

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

DIREITO CIVIL- CONSTITUCIONAL*

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

CLARA ANGÉLICA GONÇALVES DIAS

ILTON GARCIA DA COSTA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa, Clara Angélica Gonçalves Dias, César Augusto de Castro Fiuza – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-035-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constitucional. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO CIVIL- CONSTITUCIONAL*

Apresentação

Fala-se muito no fenômeno da constitucionalização do Direito Civil. Que significa isso? Significa que o Direito Civil se acha contido na Constituição? Significa que a Constituição se tornou o centro do sistema de Direito Civil? Significa que as normas de Direito Civil não podem contrariar a Constituição?

De fato, não significa nada disso. Por constitucionalização do Direito Civil deve-se entender, hoje, que as normas de Direito Civil têm que ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados na Constituição, a fim de se implementar o programa constitucional na esfera privada. A bem da verdade, não só as normas de Direito Civil devem receber leitura constitucionalizada, mas todas as normas do ordenamento jurídico, sejam elas de Direito Privado, sejam de Direito Público. Este é um ditame do chamado Estado Democrático de Direito, que tem na Constituição sua base hermenêutica, o que equivale a dizer que a interpretação de qualquer norma deverá buscar adequá-la aos princípios e valores constitucionais, uma vez que esses mesmos princípios e valores foram eleitos por todos nós, por meio de nossos representantes, como pilares da sociedade e, conseqüentemente, do Direito.

Falar em constitucionalização do Direito Civil não significa retirar do Código Civil a importância que merece como centro do sistema, papel este que continua a exercer. É no Código Civil que iremos buscar as diretrizes mais gerais do Direito Comum. É em torno dele que gravitam os chamados microssistemas, como o imobiliário, o da criança e do adolescente, o do consumidor e outros. Afinal, é no Código Civil, principalmente na posse e na propriedade, na teoria geral das obrigações e dos contratos, que o intérprete buscará as normas fundamentais do microssistema imobiliário. É a partir das normas gerais do Direito de Família e da própria Parte Geral do Código Civil que se engendra o microssistema da criança e do adolescente. Também será no Código Civil, mormente na Parte Geral, na teoria geral das obrigações e dos contratos, além dos contratos em espécie, que se apoia todo o microssistema do consumidor. Não se pode furtar ao Código Civil o trono central do sistema de Direito Privado. Seria incorreto e equivocado ver neste papel a Constituição, cujos objetivos são outros que regular as relações privadas.

No entanto, apesar disso, se a Constituição não é o centro do sistema juscivilístico, é, sem sombra de dúvida, o centro do ordenamento jurídico, como um todo. É, portanto, a partir

dela, da Constituição, que se devem ler todas as normas infraconstitucionais. Isso é o óbvio mais fundamental no Estado Democrático.

O Direito Civil-constitucional não se resume à interpretação do Direito civil à luz da Constituição. Devemos entendê-lo também como instrumento de implantação do programa constitucional na esfera privada, sem, no entanto, ferir os limites legítimos impostos pela Lei, e sem suprimir liberdades privadas, como abordado a seguir.

A civilística constitucional no Brasil passou por três fases.

A primeira delas teve caráter meramente conteudístico. Em outras palavras, a preocupação era tão-somente a de identificar o conteúdo de Direito Civil na Constituição da República. Identificaram-se normas de Direito Contratual, de Direito das Coisas (principalmente relativas à propriedade), normas de Direito de Família, de Direito das Sucessões e de Direito Empresarial. Este era o chamado Direito Civil-constitucional no fim dos anos 80 e no início dos anos 90.

O grande marco teórico desta fase foi o eminente professor da Universidade de São Paulo, Carlos Alberto Bittar. Após a promulgação da Carta de 1988, veio a lume a obra *Direito Civil Constitucional*, que visava apontar o conteúdo de Direito Civil no texto constitucional. Assim ficou a primeira fase, adstrita a uma análise de conteúdo somente.

