESSA SÚMULA, SE ENCONTRAM MENCIONADOS OS ARTIGOS 258 E 259 DO CÓDIGO CIVIL. EM CASOS QUE TAIS, POR SE TRATAR DE DISCIPLINA DE REGIME DE BENS E NÃO DE SOCIEDADE DE FATO, PARA A COMUNICAÇÃO DOS BENS BASTA SUA AQUISIÇÃO NA CONSTANCIA DO CASAMENTO, ENTENDIDA ESTA EXPRESSAO COMO SOCIEDADE CONJUGAL E NÃO COMO VINCULO MATRIMONIAL, TANTO ASSIM QUE, COM O DESQUITE (QUE SÓ DISSOLVE A SOCIEDADE CONJUGAL), SE POE TERMO AO REGIME MATRIMONIAL DE BENS, COMO SE O CASAMENTO (ISTO E, O VINCULO) FOSSE DISSOLVIDO (ART. 322 DO CÓDIGO CIVIL). O EQUIVOCO DO AGRAVANTE FOI O DE ENTENDER QUE A SOCIEDADE CONJUGAL SE EXTINGUE COM A SIMPLES SEPARAÇÃO DE FATO, O QUE NÃO É CERTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.” (STF / AI 70303 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO, Min. MOREIRA ALVES – 08/06/77)

Há ainda a doutrina que, embora admita que a Súmula tem origem nos artigos 258 e 259 do antigo Código Civil, ao analisar o mérito dos referenciados dispositivos, afirma que a Súmula, em verdade, não deveria existir em tempo algum. Des-

ta opinião comungam Silvio Rodrigues⁷, José Francisco Cahali⁸ e Inácio de Carvalho Neto⁹.

Isto porque, o artigo 259 em discussão fazia referência expressa “ao silêncio do contrato”, ou seja, do “pacto”, que somente se exige para os regimes de bens convencionais, nunca para o regime legal. E mais, se a ideia do legislador fosse a comunicação dos aquestos, teria mencionado o regime da comunhão de bens no parágrafo único do artigo 258 e não a separação de bens.

Entretanto, fato é que, a incomunicabilidade de bens já vinha sofrendo abalos em sua rigidez pela ideia de que pelo convívio conjugal também se estabelecia uma verdadeira sociedade de fato, assim, havendo conjunção de esforços deveria se reconhecer a meação entre os cônjuges, sob pena de privilegiar o enriquecimento indevido. Àquele tempo, também travou-se verdadeira discussão sobre o que seria a prova da comunhão de esforços e, neste cenário, vingou a ideia da Súmula ampliando a aplicação do artigo 259 aos casados sob o regime da separação obrigatória de bens, prevalecendo o princípio da comunhão parcial quanto aos bens adquiridos na constância do casamento.

Por outro entendimento, apensar da Súmula trazer expressamente em suas referências os artigos 258 e 259 do Código Civil, a origem seria a necessidade de equiparar direitos aos casais que por qualquer motivo lhes fora imposto o regime da separação legal de bens, homenageando o princípio da solidariedade. Em especial diante do contexto histórico onde viúvas de imigrantes (em maioria italianos) que já vinham casadas pelo regime da imposição legal da separação de bens, chegavam ao

⁷ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. V. 6 – Direito de Família, São Paulo, Saraiva, 2002

⁸ CAHALI, Francisco José. A Súmula 377 e o Novo Código Civil e a Mutabilidade do Regime de Bens. www.cahali.adv.br_arquivos_CAHALI - Súmula 377 e Mudança de Regime de Bens

⁹ CARVALHO NETO, Inácio de. A Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal e o Novo Código Civil. www.flaviotartuce.adv.br/artigos/inacio_sumula.doc

Brasil desprovidos de qualquer riqueza e construíam todo o patrimônio através do trabalho exercido aqui. Assim, seria uma questão de justiça social, de comunhão de obrigações e direitos.

Neste sentido defende a doutrina de Maria Berenice Dias, afirmando que a origem da Súmula não é meramente o artigo 259 do CC de 1916, mas sim o fato de que o casamento gera verdadeiro vínculo de solidariedade e que: *“Procurou a justiça amenizar os efeitos nefastos da lei que pune quem desobedece à injustificável recomendação de não casar.”*¹⁰

Ainda na mesma década de 70, diferente do Ministro Moreira Alves, o voto do Min Antonio Neder, consagra o princípio da solidariedade para autorizar a comunicação dos aquestos, nos termos da Súmula 377, no RE 78811 / GB:

“1. Alemães casados pelo regime da separação de bens de acordo com a lei nacional de ambos, que se radicaram no Brasil após o casamento. Se o marido e a mulher se mantiveram sempre unidos e conjugaram esforços para levar a cabo a formação do patrimônio comum, ainda que a cooperação da esposa tenha sido limitada ao trabalho domestico, tem ela indiscutivelmente o direito, até mesmo natural, de compartilhar daquele complexo de bens, como dispõe o art. 259 do Código Civil. Não importa que o marido e a mulher sejam estrangeiros e hajam celebrados o casamento pelo regime da separação de bens, nos termos da lei nacional de ambos, porque, no pormenor da comunhão dos aquestos, o importante e decisivo e o esforço comum e construtivo desenvolvido pelo casal no domicílio em que ele construiu ou formou O patrimônio pelo trabalho constante e conjugado do marido e da mulher. Trata-se de uma realidade que o direito positivo se limita a homologar, tão difícil e sua negação. 2. Recurso extraordinário provido, nos termos do verbete 377 da Súmula do STF.” (STF / RE 78811 / GB – GUANABARA, J. 29/04/75, Min. ANTONIO NEDER

Neste sentido a Súmula 377 afirmaria que a formação

¹⁰ Maria Berenice Dias, “Manual de Direito das Famílias”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, 10 Ed., p. 332.

do patrimônio comum se dá pela convivência, pela mútua assistência não só em termos materiais, por isto leva a presunção do esforço comum em termos gerais e não estritamente mercantil.

Como já dito, não há unanimidade na doutrina acerca da origem da Súmula e embora a jurisprudência daquele tempo não seja firme, boa parte das decisões leva a crer que estaria referenciada à equiparação dos artigos 258 e 259 do Código Civil, embora reconheça a presunção do esforço comum pela simples existência da sociedade conjugal, não a equiparando a sociedade de fato, como fazia à época com relação a união estável.

4 – ATUAL APLICAÇÃO:

É fato que a Súmula ainda vem sendo aplicada pelo Poder Judiciário.¹¹ Entretanto, permanece a dúvida sobre a legiti-

¹¹ “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE INVENTÁRIO QUE VISA À PARTILHA DE BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DE SOCIEDADE CONJUGAL FORMADA SOB O REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS. ART. 258 DO CC/1916. ESFORÇO COMUM. SÚMULA N. 377/STF. PRECEDENTES DO STJ.

1. A partilha dos bens adquiridos na constância da sociedade conjugal, erigida sob a forma de separação legal de bens (art. 258, parágrafo único, I, do CC/1916), não exige a comprovação ou demonstração de comunhão de esforços na formação desse patrimônio, a qual é presumida, à luz do entendimento cristalizado na Súmula n. 377/STF. Precedentes do STJ.

2. A necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana e de outras garantias constitucionais de igual relevância vem mitigando a importância da análise estritamente financeira da contribuição de cada um dos cônjuges em ações desse jaez, a qual cede espaço à demonstração da existência de vida em comum e comunhão de esforços para o êxito pessoal e profissional dos consortes, o que evidentemente terá reflexos na formação do patrimônio do casal.

3. No caso concreto, a recorrente, ora agravada, foi casada com o agravante por aproximadamente 22 (vinte e dois) anos pelo regime da separação legal de bens, por imposição do art. 258, parágrafo único, I, do CC/1916, portanto, perfeitamente aplicável o entendimento sedimentado na Súmula n. 377 do STF, segundo o qual os aquestos adquiridos na constância do casamento, pelo regime da separação legal, são

midade de sua aplicação em face do atual Código Civil, que não repetiu a disposição contida no artigo 259 do Código de 1916, mencionado nas referências do Enunciado.

Para os que entendem que a origem da Súmula é o vínculo de solidariedade gerado a partir do convívio do casal ao longo do tempo e não uma questão de equiparação de dispositivos legais, não há discussão acerca de sua permanência.

Neste sentido é taxativa a posição da já citada Professora Maria Berenice Dias:

“Como o Código não reproduziu o dispositivo da lei anterior, que determinava, no silêncio do pacto antenupcial, a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento, vozes surgiram sustentando que a Súmula teria sido derogada. A alegação é que o Código atual simplesmente desprezou a orientação da justiça e derogou a súmula. Assim, para determinar a repartição dos aquestos, seria necessária a prova

comunicáveis, independentemente da comprovação do esforço comum para a sua aquisição, que, nessa hipótese, é presumido.

4. Agravado regimental desprovido. (STJ / AgRg no REsp 1008684 / RJ, 24/02/2012, ANTONIO CARLOS FERREIRA)”

“DIREITO CIVIL. REGIME LEGAL DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS. AQUÊS-TOS. SÚMULA 377. ESFORÇO COMUM.

1. A viúva foi casada com o de cujus por aproximadamente 40 (quarenta) anos, pelo regime da separação de bens, por imposição do art. 258, parágrafo único, I, do Código Civil de 1916.

