

Antônio Claret de Souza Júnior

Súmula 377 do STF:

uma análise de sua aplicação em face da superveniência do Código Civil de 2002

Monografia submetida ao Departamento de Direito Privado e Material da Universidade Federal de Juiz de Fora, como parte dos requisitos para a obtenção do grau de bacharel em Direito, elaborada sob a orientação do Professor Israel Carone Rachid.

Juiz de Fora
2011

**Universidade Federal de Juiz de Fora
Faculdade de Direito
Antônio Claret de Souza Júnior**

Súmula 377 do STF:

uma análise de sua aplicação em face da superveniência do Código Civil de 2002

Juiz de Fora
2011

Antônio Claret de Souza Júnior

Súmula 377 do STF:

uma análise de sua aplicação em face da superveniência do Código Civil de 2002

Monografia submetida ao Departamento de Direito Privado e Material da Universidade Federal de Juiz de Fora, como parte dos requisitos para a obtenção do grau de bacharel em Direito, elaborada sob a orientação do Professor Israel Carone Rachid.

Aprovado em 30 de Novembro de 2011.

Prof. Israel Carone Rachid(Orientador)
Faculdade de Direito da UFJF

Isabela Guzman (Examinador)
Faculdade de Direito da UFJF

Flávia Lovisi (Examinador)
Faculdade de Direito da UFJF

Juiz de Fora
2011

**A meus pais,
que plantaram em mim
o amor pelo conhecimento.
À minha querida irmã.**

"Não é da benevolência do padeiro, do açougueiro ou do cervejeiro que eu espero que saia o meu jantar, mas sim do empenho deles em promover seu auto-interesse."

Adam Smith

RESUMO

O presente trabalho analisará a aplicabilidade da Súmula 377 do STF em face da superveniência do Código Civil de 2002. Inicialmente será feita uma abordagem dos regimes de casamento, especialmente do regime da separação obrigatória de bens. Em seguida, passa-se a analisar a origem da referida súmula e o entendimento de doutrinadores de escol sobre o assunto.

Palavras-chaves: Direito Civil. Regime da Separação Obrigatória de Bens. Aplicabilidade. Súmula 377 do STF.

SUMÁRIO

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO	8
------------	---

CAPÍTULO II

DOS REGIMES DE BENS	10
2.1. Dos princípios norteadores dos Regimes de Bens	11
2.1.1. Do princípio da autonomia privada	11
2.1.2. Do princípio da indivisibilidade	12
2.1.3. Do princípio da variedade	12
2.1.4. Do princípio da mutabilidade justificada	12
2.2. Do regime da comunhão parcial de bens	13
2.3. Do regime da comunhão universal de bens	14
2.4. Do regime da separação final dos aquestos	15
2.5. Do regime da separação de bens	16

CAPÍTULO III

DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS	17
3.1. Do regime da separação convencional de bens	17
3.2. Do regime da separação obrigatória de bens	17
3.2.1. Das hipóteses ensejadoras do regime da separação obrigatória de bens	17
3.2.2. Da Súmula 377 do STF	19
3.2.2.1. Da edição da Súmula 377 do STF	19
3.2.2.2. A Súmula 377 do STF e o Código Civil de 2002	24
3.2.2.3. Do direito à sucessão legítima do cônjuge casado sob o regime da separação obrigatória de bens	27

CAPÍTULO IV

CONCLUSÃO	29
-----------	----

1. INTRODUÇÃO.

O Código Civil, ao tratar dos regimes de bens no casamento, tipifica quatro regimes, a saber: a comunhão universal de bens, a comunhão parcial de bens, a participação final nos aquestos e, por fim, a separação de bens.

A despeito da tipificação legal, é admitida aos nubentes a possibilidade de estabelecer regimes mistos, nos termos do caput do art. 1.639, CC, que dispõe: “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”. Devem, contudo, os nubentes observar o princípio da indivisibilidade do regime de bens, segundo o qual, apesar da ampla autonomia para regulamentação do regime, não é possível fracionar o regime em relação aos cônjuges. Noutras palavras, não é lícito pactuar o regime de comunhão de bens em relação à virago; e acordar o regime da separação de bens com relação ao varão.

Entretanto, determinadas pessoas não possuem liberdade de escolha, de sorte que têm sua autonomia tolhida, em virtude de alguma situação especial eleita pelo legislador. Assim, dispõe o art. 1.641 do atual Código Civil que é obrigatório o regime da separação de bens no casamento a) das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas; b) da pessoa maior de setenta anos; e c) de todas as pessoas que dependerem, para casar, de autorização judicial.

A Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal estabelece que, no regime da separação legal, comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento.

Referida súmula data de 03 de abril de 1964 e transformou o regime da separação legal de bens em alguma coisa parecida com o regime da comunhão parcial de bens. Tem por referência legislativa o artigo 259 do Código Civil de 1916, que estabelecia: “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”. Pela literalidade do artigo fica claro que, se o pacto antenupcial que fez opção pelo regime da separação

convencional de bens for omissa com relação aos aquestos, ocorreria a sua meação.

O problema que se nos apresenta, porém, é que o novo Código Civil não reproduziu a regra do artigo 259 do Código Civil de 1916. Assim, revogado o dispositivo, a súmula não estaria automaticamente prejudicada? A solução à questão, contudo, não é pacífica. Doutrinadores de peso defendem posições antagônicas.

Dessa forma, o presente trabalho monográfico tem por escopo a análise dos regimes de bens no casamento, a fim de verificar a aplicabilidade ou não da Súmula 377 do STF diante do atual Código Civil.

2. DOS REGIMES DE BENS.

Com a edição do Código Civil de 2002, foram consolidadas diversas mudanças que ocorreram ao longo da vigência do Código Civil de 1916. Com efeito, quando da edição do Código Beviláqua, a família era exclusivamente a constituída pelo matrimônio e não havia possibilidade jurídica de dissolução do casamento. Noutros termos, o casamento era indissolúvel, “para a vida toda”, até que a morte separasse os nubentes.