A segunda fase pode ser denominada interpretativa. É totalmente diferente da primeira e teve por escopo inverter a hermenêutica tradicional que, de uma certa forma, interpretava a Constituição à luz do Código Civil. Nesta segunda fase, destacou-se a necessidade e a importância de uma interpretação dos problemas de Direito Privado sob a ótica dos valores e princípios constitucionais.

Na verdade, esta segunda fase ainda não passou, nem passará, enquanto perdurar o Estado Democrático de Direito, que tem por base a Constituição.

O marco teórico desta segunda fase foi a escola do Rio de Janeiro e, principalmente, a obra do também eminente professor da UERJ, Gustavo Tepedino. Seus principais escritos a respeito do tema ainda encontram-se, até hoje, no livro *Temas de Direito Civil*, editado pela Renovar, no fim da década de 90.

Para Tepedino, o centro do ordenamento juscivilístico é a própria Constituição, não o Código Civil.

A escola carioca, diga-se, inspirou-se nas teses de Pietro Perlingieri, civilista italiano de grande envergadura. Outro marco importante foi a obra do professor argentino Ricardo Luis Lorenzetti, editada pela RT, em 1998, com o nome de Fundamentos do Direito Privado. Esse trabalho teve enorme repercussão em nossos meios acadêmicos, e ainda tem. Embora Lorenzetti não identifique qualquer centro no sistema, reconhece a importância da Constituição, como irradiadora de valores e princípios que devem guiar o intérprete no Direito Privado.

Por fim, a terceira fase da civilística constitucional pode ser denominada de fase programática. Nesta etapa, a preocupação já não é tão-somente a de ressaltar a necessidade de uma hermenêutica civil-constitucional, mas também a de destacar a imperiosidade de se implantar o programa constitucional na esfera privada.

Mas que programa constitucional?

Ora, a Constituição, ao elevar a dignidade humana ao status de fundamento da República, traçou um programa geral a ser cumprido pelo Estado e por todos nós. Este programa consiste em promover o ser humano, em conferir-lhe cidadania, por meio da educação, da saúde, da habitação, do trabalho e do lazer, enfim por meio da vida digna. E a própria Constituição, por vezes, fixa parâmetros e políticas para a implementação desse programa. Assim, o Direito Civil-constitucional não se resume mais ao Direito Civil interpretado à luz da Constituição, mas interpretado à luz da Constituição, com vistas a implantar o programa constitucional de promoção da dignidade humana. Em outras palavras, não se trata mais de simplesmente dizer o óbvio, isto é, que o Direito Civil deve ser lido à luz da Constituição, mas antes de estabelecer uma interpretação civil-constitucional que efetivamente implante o programa estabelecido na Constituição. Trata-se de estabelecer um *modus interpretandi* que parta dos ditames e dos limites da norma posta, numa ótica constitucional, assim promovendo a dignidade humana.

Resta a pergunta: como implementar esse programa?

O Estado e o indivíduo são corresponsáveis nessa tarefa. O Estado deve elaborar políticas públicas adequadas, não protecionistas, que não imbecilizem o indivíduo, nem lhe deem esmola. Deve disponibilizar saúde e educação de boa qualidade; deve financiar a produção e o consumo; deve engendrar uma política de pleno emprego; deve elaborar uma legislação trabalhista adequada; deve garantir infraestrutura; deve também garantir o acesso de todos à Justiça; deve criar e estimular meios alternativos de solução de controvérsias; dentre milhares de outras ações que deve praticar.

Os indivíduos, pessoas naturais e jurídicas, também têm sua parcela, não menos importante, na construção de uma sociedade justa. São atitudes condizentes com o programa constitucional pagar bem aos empregados (repartir o pão); agir com correção e não lesar a ninguém, como já dizia Ulpiano, há 1.800 anos; exercer o domínio e o crédito, tendo em vista a função social; dentre outras.

Mas como exigir dos indivíduos a implementação do programa?