2. Nestas circunstâncias, incide a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal que, por sinal, não cogita de esforço comum, presumido neste caso, segundo entendimento pretoriano majoritário.

3. Recurso especial não conhecido.” (STJ - REsp 154896 / RJ, j. 20/11/2003, Min Fernando Gonçalves)

Posição Divergente: *“RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. ART. 1.641, II, DO CÓDIGO CIVIL (REDAÇÃO ANTERIOR À LEI Nº 12.344/2010). REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO LEGAL. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. COMPROVAÇÃO. BENFEITORIA E CONSTRUÇÃO INCLUÍDAS NA PARTILHA. SÚMULA Nº 7/STJ.*

1. É obrigatório o regime de separação legal de bens na união estável quando um dos companheiros, no início da relação, conta com mais de sessenta anos, à luz da redação originária do art. 1.641, II, do Código Civil, a fim de realizar a isonomia no sistema, evitando-se prestigiar a união estável no lugar do casamento.”

da efetiva colaboração na aquisição do patrimônio. Porém, a súmula não havia sido editada em razão da indigitada previsão legal. Seu fundamento é que a convivência leva à presunção do esforço comum na aquisição dos bens.”¹²

Na mesma via vem em defesa Milton Paulo de Carvalho:

“Contudo, à luz dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, o entendimento sumulado permanece em vigor, devendo ser levado em consideração para os casos de separação obrigatória de bens, ou seja, àqueles previstos no artigo comentado. Assim, embora a questão seja controversa, entende-se que os bens adquiridos na constância do casamento, independente de que tenham sido provenientes do esforço comum, comunicar-se-ão, evitando-se que sobrevenha injustiça a qualquer um dos cônjuges, quando, após alguns anos de vida conjugal, houver incremento no patrimônio de um deles.”¹³

Como se vê, os defensores da permanência da Súmula também entendem que para justificar sua aplicação deve haver a presunção do esforço comum para comunicação do patrimônio, consagrando a solidariedade e evitando o locupletamento indevido, pois esse teria sido o fundamento da edição do Enunciado em debate.

É certo que o legislador poderia ter sanado a controvérsia sobre a comunicação ou não dos aquestos, mas não o fez, quando retirou a expressão da parte final do *caput* do artigo 1641, “sem a comunhão dos aquestos” e manteve a imposição legal do regime de bens, embora ao que parece a intenção era deixar o tema para apreciação do Poder Judiciário, prestigiando a ideia da presunção de comunhão de esforços, ainda que sem amparo legal, é o que se concluir a partir do trecho do Relatório Geral da Comissão Especial presidida pelo Deputado Ricardo Fiuza:

“Em se tratando de regime de separação de bens, os aquestos

¹² ob. cit., p. 332

¹³ Milton Paulo de Carvalho, “Código Civil Comentado, Coordenador Ministro Cezar Peluso”, Manole, Barueri, 2008, 2 Ed., p. 1747.

provenientes do esforço comum devem se comunicar, em exegese que se afeiçoa à evolução do pensamento jurídico e repudia o enriquecimento sem causa, estando sumulada pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula 377).

Impõe-se manter o entendimento jurisprudencial do STF substanciado na Súmula 377, segundo o qual no regime de separação legal de bens comunicam-se os bens adquiridos na constância da sociedade conjugal. Daí a supressão da formula final, sem a comunhão de aquestos, por não se justificar em nenhuma das hipóteses dos incisos constantes do artigo.”¹⁴

Por isto, em sentido diretamente oposto, a doutrina que argumenta pela derrogação da Súmula, afirma que não faz sentido sua atual aplicação face a inexistência no atual diploma civil de norma equiparada ao artigo 259 do antigo sistema. Se a Súmula tem origem na necessidade de equiparação deste dispositivo ao regime previsto no artigo 258 também do Código de 1916, não mais existindo a norma, justificativa alguma há para a permanência do Enunciado.

A ideia é que a Súmula afastou a existência do regime da separação absoluta de bens, quer seja legal, quer seja convencional. Contudo, quando o atual Código exclui o dito artigo 259 e não faz qualquer opção expressa pela presunção de comunicação de aquestos, traz novamente a possibilidade da separação absoluta de bens. Assim, somente se comprovado o esforço comum, estará legimado condomínio sobre os bens. Ou seja, existirá entre os cônjuges verdadeira sociedade de fato e transfere-se a questão para o campo do direito das obrigações.