O Código revogado, na redação original do art. 258, dispunha, ainda, que, não havendo pacto antenupcial ou sendo nulo o referido acordo, vigoraria entre o casal o regime da comunhão universal de bens ou mancomunhão, como preferem alguns.

Posteriormente, na década de 70, com a edição da Lei do Divórcio (Lei nº. 6.515/1977), o regime legal de bens passou a ser o da comunhão parcial de bens. Regime no qual somente se comunicam os bens adquiridos onerosamente (aquestos) na constância do casamento; os bens adquiridos anteriormente ao matrimônio não se comunicam, bem como as heranças, legados e doações percebidos por um dos cônjuges.

A opção do regime de comunhão parcial de bens como regime legal foi mantida no novo Código, que, além de manter a estrutura básica dos regimes previstos na antiga legislação, acabou por excluir o regime dotal de bens.

Pois bem. O regime matrimonial de bens pode ser conceituado como o conjunto de regras de ordem privada que visa regular os interesses patrimoniais resultantes da entidade familiar.

A Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias, discorrendo sobre a importância do regime de bens, aduz:

A convivência familiar enseja o entrelaçamento não só de vidas, mas também de patrimônios, tornando indispensável que fiquem definidas, antes do matrimônio, as questões atinentes aos bens, às rendas e às responsabilidades de cada consorte. A existência de acervos individuais, a aquisição de bens comuns e a ânsia de constituir patrimônio, para garantir o futuro da prole, fazem migrar aspectos econômicos para dentro do casamento. Por isso, a lei não regulamenta somente sua

celebração e dissolução. Vai além. Estabelece regras de convívio e delimita questões patrimoniais mesmo durante a vigência do casamento. Como a família se torna titular do domínio e da posse do acervo patrimonial que a compõe, são previstos regimes de bens: modelos pré-fabricados criados pelo legislador e disponibilizados aos nubentes. A inclusão ou exclusão de bens, anteriores ou posteriores ao casamento, ditam as diretrizes dos diversos regimes e servem para definir a origem, a titularidade e o destino do patrimônio conjugal. A separação ou a comunhão dos bens individuais, a comunicabilidade ou não do acervo amealhado depois das núpcias é que permitem diferenciar os diversos regimes de bens. Assim, antes do casamento, devem os noivos escolher um dos regimes existentes, mesclá-los, ou, ainda, criar um modelo exclusivo da forma que melhor lhes aprouver.¹

Como se pode perceber, o regime de bens é uma consequência lógica do casamento. Não há casamento sem regime de bens. Mesmo diante da inércia dos nubentes na escolha incidirá o regime legal de bens.

2.1. DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS REGIMES DE BENS.

2.1.1. Do princípio da autonomia privada.

Trata-se de princípio decorrente da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Por este princípio, o indivíduo é livre para se auto-regulamentar.

Assim, é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver (art. 1639, *caput*, CC/2002).

É, ainda, admitido aos nubentes celebrar o casamento por regime de bens diferente dos previstos na legislação ou, até mesmo, combinar os regimes existentes.

Nesse sentido, o Enunciado 331 do CJF/STJ, da IV Jornada de Direito Civil: “O estatuto patrimonial do casal pode ser definido por escolha de regime de bens distinto daqueles tipificados no Código Civil (art. 1639 e parágrafo único do art. 1.640), e, para efeito de fiel observância do disposto no art. 1.528 do Código Civil, cumpre certificação a respeito, nos autos do processo de habilitação matrimonial”.

Cabe ressaltar que a autonomia do indivíduo encontra limites nas normas de ordem pública, de sorte que nem sempre lhe será possível escolher o

¹ Manual de Direito das Famílias, p. 200.

regime de bens a reger o matrimônio. É o caso do regime da separação obrigatória de bens.

2.1.2. Do princípio da indivisibilidade do regime de bens.

Malgrado seja possível a contratação de regime de bens diverso dos tipificados na legislação, não há possibilidade de fracionamento dos regimes relativamente aos cônjuges. Devem, contudo, os nubentes observar o princípio da indivisibilidade do regime de bens, segundo o qual, apesar da ampla autonomia para regulamentação do regime, não é possível fracionar o regime em relação aos cônjuges. Noutras palavras, não é lícito pactuar o regime de comunhão de bens em relação à virago; e acordar o regime da separação de bens com relação ao varão.

Como exceção à regra, pode ser apontado o tratamento diferenciado do casamento putativo. Pelo disposto no §1º do art. 1.561 do Código Civil, embora nulo ou anulável, se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.

2.1.3. Do princípio da variedade do regime de bens.

Além da possibilidade ampla de pactuação, a lei tipifica quatro regimes de bens a serem escolhidos pelos nubentes. No silêncio das partes, o regime que prevalecerá será o da comunhão parcial de bens, que é o regime legal ou supletivo.

2.1.4. Do princípio da mutabilidade justificada.

É admissível a alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões e ressalvados os direitos de terceiros (art. 1.640, §2º, CC/2002).

Trata-se de inovação legislativa; não havia previsão semelhante no Código precedente. Para a alteração ser deferida, contudo, será necessária autorização judicial, mediante pedido dos cônjuges, o que a doutrina tem

denominado de ação de alteração de regime de bens, de natureza de jurisdição voluntária.

Ademais, a alteração não poderá prejudicar direito de terceiro, a exemplo do que aconteceria no caso do pedido de alteração do regime da comunhão universal para a separação de bens com o intuito de prejudicar o direito credor do cônjuge varão.

2.2. DO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS.

Regra geral, no regime da comunhão parcial, comunicam-se os bens havidos durante o casamento, ressalvados os excepcionados pelo próprio Código.