Seguramente através do convencimento, dentro de uma política de coerção mínima, ou seja, a coerção entra, quando o convencimento não funcionar. Os estímulos tributários e de outras naturezas são também um bom instrumento de convencimento. O que não se pode admitir é a invasão violenta, ilegítima, ditatorial na esfera privada, por vezes íntima, em nome da dignidade ou da função social. Isto representaria um retrocesso histórico; estaríamos abrindo mão de liberdades duramente conquistadas. Há que sopesar os dois valores, dignidade e liberdade. Um não pode sobreviver sem o outro. O ser humano só pode ser digno se for livre. Sem liberdade, não há dignidade. Assim sendo, a dignidade há de ser implementada pelo indivíduo não por força da coerção, mas por força da persuasão, da opção livre, obtida pelo convencimento, fruto da educação. São muito importantes e eficazes as campanhas educativas. Exemplo é a campanha antitabagista, que reduziu consideravelmente o consumo do cigarro, sem se valer praticamente de qualquer tipo de coerção. Para que, então, a violência da coerção, a supressão da liberdade em outras hipóteses? O que vemos hoje é a invasão pura e simples do Estado na esfera individual, por vezes, em nome da dignidade, por vezes, sem nenhuma legitimidade, no fundo só para aumentar sua receita.

Com o escopo de adentrar os meandros desse viés constitucional do Direito Civil, apresentamos os textos da presente obra, organizados de modo a que o leitor tenha a possibilidade de percorrer as várias instâncias do Direito Civil, de forma lógica e ordenada. Temos a certeza de que a leitura será enriquecedora.

DA INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 377 DO STF NO ORDENAMENTO ATUAL: DA SUA SUPERAÇÃO PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002

THE INAPPLICABILITY OF THE PRECEDENT 377 FROM THE BRAZILIAN SUPREME COURT IN THE CURRENT SYSTEM: YOUR OVERCOMING BY THE 2002 CIVIL CODE

**Isabela Farah Valadares
Thiago Salles Rocha**

Resumo

Este artigo aborda o problema da validade e manutenção da Súmula 377 do STF no ordenamento brasileiro atual, uma vez que esta foi controversamente editada em 1964, tendo como base a interpretação do art. 259 do Código Civil de 1916, que não foi mantido no Código Civil de 2002. Assim, utilizando-se da técnica de pesquisa teórica, bibliográfica e documental, em especial mediante a coleta de dados bibliográficos na doutrina na jurisprudência nacional, principalmente do Supremo Tribunal Federal, e da análise das características peculiares do ordenamento pátrio, tendo como marco teórico os doutrinadores Silvio Rodrigues, Caio Mario da Silva Pereira, José Fernando Simão, Francisco José Cahali e Inácio de Carvalho Neto, objetiva-se defender a hipótese de superação e ausência de validade da referida súmula no ordenamento atual.

Palavras-chave: Súmula 377 do supremo tribunal federal, Inaplicabilidade, Código civil de 2002, Regime de separação obrigatória de bens, Participação nos aquestos.

Abstract/Resumen/Résumé

This paper analyses the problem of the validity and maintenance of Precedent 377 from the Brazilian Supreme Court, under the current legal Brazilian system, nevertheless this was controversially published in 1964, based on the Article 259 of the Civil Code of 1916 interpretation, which was not sustained in the Civil Code of 2002. Using the technique of theoretical, literature and documents research, especially by bibliographic data collection in the national doctrine and national case law, focused on the Supreme Court, and the analysis of the peculiar characteristics of our system, with the theoretical basis of scholars Silvio Rodrigues, José Fernando Simão, Francisco José Cahali and Inácio de Carvalho Neto, this article seeks to defend the hypothesis of overcoming and lack of validity of the precedent in the current system.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Precedent 377 from brazilian supreme court, Inapplicability, Civil code of 2002, Mandatory property separation, Participation on property acquired during marriage.

INTRODUÇÃO.