Neste ponto abrimos vênica para citar as palavras do Professor José Fernando Simão:

“A constatação que se faz é a seguinte: tanto o regime da separação convencional sem exclusão expressa dos aquestos, quanto o regime da separação obrigatória, não eram regimes de separação absoluta de bens, pois em ambos havia quer por lei (CC/16, art. 259), quer por força da jurisprudência (Súmula 377 do STF) COMUNHÃO DOS BENS ADQUIRIDOS A TÍTULO ONEROSO NA CONSTÂNCIA DO CASA-

¹⁴ Relatório Geral, p. 487, parecer sobre Emenda 251.

MENTO.

Com a vigência do novo Código Civil, o artigo 259 foi revogado e não encontra correspondente legal.

Assim, a primeira conclusão que se chega é que após a vigência do Código Civil de 2002, a separação convencional de bens é realmente absoluta, não havendo a comunhão dos aquestos.”¹⁵

No mesmo sentido é também a posição do Professor Francisco José Cahali, conforme nota.¹⁶

Com efeito, a grande polêmica é a injustiça que decorre da imposição do regime obrigatório de separação de bens, em especial no tocante ao inciso II do artigo 1641 do Código Civil, que restringe a autonomia de vontade dos nubentes, e não a legitimidade da manutenção da Súmula 377, pois embora o Superior Tribunal de Justiça insista na sua aplicação, ao nosso ver, essa está absolutamente derogada pela ausência de correspondentes legais no atual sistema, restando claro a opção legislativa pela retomada da ideia do regime absoluto de separação de bens, quer seja convencional, quer seja legal.

Assim, conclui-se também não haver amparo legal para presunção do esforço comum, pois do contrário estará desvirtuada a opção legislativa imposta por motivo de ordem pública, de certo que a possibilidade de comunicação dos aquestos se

¹⁵ José Fernando Simão, “O Regime da separação absoluta de bens (CC, art. 1647): separação convencional ou obrigatória?”, www.professorsimao.com.br/artigos_simao_regime_separacao.html.

¹⁶ “A separação obrigatória passa a ser, então, um regime de efetiva separação dos bens, e não mais um regime de comunhão simples (pois admitida a meação sobre os aquestos), como alhures.

A exceção deve ser feita, exclusivamente, se comprovado o esforço comum dos cônjuges para a aquisição de bens, decorrendo daí uma sociedade de fato sobre o patrimônio incrementado em nome de apenas um dos consortes, justificando, desta forma, a respectiva partilha quando da dissolução do casamento 5. Mas a comunhão pura e simples, por presunção de participação sobre os bens adquiridos a título oneroso, como se faz no regime legal de comunhão parcial, e até então estendida aos demais regimes, deixa de encontrar fundamento na lei.” (Francisco José Cahali, “A Súmula 377 e o Novo Código Civil e a Mutabilidade do Regime de Bens”, www.cahali.adv.br/arquivos_CAHALI - Súmula 377 e Mudança de Regime de Bens)

dará somente se comprovada a contribuição na aquisição do patrimônio.



BIBLIOGRAFIA

- CAHALI, Francisco José. A Súmula 377 e o Novo Código Civil e a Mutabilidade do Regime de Bens. www.cahali.adv.br_arquivos_CAHALI - Súmula 377 e Mudança de Regime de Bens
- CARVALHO FILHO, Milton Paulo. Comentários ao artigo 1641. Código Civil Comentado, Coordenado Ministro Cesar Peluso. São Paulo, Manole, 2008.
- CARVALHO NETO, Inácio de. A Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal e o Novo Código Civil. www.flaviotartuce.adv.br/artigos/inacio_sumula.doc
- CHINELATO, Silmara Juny. Comentários ao Código Civil, Coordenador Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo, Saraiva, 2004.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014
- MADALENO, Rolf. O Novo Direito Sucessório Brasileiro. <http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=42>
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Comentários ao novo código civil. Vol XX. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- _____. Princípios fundamentais norteadores do direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. V. 6 – Direito de Família, São Paulo, Saraiva, 2002
- SIMÃO, José Fernando. Direito de Família no Novo Milênio,

Estudo em Homenagem ao Professos Alvaro Vulaça Azevedo. São Paulo, Atlas, 2010

_____. O Regime da separação absoluta de bens (CC, art. 1647): separação convencional ou obrigatória? www.professorsimao.com.br/artigos_simao_regime_separacao.html

_____. Direito Civil. Volume 5. Direito de Família. São Paulo: GEN/Método

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio
<http://www.ibdfam.org.br/artigos/499/Rela%C3%A7%C3%B5es+patrimoniais+de+Fam%C3%ADlia%3A+alguns+questionamentos>)

TARTUCE, Flávio. A questão da outorga conjugal. Alguns pontos do art. 1.647 do Código Civil. www.flaviotartuce.adv.br/artigos/TARTUCE_OUTORGA.doc

VENOSA, Silvio de Salvo, Direito Civil, Volume VI - Direito de Família, São Paulo, Atlas, 2003