O art. 1.659 do Código Civil exclui da comunhão determinados bens, a saber: os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar; os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares; as obrigações anteriores ao casamento; as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal; os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; e as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Por sua vez, o art. 1.660 do Código traz a lista dos bens comunicáveis, quais sejam: os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges; os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior; os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges; as benfeitorias em bens particulares; e os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

Com relação a esta última hipótese, é interessante trazer à baila ementa de julgado do Superior Tribunal de Justiça, no qual se decidiu que as verbas trabalhistas pleiteadas durante a união devem se comunicar:

Direito civil e família. Recurso especial. Ação de divórcio. Partilha dos direitos trabalhistas. Regime de comunhão parcial de bens. Possibilidade.

- Ao cônjuge casado pelo regime de comunhão parcial de bens é devida à meação das verbas trabalhistas pleiteadas judicialmente durante a constância do casamento.

- As verbas indenizatórias decorrentes da rescisão de contrato de trabalho só devem ser excluídas da comunhão quando o direito trabalhista tenha nascido ou tenha sido pleiteado após a separação do casal. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 646529/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/06/2005, DJ 22/08/2005, p. 266)

Com relação ao FGTS, a mesma Corte tem entendido de forma semelhante:

Direito civil. Família. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Partilha de bens. Valores sacados do FGTS.

- A presunção de condomínio sobre o patrimônio adquirido por um ou por ambos os companheiros a título oneroso durante a união estável, disposta no art. 5º da Lei n.º 9.278/96 cessa em duas hipóteses: (i) se houver estipulação contrária em contrato escrito (caput, parte final); (ii) se a aquisição ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união estável (§ 1º).

- A conta vinculada mantida para depósitos mensais do FGTS pelo empregador, constitui um crédito de evolução contínua, que se prolonga no tempo, isto é, ao longo da vida laboral do empregado o fato gerador da referida verba se protraí, não se evidenciando a sua disponibilidade a qualquer momento, mas tão-somente nas hipóteses em que a lei permitir.

- As verbas de natureza trabalhista nascidas e pleiteadas na constância da união estável comunicam-se entre os companheiros.

- Considerando-se que o direito ao depósito mensal do FGTS, na hipótese sob julgamento, teve seu nascedouro em momento anterior à constância da união estável, e que foi sacado durante a convivência por decorrência legal (aposentadoria) e não por mero pleito do recorrido, é de se concluir que apenas o período compreendido entre os anos de 1993 a 1996 é que deve ser contado para fins de partilha.

Recurso especial conhecido e provido em parte.

(REsp 758548/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/10/2006, DJ 13/11/2006, p. 257)

Por fim, uma última norma. O artigo 1.662 do CC cria uma presunção relativa com relação aos bens móveis. Segundo a regra, tais bens presumem-se adquiridos na constância do casamento, quando não houver prova de que foram adquiridos em período anterior ao matrimônio.

2.3. DO REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS.

O regime da comunhão universal, como dito alhures, era o regime legal ou supletivo, na vigência do Código anterior. Com o advento da Lei do Divórcio, o

regime deixou de sê-lo. A nova codificação manteve a regra da Lei do Divórcio, mantendo como regime legal o da comunhão parcial de bens.

Pois bem. Regra geral, por esse regime, comunicam-se todos os bens, tanto os anteriores quanto os posteriores ao casamento.

Malgrado a comunicação seja ampla, há bens incomunicáveis, quais sejam: os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem proveito comum; as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade; os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; e, as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Entretanto, no tocante às verbas recebidas após a separação do casal, referentes à benefício de aposentadoria pago pelo INSS, que foram nascidas e pleiteadas na constância do casamento, entendeu o STJ que deveriam ser partilhadas:

RECURSO ESPECIAL - DIREITO DE FAMÍLIA - COMUNHÃO UNIVERSAL - FRUTOS CIVIS - VERBAS RECEBIDAS A TÍTULO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - DIREITO QUE NASCEU E FOI PLEITEADO PELO VARÃO DURANTE O CASAMENTO - INCLUSÃO NA PARTILHA DE BENS - RECURSO NÃO CONHECIDO.

200600187233 1. No regime da comunhão universal de bens, as verbas percebidas a título de benefício previdenciário resultantes de um direito que nasceu e foi pleiteado durante a constância do casamento devem entrar na partilha, ainda que recebidas após a ruptura da vida conjugal.

2. Recurso especial não conhecido.

(REsp 918173/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/06/2008, DJe 23/06/2008)

No tocante aos frutos, são comunicáveis desde que vençam ou sejam percebidos na constância do casamento.

2.4. DO REGIME DA SEPARAÇÃO FINAL DOS AQUESTOS.

Trata-se de regime novo, não previsto no Código anterior, vindo a substituir o antigo regime dotal.

Em suma, durante o casamento há uma separação total de bens, e no caso de dissolução, algo próximo de uma comunhão parcial (TARTUCE, 2010, p. 160).

A bem da verdade, o regime em comento, também chamado de regime contábil, é por demais complexo, o que acabo por desestimular sua adoção. Como não é esse o objeto do presente estudo, o tema não será aprofundado.

2.5. DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS.

Por se tratar de tema controverso, além de ser o objeto do presente estudo, o assunto será tratado em apartado no próximo capítulo.

3. DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS.

O regime da separação de bens pode ter origem convencional, mediante pacto antenupcial, ou legal, nos casos do art. 1.641, CC/2002.

3.1. DO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS.

Não traz maiores dificuldades ao intérprete o regime da separação convencional de bens. Nessa hipótese, não há comunicação de qualquer bem, seja anterior ou posterior ao casamento, cabendo a administração desses bens de forma exclusiva a cada um dos consortes (art. 1.687, CC).

Reduz, porém, o rigor da separação o art. 1.688, prevendo que, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial, ambos os cônjuges devem contribuir para as despesas do casal na proporção dos seus rendimentos.