No Direito Privado, atribui-se grande destaque à autonomia da vontade, positivada no princípio inserto no art. 5º, II, da CR/88, o qual afirma que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Não é diferente no Direito de Família, em relação ao regime de bens. O legislador, nesse caso, confere grande liberdade aos nubentes para determinar as regras patrimoniais de sua união. Vejamos o que dispõe o art. 1.639 do CC/02:

Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.
§ 1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.
§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

Entrementes, preferiu o legislador, de forma doutrinariamente questionável – como entenderam os juristas que participaram da I Jornada de Direito Civil do CJF/STJ na elaboração do enunciado 125³ –, limitar a vontade do particular em algumas hipóteses, tornando obrigatório o regime de separação de bens, nos seguintes casos:

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.

Com efeito, sabendo-se da importância da regra (lei) no Direito Brasileiro, de tradição romano-germânica, surge uma questão intrigante, que é a prevalência da Súmula 377 do STF –, editada antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002 e baseada em um ordenamento diverso – nos regimes de separação obrigatória de bens. A aludida Súmula dispõe que “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento” (BRASIL, STF, 1964).

³ Enunciado 125 CJF/STJ: A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes (qualquer que seja ela) é manifestamente inconstitucional, malferido o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República, inscritos no pórtico da Carta Magna (art.1º, inc. III, da CF). “Isso porque introduz 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” (BRASIL, Conselho da Justiça Federal, 2002).

Referida Súmula se baseava no art. 259, do Código Civil de 1916, sem norma equivalente no Código Civil de 2002, que dispunha que, “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”.

Se naquela época já não havia consenso doutrinário acerca da viabilidade de comunicação dos aquestos na separação obrigatória de bens, nosso problema se torna ainda mais relevante com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, lei nova, que sequer contém a exceção prevista no art. 259 do CC/16.

Destarte, a manutenção da Súmula 377 do STF, enunciado de jurisprudência, que se constitui em fonte subsidiária de direito no ordenamento pátrio, aparentemente ofende frontalmente o art. 5º, II, da CR/88 e, ainda, o art. 2º, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/42) (BRASIL, 1942).

Conforme se verá a seguir, mediante o marco teórico dos doutrinadores Silvio Rodrigues, Caio Mario da Silva Pereira, José Fernando Simão, Francisco José Cahali e Inácio de Carvalho Neto, este artigo defenderá a hipótese de que a Súmula 377 do STF, diante das novas disposições vigentes no Direito de Família, não possui mais efetividade, devendo ser cancelada.

1. REGIME DE BENS: PASSADO, PRESENTE E FUTURO.

Tomando por base o Direito de Família como o mais pessoal dos direitos civis, pode-se afirmar que este ramo abrange três ordens distintas de direitos: os pessoais, os patrimoniais e os assistenciais. Porém, apesar de muitos afirmarem que as relações no Direito de Família possuem caráter primordialmente pessoal, com base em uma análise histórica, pode-se concluir o contrário.

Os interesses patrimoniais há muito prevalecem no Direito de Família, pois é “na origem e evolução histórica da família patriarcal e no predomínio da concepção do homem livre proprietário que foram assentadas as bases da legislação sobre a família, inclusive no Brasil” (LÔBO, 2009, p. 8).

No Código Civil de 1916, 52% dos artigos relacionados ao Direito de Família abordavam as relações patrimoniais, enquanto 48% abordavam as relações pessoais.

Nesse contexto patrimonial, não se pode deixar de discorrer acerca dos regimes de bens no ordenamento pátrio. Walsir Edson Rodrigues Júnior e Renata Barbosa de Almeida conceituam o regime de bens como “o complexo de normas jurídicas que regula as relações

patrimoniais entre os cônjuges na vigência da sociedade conjugal e entre os companheiros na constância da união estável, com reflexos, também em relação a terceiros” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 177).

No Código Civil de 1916, os regimes de bens básicos tipificados eram: regime da comunhão parcial; regime da comunhão universal; regime da separação absoluta; e regime dotal.

Já como um traço de mudança, o regime dotal não foi reproduzido pelo Código Civil de 2002, uma vez que já havia caído em desuso, pois era muito questionado quanto à sua constitucionalidade e pouca praticidade. Os regimes adotados pelo Código Civil de 2002 foram: o da comunhão parcial, o da comunhão universal, o da participação final nos aquestos e o da separação de bens.