3.2. DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS.

3.2.1. Das hipóteses ensejadoras da separação obrigatória de bens.

Como o próprio *nomen juris* deixa transparecer, trata-se de um regime imposto por lei, de sorte que os nubentes têm sua autonomia privada reduzida, não podendo eleger o regime de bens do matrimônio. Qualquer disposição no sentido de alterar o regime será nula, por ofensa à lei imperativa.

A restrição é bastante antiga. Dissertando sobre sua origem, leciona o Professor José Fernando Simão:

As Ordenações Filipinas de 1603 nada mencionam sobre o tema da idade. Contudo, Cândido Mendes em suas notas, explica que não se aplica o regime de comunhão universal (chamado de regime por Carta de Ametade ou comunicação legal ou ainda casamento segundo os costumes do Reino) se a mulher quinquagenária se casar sem filhos (nota 3 ao T. 46 do Livro IV das Ordenações – Edição do Senado Federal, 2004).

Também, Teixeira de Freitas afirma na Consolidação das Leis Civis (Edição do Senado, 2003, notas ao art. 111 da Consolidação) que “não resulta porém comunhão no casamento do homem livre com a mulher

escrava ou de homem escravo com a mulher livre” (Repertório das Ordenações, tomo 3, p. 427).

Curiosamente, o Livro 2, Tomo 26 das Ordenações contém regra pela qual o regime de bens não seria o da comunhão universal se o marido, sendo pobre, se fingiu rico.

O próprio Esboço de Teixeira de Freitas, que no artigo 1330 adotava a comunhão universal como regime legal de bens não trazia exceções.²

O art. 1.641 do Código Civil impõe a separação obrigatória de bens nos seguintes casos: I – das pessoas que contraírem o casamento com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento, constantes do art. 1.523 do CC; II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; e, III – de todos aqueles que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

A norma tem sua razão de ser. Os incisos II (maiores de 70 anos) e III (menores que se casam por autorização judicial) têm por objetivo a proteção do nubente, quer em razão de sua imaturidade e inexperiência, quer em razão da idade avançada, mercê da possibilidade do chamado “golpe do baú”. Cabe apontar que doutrinadores de peso sustentam a inconstitucionalidade do inciso II, em virtude de ofensa à autonomia privada. Ademais, anote-se que a essa conclusão chegaram os juristas participantes da I Jornada de Direito Civil, conforme Enunciado 125 CJP/STJ:

A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses.

Por sua vez, o inciso I do art. 1.641, CC, pretende evitar confusão patrimonial. Para ilustrar, se a pessoa se divorciou, poderá se casar novamente, afinal o vínculo conjugal foi extinto. Porém, se não partilhou os bens com o antigo cônjuge, o novo casamento se dará pela separação obrigatória, com o intuito de evitar a confusão patrimonial.

Cabe acrescentar ainda entendimento bastante interessante com o qual se concorda plenamente. Sempre que a causa ou motivo que impôs aos consortes o regime da separação legal de bens desaparecer, será franqueada

² Disponível em: http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0111.htm

aos cônjuges a possibilidade de alteração do regime (TARTUCE, 2010, p. 167). A título de exemplo: imagine-se a hipótese em que um menor púbere pretenda se casar e não seja autorizado pelos responsáveis legais. Nesta hipótese, o menor será – como visto - obrigado a casar pelo regime da separação legal de bens.

Pois bem. Nesse caso, o regime será imutável? Por óbvio que não. Completados 18 anos, o nubente poderá pleitear a alteração do regime. É que com o implemento da maioridade e com a conseqüente maturidade para a prática do ato, o motivo de proteção estará superado.

Nesse sentido o Enunciado 262 CJF/STJ, aprovado na III Jornada de Direito Civil: “Art. 1.641 e 1.639: A obrigatoriedade da separação de bens, nas hipóteses previstas nos incisos I e III do art. 1.641 do Código Civil, não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs”.

Superados esses esclarecimentos preliminares, ao objeto do presente trabalho.

3.2.2. Da Súmula 377 do STF.

3.2.2.1. Da edição da Súmula 377 do STF.

Grande celeuma doutrinária se formou acerca da titularidade dos bens quando da separação obrigatória. É que, sob a égide do Código Beviláqua, o Supremo Tribunal Federal editou, com base no art. 259 do CC/1916, a Súmula 377 que preconiza que “no regime da separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Resumi bem o dissenso Maria Helena Diniz:

Questão bastante controversa, prenhe de múltiplos dissídios doutrinários e jurisprudenciais, é a de se saber se no regime de separação de bens, oriundo de 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.³

³ Curso de Direito Brasileiro, p. 154-155.

Havia – pode-se dizer – três correntes principais acerca da aplicação da súmula. De um lado, alguns defendiam sua aplicação, com base no art. 259 e na vedação ao enriquecimento sem causa. Com a edição do Código Civil de 2002, a corrente passou a sustentar-se, quase que exclusivamente, na vedação ao enriquecimento ilícito.

De outro lado, havia os que entendiam que a súmula não deveria ter sido sequer editada. Atualmente, sob a égide do Código Reale, defendem a sua inaplicabilidade diante da revogação do art. 259 do Código anterior.

É possível, ainda, identificar uma terceira categoria de entendimento. Defendem alguns autores que a súmula foi editada de forma correta, eis que a súmula não presume esforço comum dos consortes, devendo haver prova da comunhão de esforços para que haja meação dos aquestos. Asseveram, ainda, que a súmula continua em vigor.

Como é fácil notar, as duas últimas correntes não são essencialmente diferentes. É que até mesmo os autores que apontam a revogação da súmula entendem, regra geral, que, na vida em comum, pode restar caracterizada uma sociedade de fato, autorizando a meação dos bens adquiridos na constância do casamento, desde que haja provas do esforço comum.

Notou bem o ponto, embora com pequenas diferenças, Silvio Rodrigues:

O princípio da incomunicabilidade dos aquestos teve sua rigidez entibiada pela idéia de que, entre os cônjuges, embora casados pelo regime da separação absoluta de bens, se estabelecia uma sociedade de fato, e os bens havidos em comum pertenciam à comunidade.

Haveria, decerto, na conjugação dos esforços, uma *affectio societatis* e, se se permitisse que só um dos esposos recebesse o ganho, facultar-se-ia um enriquecimento indevido.

Essa matéria, largamente debatida a respeito de casais estrangeiros, principalmente italianos, casado pelo regime das leis de seu pai, suscitou viva controvérsia nos tribunais. Tratava-se, no geral, de gente pobre que aqui enriquecia, propondo-se o problema em estudo por ocasião da dissolução da sociedade conjugal. Os tribunais acolheram a tese da sociedade de fato e, a despeito de o casamento haver se realizado pelo regime da separação de bens, atribuíram a cada cônjuge a sua meação.

Essa idéia vingou, também, nos casos de separação de bens, contemplados pelo art. 258, parágrafo único, do Código Civil. Seus antagonistas negavam, na hipótese, a existência de *affectio societatis* e argumentavam que tal solução violava norma de ordem pública, vedadora da comunicação dos bens adquiridos. E, mesmo entre os que aceitavam a tese, havia os mais liberais, acreditando que o mero fato de estarem casados fazia presumir nos cônjuges a existência de um esforço comum para a aquisição dos bens futuros; e os menos liberais,

condicionando o reconhecimento do esforço comum à prova de sua produção.⁴

A súmula data de 03 de abril de 1964 e criou no regime da separação legal de bens, algo próximo à comunhão parcial de bens. O supracitado artigo dispunha que, “embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicabilidade dos adquiridos na constância do casamento”.

O artigo, que não se encontrava no Projeto do Código Beviláqua, vinda a ser acrescentado ao longo do trâmite do projeto de lei, torna o sistema caótico. Com efeito, cada regime tem suas características específicas e o da separação significa que os bens adquiridos na constância do casamento não se comunicam (RODRIGUES, 1998, p.167).

Como se pode notar, pelo artigo em tela, se o pacto antenupcial que adotou a separação convencional de bens não mencionasse expressamente a exclusão dos aquestos, ocorreria sua meação. Noutras palavras, caso os nubentes optassem pela separação convencional dos bens, mas nada dispusessem sobre os aquestos, estariam, na verdade, se casando pelo regime da comunhão parcial de bens. Teratológica, este é o adjetivo que coaduna com a regra legal.

Na precisa crítica de Silvio Rodrigues:

Ora, aplicando-se a regra do art. 259 ocorre o seguinte absurdo: embora os nubentes hajam declarado, no pacto antenupcial, que escolhem o regime da separação de bens, na realidade estarão se casando pelo regime da comunhão parcial, a menos que reiterem que também os adquiridos não se comunicam. Portanto, na escolha do regime da separação absoluta se faz mister duas declarações: que os nubentes escolhem o regime da separação de bens; e que os bens aquestos também não se comunicarão.

Tal regra, que surge como um alçapão posto na lei para ludibriar a boa-fé dos nubentes e conduzi-los a um regime de bens não desejado, só encontra explicação na indisfarçável preferência do legislador de 1916 pelo regime da comunhão e na sua desmedida tutela do interesse particular, injustificável em assunto que não diz respeito à ordem pública. Esta crítica se endereça também ao legislador português, pois foi no preceito do art. 1.125 do Código lusitano que o Código brasileiro se abeberou.⁵

Inácio de Carvalho Neto faz coro:

⁴ Direito Civil, p. 169-170.

⁵ Direito Civil, p. 167-168.

Por este dispositivo, portanto, casando-se duas pessoas sob o regime de separação de bens, mas não estabelecendo o pacto antenupcial expressamente que não se comunicariam os aquestos, estariam elas, na verdade, se casando sob o regime de comunhão parcial, já que seriam comuns os bens adquiridos na constância do casamento. A regra era, como se vê, odiosa, já que feria a boa-fé dos nubentes, conduzindo-os a um regime não desejado.⁶

Há de se observar, ainda, que a regra fala em “silêncio do contrato”. Ora, se a separação obrigatória de bens deriva da lei, e não da vontade, como poderia o artigo 259 ser aplicado ao indigitado regime? Na verdade, o Supremo deu interpretação extensiva, enunciando que, no regime da separação obrigatória, comunicar-se-iam os aquestos.

Na precisa lição de Caio Mario da Silva Pereira:

O mesmo não ocorre com o regime de separação obrigatória, apesar do parecer de opinados autores, favoráveis à comunicação, neste caso amparados pela jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal (Súmula nº. 377). A nós nos parece que se o Código institui a comunicabilidade 'no silêncio do contrato', somente teve em vista a situação contratual, pois, se desejasse abranger, no mesmo efeito, a separação compulsória, aludiria à espécie em termos amplos, e não restritivos ao caso, em que o contrato é admitido.⁷

Com efeito, permitir, no regime da separação obrigatória, que os aquestos se comuniquem significa o mesmo que transformar o regime da separação legal em comunhão parcial. A norma que determina a separação dos bens é regra cogente. Admitir tal entendimento é o mesmo que admitir a fraude à lei ou sua violação indireta.

Acerca da violação indireta, Pontes de Miranda, o mais brilhante e completo dos juristas nacionais, leciona:

Em verdade, o primeiro problema técnico é duplo, de *iure condendo* e de *iure condito*: Convém que se considere violação da lei a violação indireta, o *in fraudem agere*? Existe, no sistema jurídico, a teoria da fraude à lei? A primeira questão há-se de responder afirmativamente, porque não seria realizável a adaptação dos homens entre si, por meio de leis cogentes, se as regras jurídicas cogentes, suscetíveis de fraude, pudessem, por *fraus legis*, deixar de incidir. Existiria contradição insuperável no próprio sistema jurídico (e não só no plano da política jurídica) se o Estado dissesse cogente a regra jurídica exposta à fraude e não lutasse contra a fraude à lei. Se bem que nem todas as regras jurídicas cogentes precisem da sanção por fraude à lei, a sanção

⁶ Disponível em: <http://www.intelligentiajuridica.com.br>

⁷ Instituições de Direito Civil, p. 131-132.

por fraude à lei é indispensável à *aplicação* das leis cogentes, para que se não afaste a incidência delas. Fraudáveis, que fossem, estariam eliminadas, praticamente.