Na legislação brasileira, o regime supletivo, aquele que deve ser aplicado no silêncio das partes, foi por muito tempo o da comunhão universal de bens. Porém, a partir da Lei do Divórcio, de 1977, passou a ser o da comunhão parcial de bens.

Luiz Edson Fachin. (2003, p. 184) ressalta que é importante evitar o uso da expressão “regime legal” como sinônimo de regime supletivo, uma vez que aquele decorre de lei, sendo, portanto, obrigatório, devendo ser aplicado independente da vontade das partes ou, até mesmo, contra a vontade dos nubentes, como ocorre nos casos elencados no art. 1.641 do CC/02, em que o regime de separação obrigatória é imposto.

Fazendo-se um breve paralelo entre o Código Civil de 1916 e o de 2002, podem-se identificar as alterações mais significativas que ocorreram em relação às questões patrimoniais. Como já citado, houve alteração nos próprios regimes adotados: no Código Civil de 2002, o regime dotal foi excluído e o de participação final nos aquestos foi acrescentado.

Ao contrário do disposto no art. 230 do CC de 1916, em que, uma vez escolhido o regime de bens pelos nubentes, ele se tornava irrevogável, o Código Civil de 2002 inovou ao permitir que os nubentes pleiteiem a alteração do regime de bens no curso do casamento, dispondo em seu art.1.639, §2º, que “é admissível a alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiro” (BRASIL, 2002, p. 202).

Apesar de ter gerado grande divergência à época, atualmente é pacífico, tanto na jurisprudência quanto na doutrina, que a mudança do regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil de 1916 é possível, desde que preenchidos os

requisitos do art. 1.639, §2º, do Código Civil de 2002, o que não caracterizaria retroatividade legal, mas sim aplicação de norma geral com efeitos imediatos.

Nesse sentido, já foi aprovado o Enunciado 260 na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, determinando que “a alteração do regime de bens prevista no §2º do artigo 1.639 também é permitida nos casamentos realizados na vigência da legislação anterior” (BRASIL, Conselho da Justiça Federal, 2004).

Por sua vez, alteração que até hoje causa questionamentos é a não reprodução do art. 259 do CC de 1916 pelo CC de 2002 e se essa não reprodução deveria cessar os efeitos da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal. As divergências em torno dos efeitos e das consequências da Súmula acabaram levando, ainda, aos questionamentos acerca da constitucionalidade do Regime de Bens da Separação Legal, que, inclusive, foi excluído no Projeto de Lei 2285/2007, que diz respeito ao Estatuto das Famílias.

Tendo em vista a complexidade do tema, é necessário analisar os precedentes que levaram à edição da Súmula 377 do STF, o que mudou com o Código Civil de 2002, e esclarecer qual deve ser a solução para as divergências doutrinárias em torno dos efeitos da súmula do supremo.

2. DOS REGIMES DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL E OBRIGATÓRIA DE BENS, E O ART. 259 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916.

O doutrinador e professor Silvio Rodrigues (2001) sempre criticou o Código Civil de 1916, afirmando que havia naquele ordenamento uma injustificável predileção pelo regime da comunhão parcial de bens, evidenciada no art. 259 daquele código, que dizia:

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.

Esse dispositivo, aplicado ao regime de separação convencional do Código Civil de 1916, determinava a comunhão dos bens adquiridos na constância do casamento caso o pacto antenupcial não os excluíssem expressamente. Assim, mesmo se o casal escolhesse o regime da separação de bens, caso se esquecesse de excluir expressamente a comunhão dos aquestos no mesmo contrato, acabaria por transformar o regime outrora escolhido em comunhão parcial.

Explica 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 aqüestos *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 (RODRIGUES, 2001, p. 167).

A grande crítica ao citado dispositivo era que ele ia contra o tradicional sistema de regime de bens seguido no Direito Brasileiro, em que cada regime possui suas características específicas e nítidas e em que no regime da separação de bens a principal característica é que não se comunicam os bens adquiridos. Ou seja, o art. 259 do antigo Código Civil acabava retirando daquele regime a sua característica primordial.