Uma das conseqüências da deficiência da teoria da fraude à lei, tal como a recebem os intérpretes e juizes, casuística e insuficiente, é a incessante investigação dos legisladores no tocante às fraudes às leis para edictar regras jurídicas, também cogentes, que apanhem os atos com que se costuma fraudar a lei.⁸

Há ainda argumentos outros a demonstrar que a Súmula não deveria ter sido editada sob a vigência do Código Civil anterior.

Pois bem. Conforme raciocínio desenvolvido linhas atrás, a aplicação da Súmula 377 do STF transforma, automática e inevitavelmente, o regime da separação legal de bens em regime de comunhão parcial. Ocorre que a comunhão parcial de bens é o regime comum de bens (por comum entenda-se legal) desde 1977, ano da edição da Lei do Divórcio. Dessa forma, se a penalidade (imposição do casamento sob regime de separação de bens) se transformasse na imposição do regime comum (comunhão de bens), ela deixaria de existir. Com efeito, não haveria que se falar em separação legal de bens. Pelo contrário, a denominação mais correta seria comunhão parcial legal ou obrigatória.

Outro argumento que pode ser levantado é o de que o regime da separação legal independe de convenção, de sorte que os nubentes não poderiam pactuar a separação dos aquestos (RODRIGUES, 1998, p.168).

Acrescenta o saudoso jurista Caio Mário da Silva Pereira que:

[...] ainda proibiu a doação de um cônjuge a outro, o que revela o propósito, interdizendo as liberalidades, de querer um separação pura de patrimônios. Este objetivo ainda vem corroborado pela legislação subsequente: no momento em que votou a Lei nº. 4.121 de 1962, e conhecendo a controvérsia, podia o legislador estatuir desde logo a comunhão de aquestos nos casos de separação obrigatória. Longe disto, e ao revés, preferiu atribuir à viúva o usufruto de parte do espólio a romper as linhas do regime de separação. Apesar de todas as opiniões em contrário, continuamos fiel à tese que defendemos.⁹

De todo o exposto, resta claro que a Súmula 377 do STF não deveria sequer ter sido editada, a uma porque resultou de uma análise superficial da

⁸ Tratado de Direito Privado, p.94-95.

⁹ Instituições de Direito Cível, p.132.

legislação civil; a duas porque permitiu a violação indireta da lei; e, a três porque levou a uma interpretação absurda e fez com que se concluísse que a lei contém palavras inúteis, malferindo princípios gerais de direito.

3.2.2.2. A Súmula 377 do STF e o Código Civil de 2002

Quando da publicação da nova codificação civil, o indigitado art. 259, CC/1916, foi proscrito da ordem civil nacional, não encontrando correspondente legal, de sorte que a primeira conclusão a que se pode chegar é que a força dos precedentes que o tiveram por base não mais subsiste.

É de se observar que o art. 1641, *caput*, do Projeto do Novo Código Civil tinha a seguinte redação: “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento, sem a comunhão de aquestos”. A despeito disso, a parte final foi suprimida quando da publicação do projeto no Diário Oficial da União.

Sobre o tema, precisas são as palavras de Francisco Cahali:

Curioso observar sobre essa questão que a versão aprovada pelo Senado Federal do projeto de lei da nova codificação, acrescentava, no art. 1.641, o complemento “sem a comunhão de aquestos”. Essa redação, sem dúvida, deixaria clara a rejeição do legislador à Súmula 377. Aprovado por votos de liderança na Câmara, na forma publicada no *Diário Oficial*, este complemento foi excluído.

Este contexto induziu alguns comentadores da nova Lei a sustentar o acolhimento do enunciado pelo novo Código.

Mas não se deve entender que do tumultuado processo legislativo a Súmula 377 teria sido prestigiada, na abrangência proclamada pelos julgados de então, pois sua origem decorreu, como visto, do disposto no revogado art. 259. Assim, pela análise global das regras propostas no novo Código, a Súmula 377 não sobrevive, impedindo a aplicação dos princípios da comunhão quando imposta a separação obrigatória nos casamentos realizados a partir da vigência do Código de 2002.¹⁰

Concorda-se com o raciocínio desenvolvido pelo Professor Cahali. Com efeito, embora a mudança na redação possa levar a entender que o legislador privilegiou o entendimento do Supremo Tribunal Federal, tal conclusão não prevalece diante de uma interpretação sistemática do Código Civil.

Apesar das objeções feitas, há decisões do Superior Tribunal de Justiça aplicando a súmula, dispensando a prova de esforço comum. A 4ª Turma

¹⁰ Disponível em http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Cahali_s377.doc

do STJ, no Recurso Especial nº. 154.896/RJ, de relatoria do eminente Min. Fernando Gonçalves, proferiu acórdão assim ementado:

DIREITO CIVIL. REGIME LEGAL DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS. AQUÊSTOS.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.

(REsp 154896/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 20/11/2003, DJ 01/12/2003, p. 357)

Mais recentemente, o STJ, através de sua 3ª Turma, reafirmou o entendimento acima:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. UNIÃO ESTÁVEL ENTRE SEXAGENÁRIOS.

REGIME DE BENS APLICÁVEL. DISTINÇÃO ENTRE FRUTOS E PRODUTO.

1. Se o TJ/PR fixou os alimentos levando em consideração o binômio necessidades da alimentanda e possibilidades do alimentante, suas conclusões são infensas ao reexame do STJ nesta sede recursal.

2. O regime de bens aplicável na união estável é o da comunhão parcial, pelo qual há comunicabilidade ou meação dos bens adquiridos a título oneroso na constância da união, prescindindo-se, para tanto, da prova de que a aquisição decorreu do esforço comum de ambos os companheiros.

3. A comunicabilidade dos bens adquiridos na constância da união estável é regra e, como tal, deve prevalecer sobre as exceções, as quais merecem interpretação restritiva, devendo ser consideradas as peculiaridades de cada caso.

4. A restrição aos atos praticados por pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos representa ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

5. Embora tenha prevalecido no âmbito do STJ o entendimento de que o regime aplicável na união estável entre sexagenários é o da separação obrigatória de bens, segue esse regime temperado pela Súmula 377 do STF, com a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, sendo presumido o esforço comum, o que equivale à aplicação do regime da comunhão parcial.

6. É salutar a distinção entre a incomunicabilidade do produto dos bens adquiridos anteriormente ao início da união, contida no § 1º do art. 5º da Lei n.º 9.278, de 1996, e a comunicabilidade dos frutos dos bens comuns ou dos particulares de cada cônjuge percebidos na constância do casamento ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão, conforme previsão do art. 1.660, V, do CC/02, correspondente ao art. 271, V, do CC/16, aplicável na espécie.

7. Se o acórdão recorrido categoriza como frutos dos bens particulares do ex-companheiro aqueles adquiridos ao longo da união estável, e não como produto de bens eventualmente adquiridos anteriormente ao início da união, opera-se a comunicação desses frutos para fins de partilha.

8. Recurso especial de G. T. N. não provido.

9. Recurso especial de M. DE L. P. S. provido.

(REsp 1171820/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 27/04/2011)

Também na doutrina há manifestações nesse sentido, Maria Berenice Dias aduz que:

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 às recomendações legais simplesmente a lei faz de conta que o casamento não existe, ao menos sob os aspectos patrimoniais. É imposto obrigatoriamente o regime da separação de bens (CC 1.641). Não só os bens particulares, ou seja, os bens que cada um possuía antes do casamento não se comunicam. Também os aquestos, os bens futuros, os que forem adquiridos durante a vida em comum não se sujeitam à comunicabilidade.

O legislador limitou-se a reproduzir dispositivo que existia no Código Civil anterior, não atentando que a justiça já o havia alterado. A restrição à autonomia da vontade, não admitindo sequer a comunhão dos bens adquiridos durante a vida em comum, levou o STF a editar a Súmula 377. Assim encontra-se justificado seu enunciado: a interpretação exata da súmula é no sentido de que, no regime da separação legal, os aquestos se comunicam pelo simples fato de terem sido adquiridos na constância do casamento, não importando se resultaram, ou não, do esforço comum. Portanto, a jurisprudência, considerando que a convivência leva à presunção do esforço comum na aquisição de bens, procedeu à alteração do dispositivo legal que impunha o regime da separação obrigatória. Determinou a adoção do regime da comunhão parcial de bens para impedir o locupletamento ilícito de um dos consortes em detrimento do outro. Nítido o conteúdo ético do enunciado, que de forma salutar assegura a meaçaõ sobre o patrimônio construído durante o matrimônio, gerando a impossibilidade da ocorrência de enriquecimento injustificado.

O Código não reproduziu o dispositivo da lei anterior que determinava, no silêncio do pacto antenupcial, a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento (CC/1916 259): Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento. Em face da exclusão da norma, há quem sustente que a súmula se encontra derogada. Porém, ela não havia sido editada em razão desta previsão legal. Seu fundamento é que a convivência leva à presunção do esforço comum na aquisição de bens. Procurou a justiça amenizar os efeitos nefastos da lei que pune quem desobedece à recomendação de não casar.

Impositivo reconhecer, no mínimo, que, em qualquer das hipóteses de imposição do regime leal, a separação diz respeito aos bens presentes, e não aos futuros, obtidos na vigência do casamento.¹¹

Com a devida vênia, o entendimento não merece prosperar. A autora parece afirmar que o legislador deve se submeter ao entendimento jurisprudencial, numa posição que tem se mostrado bastante comum entre os operadores do direito nos dias de hoje. Com efeito, a desembargadora dá a

¹¹ Manual de Direito das Famílias, p.231-232

entender que a lei deve se subordinar à súmula, e não o contrário. O posicionamento, a nosso ver, é indicativo de crise na aplicação do direito. Na prática, os juristas têm dado mais valor às súmulas – principalmente às vinculantes – que aos regramentos legais e constitucionais.

Ademais disso, a afirmação de que a súmula veda o locupletamento ilícito é falsa, vez que presume o esforço comum dos consortes, favorecendo o cônjuge que não colaborou com o aumento patrimonial.

3.2.2.3. Do direito à sucessão legítima do cônjuge casado sob o regime de separação de bens.

Há, ainda, um argumento que não foi muito elaborado pela doutrina e que – a nosso ver – fere de morte a tese da comunicação presumida dos aquestos. Trata-se da sucessão legítima do cônjuge casado sob o regime da separação de bens.

Pois bem.

Sob a égide do Código Beviláqua, o cônjuge, embora herdeiro legítimo, não concorria à propriedade dos bens com os descendentes ou ascendentes. Neste caso, eram deferidos ao cônjuge direitos reais sobre coisas alheias, a saber: o usufruto e o direito real de habitação.

O Código Reale, por sua vez, rompeu com a tradição, estabelecendo nova ordem de vocação hereditária. Os descendentes, bem como os ascendentes do *de cujus* agora concorrem com o cônjuge. É o que estabelece o artigo 1.829 do CC/2002:

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** (art. 1.640, parágrafo único); **ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;**
II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
III - ao cônjuge sobrevivente;
IV - aos colaterais.