Fato é que o posicionamento do legislador do Código de 1916 ao instituir o art. 259 ensejou questionamentos quanto à possibilidade da sua aplicação também nos casos da separação obrigatória.

Nesse momento, aumentou-se ainda mais a crítica de parte da doutrina quanto a este artigo, pois, além de retirar as características do regime de separação de bens convencional, ele começou a ser aplicado analogicamente ao regime de separação obrigatória; ou seja, àquele regime determinado por lei e no qual a autonomia de escolha dos nubentes quanto aos bens que iriam ou não se comunicar durante o casamento era limitada, sendo obrigatório que não se comunicassem.

Deve-se atentar para o fato de que o regime de separação legal de bens é um típico regime de separação, só se diferenciando do regime de separação convencional pelo fato de ser imposto pela lei. Assim, deve-se aplicar ao regime de separação legal todos os princípios do regime de separação convencional. E o principal destes princípios é justamente a não comunicação dos aqüestos, que é, na verdade, a característica mais marcante do regime de separação de bens (NETO, 2015, p. 6).

Nesse sentido, conforme o entendimento de Caio Mário da Silva Pereira, a aplicação do art.259 do CC/1916 também ao regime de separação compulsória não lhe parecia lógico:

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 instituiu 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 (PEREIRA, 1997, p. 131).

Conforme o parágrafo único do art. 258 do Código Civil de 1916, eram taxativos os casos em que era obrigatório o regime da separação de bens no casamento.

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

Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens no casamento:

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

II. Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos.

III. Do orfão de pai e mãe, embora case, nos termos do art. 183, nº XI, com o consentimento do tutor, ou curador.

IV. E de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, nº XI, 384, nº III, 426, nº I, e 453) (BRASIL, 1916)

Para João Manoel de Carvalho Santos, nos casos tratados pelo parágrafo único do art.258 do CC/16 em nenhuma hipótese haveria a comunhão dos aquestos:

A verdade é esta: quando o regime da separação resulta da imposição da lei, quando ele é obrigatório por haver ocorrido um dos casos previstos, no art. 258, em hipótese alguma os bens dos cônjuges se comunicarão. Nem mesmo os bens adquiridos na constância do casamento com o produto da indústria e do trabalho de cada um dos cônjuges (SANTOS, 1947, p. 55).

Nesse sentido também era o entendimento jurisprudencial:

Separção obrigatória de bens (art. 258, paragrafo único, ii, do código civil); e extensível aos bens adquiridos na constancia do matrimonio. A abolição de tal critério não seria, sequer, aconselhavel de jure condonado. (BRASIL, RE 20404, Relator(a): Min. Nelson Hungria, Primeira Turma, julgado em 28/08/1952, DJ 08-01-1953)

Ocorre que com a brecha do art. 259 do CC/1916 começaram a aparecer demandas judiciais daqueles enquadrados nas hipóteses dos incisos do parágrafo único do art. 258 do CC./1916, pretendendo-se aplicar o regime da comunhão parcial aos bens adquiridos durante o casamento.

Surgiram, então, jurisprudências entendendo ser também aplicável a comunhão dos aquestos ao regime de separação obrigatória de bens.

Comunhao de aquestos. Mesmo quando o casamento for o de regime de separação obrigatoria. Ausência de inventario pela morte do primeiro conjuge. Provada a inexistência de bens o casamento do superstite podera ser sob o regime

comum. Recurso conhecido e provido. (BRASIL, RE 38425, Relator(A): Min. Ari Franco, Primeira Turma, Julgado em 29/05/1958, dj 14-08-1958) (destaque nosso)

E, ainda:

Comunhao de aquestos. Mesmo quando o casamento for o de regime de separação obrigatória. Ausência de inventario pela morte do primeiro conjugue. Provada a inexistência de bens o casamento do superstite podera ser sob o regime comum. Recurso conhecido e provido (BRASIL, RE 34825, Relator(a): Min. Lafayette de Andrada, Segunda Turma, Julgado em 28/01/1958, dj 05-07-1958) (destaque nosso).