Vejam os porquês das exceções. Bem, o cônjuge sobrevivente que era casado com o falecido no regime da comunhão de bens terá direito à meação, de sorte que o legislador entendeu que não haveria necessidade de

direito à concorrência, vez que o sobrevivente, ao menos em tese, terá bens suficientes para garantia de seu sustento. A doutrina levanta, ainda algumas questões relevantes relacionadas a esta hipótese, que, por serem estranhas ao objeto da presente monografia, não serão abordadas.

No que diz respeito ao cônjuge casado sob o regime da separação obrigatória de bens, o motivo da não concorrência decorre exatamente das causas que levaram o legislador a impor a obrigatoriedade da separação de bens. Ora, se os bens não podem se comunicar em vida, não devem comunicar-se em morte.

Note que o legislador errou ao referir-se ao parágrafo único do art. 1.640 do Código Civil; na verdade, queria dizer o parágrafo único do art. 1.641. A despeito disso, o entendimento da norma não fica prejudicado.

Com relação ao consorte casado sob o regime da comunhão parcial de bens, só houve exclusão da concorrência no caso de o *de cujus* não deixar bens particulares. Andou bem o legislador, nessa hipótese. Afinal, se não há bens particulares a comunhão parcial é praticamente o mesmo que a comunhão total ou universal.

É aí que está o mote do argumento. Ora, como já explicado, a Súmula 377 do STF, aproximou o regime de separação de bens e comunhão parcial. Na verdade, aplicando-se a súmula, não há diferenças práticas entre um regime e outro. O legislador, todavia, estabeleceu diferenças no direito à concorrência, numa clara demonstração de que a súmula não se aplica mais ao Código em vigor.

Em última análise, se a súmula está em vigor, não faz o menor sentido a distinção. Afinal, é princípio geral de direito que onde há a mesma razão deve haver o mesmo direito (*ubi eadem ratio, ibi eadem lex; et de similibus idem est iudicium*). Esse é mais um argumento que leva à conclusão de que a súmula – que, diga-se de passagem, não deveria ter sido editada – está mais que superada.

4. CONCLUSÃO.

A definição do regime de bens a reger o patrimônio do casal é decorrência lógica do casamento. A comunhão de vidas tem reflexos patrimoniais óbvios. Por isso, há a necessidade de definição, antes do matrimônio, das questões relativas à evolução patrimonial durante vida em comum.

Regra geral, a liberdade para pactuar o regime de bens é ampla. A legislação civil deixa à disposição dos nubentes quatro regimes de bens, quais sejam: participação final nos aquestos, separação de bens, comunhão universal de bens e comunhão parcial. O último é também o regime legal de bens, o que significa dizer que, em não havendo opção, o casamento será no regime de comunhão parcial. Nem sempre foi assim. Sob os auspícios do Código Civil de 1916, o regime legal de bens, até a Lei do Divórcio, era a comunhão universal.

Em que pese a ampla liberdade dos indivíduos na contratação do regime de bens, algumas pessoas têm sua liberdade tolhida pela lei. Com efeito, dispõe o art. 1641 do CC que os que se casarem com infração às causas suspensivas do casamento, os menores que necessitarem de autorização judicial para casar, bem como os maiores de setenta anos devem se submeter ao regime da separação de bens. Denomina-se este regime de separação legal de bens.

A princípio, a separação obrigatória de bens não diferiria em nada da separação legal, a não ser pela imposição no primeiro e pela voluntariedade no segundo.

Malgrado esse seja o entendimento de parte da doutrina, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 377, tendo por base o art. 259 do Código Civil de 1916. Como visto, a súmula prevê a comunicação presumida dos bens adquiridos no casamento no caso de separação obrigatória.

Parte da doutrina se insurgiu contra o entendimento ao argumento de que o artigo 259 só se aplicaria no caso de separação voluntária, já que na separação obrigatória não há contrato, sendo que o referido artigo fala em

aplicação subsidiária do regime de comunhão parcial de bens em caso de silêncio no pacto antenupcial.

Somado a isso, acrescenta-se que a interpretação pretoriana tornou a legislação assistemática, permitindo a comunhão de bens onde deveria imperar a separação.

Em boa hora, o novo Código Civil extirpou o art. 259 da legislação pátria, fazendo com que se reacendesse a discussão sobre a aplicação da súmula. Como visto, alguns doutrinadores de escol e o Superior Tribunal de Justiça defendem a aplicação da súmula. Todavia, a posição, a nosso ver, é insustentável, haja vista a revogação do dispositivo que deu origem à súmula, a diferença entre os regimes da comunhão parcial e da separação obrigatória na sucessão, bem como a possibilidade de enriquecimento sem causa do cônjuge que não contribuiu para o crescimento patrimonial.

À guisa de conclusão, pode-se afirmar o seguinte: a súmula jamais deveria ter sido editada sob a égide do Código Beviláqua. De fato, o art. 259 do CC/1916 não permitia chegar à conclusão a que chegou o STF. Abstraindo o fato de sua inconveniência, há de se concluir pela insubsistência do entendimento sumulado. Assim sendo, a partir do Código Reale, o regime da separação obrigatória de bens não permite a comunicação dos aquestos, a não ser que haja prova do esforço comum. Essa é a única interpretação que não retira do ordenamento a sistematicidade que lhe deve ser inerente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAHALI, Franciso José. **A súmula 377 e o novo Código Civil e a mutabilidade do regime de bens.** Disponível em <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Cahali_s377.doc>. Acesso em: 3 nov. 2011.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. Vol. 5.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, vol. 5.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado.** Parte Geral. 1ª ed. atual. por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999, vol. 1.
- RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil.** Direito de Família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. vol. 6.
- SIMÃO, José Fernando. **Leis, história e histórias – Regime da Separação Obrigatória – Lei nº. 12.344/10.** Disponível em: <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0111.htm>. Acesso em: 5 nov. 2011.
- SIMÃO, José Fernando e TARTUCE, Flávio. **Direito Civil.** Direito de Família. 5. ed. São Paulo: Método, 2010. Vol. 5.