Ocorre que o “citado art. 259, referindo-se ao silêncio do contrato, tinha naturalmente em vista o regime da separação contratual, ou seja, a separação convencional. No regime de separação legal, não havendo contrato, não há que se falar em aplicação do citado dispositivo” (NETO, 2015, p. 3).

Também nesse sentido:

O legislador ao dispor pela forma que o fez, pressupôs a existência de um contrato antenupcial. E somente quando o contrato silencia, manda que se aplique o dispositivo supra. Donde a conclusão de que, se se trata de regime obrigatório da separação de bens, em virtude do que estatui o art. 258, parágrafo único, não se aplica o dispositivo do art. 259. Permitir que se comunicassem os bens adquiridos, no caso de ser obrigatório o regime de separação, seria tolerar que a lei fosse burlada, seria, em suma, admitir que os cônjuges fugissem daquele regime que a lei lhes impôs, para caírem no regime da comunhão de bens (CARVALHO SANTOS, 1937, p. 55).

Por não existir consenso doutrinário e jurisprudencial, a questão foi ventilada no Supremo. E, mesmo não havendo um posicionamento consolidado, a Súmula 377 foi editada, em 3 de abril de 1964, nos seguintes termos: “No regime da separação obrigatória de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento” (BRASIL, 1964).

3. A EVOLUÇÃO DA SÚMULA NO DIREITO BRASILEIRO E SEUS EFEITOS.

Antes de adentrar ao estudo da Súmula 377 do STF, convém dissertar sobre a evolução da súmula no Direito Brasileiro e descrever brevemente suas características.

A súmula, como orientação a ser seguida pelos tribunais e juízes monocráticos, não é novidade no sistema jurídico brasileiro. Segundo José Tarcísio de Almeida Melo, (2008), esta foi introduzida por Emenda Regimental no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal,

pela Comissão formada pelos ministros Victor Nunes Leal e Pedro Chaves, em 26 de agosto de 1963.

Se no início a súmula causou certa inquietude aos juristas⁴, hoje é nítida a opção do Judiciário e do Legislativo pela sua adoção como importante instituto do Direito Brasileiro.

Alexandre Sormani e Nelson Luis Santander (2006, p. 61) expõem que após a instituição da súmula pelo Supremo Tribunal Federal hoje não há um único tribunal no País que não a preveja em seus regimentos internos. Até mesmo o Tribunal de Contas da União e a Advocacia Geral da União preveem em seus regimentos internos institutos semelhantes às súmulas como instrumento de orientação para seus agentes.

O instituto da Súmula foi aos poucos extravasando o âmbito dos Regimentos Internos dos Tribunais brasileiros e ganhando importância no ordenamento legal. Em 1973, o Código de Processo Civil (BRASIL, 1973) previu a edição de súmulas como instrumento de uniformização de jurisprudência:

Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

Seguindo este processo evolutivo, cada vez mais a súmula foi ganhando importância. Inseridos pelas Leis 9.756/98 (BRASIL, 1998) e 8.950/94 (BRASIL, 1994), os §§3º e 4º do art. 544 do Código de Processo Civil preveem o seguinte:

Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de 10 (dez) dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso.

(...)

§3º Poderá o relator, se o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial; poderá ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso especial.

§4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se também ao agravo de instrumento contra denegação de recurso extraordinário, salvo quando, na mesma causa, houver recurso especial admitido e que deva ser julgado em primeiro lugar.

Referidos dispositivos permitem ao relator do Agravo de Instrumento, cabível contra decisão que inadmitte Recurso Especial ou Extraordinário, quando satisfeitos os pressupostos

⁴ José Tarcísio de Almeida Melo cita em sua obra testemunho do Ministro Victor Nunes Leal, que afirma que, à época da instituição da Súmula pelo STF, os juízes mais novos resistiram à idéia, “ciosos de preservar a sua independência intelectual”. Também os advogados foram cautelosos ao novo instituto, não faltando quem, no foro do Rio de Janeiro, apelidasse a súmula de “túmulo” (MELO, 2008, p. 7).

legais e quando aquela decisão for contrária a enunciado de súmula, desde já, conhecer do recurso e proferir julgamento de mérito.

A Lei 9.756/98 também alterou o art. 557 do Código de Processo Civil e incluiu o seu §1º-A, que preceitua:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§1o-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

Assim, o recurso contrário a enunciado de súmula deverá ser inadmitido sumariamente, ocorrendo o inverso caso a decisão recorrida seja contrária ao enunciado, quando este não só conhecerá como poderá dar provimento ao recurso, em decisão monocrática do relator.

Pode-se citar ainda a alteração do §3º, do art. 475 do Código de Processo Civil pela Lei 10.352/01, que dispensa o duplo grau de jurisdição obrigatório quando a sentença estiver fundada em súmula do Supremo Tribunal Federal ou do tribunal superior competente.

Além disso, a Emenda Constitucional 45/04 ainda conferiu poderes ao juiz de 1º grau de não receber apelação quando em confronto com súmula do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Isso se deu com a alteração do §1º do art. 518 do Código de Processo Civil.

Mesmo com todo esse fortalecimento recente do Direito Sumular, deve-se ressaltar que este instituto permanece sendo no Brasil fonte subsidiária de direito, possuindo apenas efeito orientador para os intérpretes.

Neste sentido, destaca José Tarcísio de Almeida Melo:

A súmula da Jurisprudência Predominante do STF, organizada pela Comissão formada pelos ministros Victor Nunes Leal, Gonçalves de Oliveira e Pedro Chaves, introduzida pela Emenda Regimental de 26 de Agosto de 1963, não se confunde com a súmula vinculante. Ao contrário desta, que é impositiva, a súmula da jurisprudência predominante visa orientar e servir de método de trabalho para os operadores do direito, como advogados, magistrados etc.(...) Os ministros que organizaram a súmula explicaram que sua finalidade “não é somente proporcionar maior estabilidade à jurisprudência, mas também facilitar o trabalho dos advogados e do Tribunal, simplificando o julgamento das questões mais frequentes” (MELO, 2008, p. 7).

Ou seja, o enunciado de uma súmula não vincula o intérprete, visto que esta não é impositiva. Entretanto, como instrumento que reflete a posição dominante do órgão Judiciário é importante fonte subsidiária de direito, que contribui para a previsibilidade do sistema jurídico e maior celeridade processual.

Evandro Lins e Silva, citado por Mendes e Pflug, comenta acerca dos objetivos da Súmula:

Era uma medida de natureza regimental, que se destinava, primordialmente, a descongestionar os trabalhos do tribunal, simplificando e tornando mais célere a ação dos seus juizes. Ao mesmo tempo, a Súmula servia de informação a todos os magistrados do País e aos advogados, dando a conhecer a orientação da Corte Suprema nas questões mais frequentes (SILVA apud MENDES; PFLUG, 2005, p .330).

Assim, a Súmula tem apenas efeitos orientadores, servindo como fonte subsidiária de direito, na medida em que reflete a jurisprudência dominante dos Tribunais e de modo que cada órgão do poder Judiciário preserva sua autonomia de julgamento.

Não se pode esquecer de que o ordenamento brasileiro é fundado no sistema romano-germânico – *Civil Law* –, em que há prevalência explícita do direito escrito e legislado – lei – sobre as demais fontes do Direito, por exemplo, a jurisprudência, que possui *status* de fonte meramente supletiva.

Neste sentido discorre Miguel Reale Junior:

Cabe, nesse sentido, distinguir dois tipos de ordenamento jurídico, o da tradição romanística (nações latinas e germânicas) e o da tradição anglo-americana (*common law*). A primeira caracteriza-se pelo primado do processo legislativo, com atribuição de valor secundário às demais fontes do direito. (...)

Ao lado dessa tradição, que exagera e exacerba o elemento legislativo, temos a tradição dos povos anglo-saxões, nos quais o Direito se revela muito mais pelos usos e costumes e pela jurisdição do que pelo trabalho abstrato e genérico dos parlamentos. Trata-se, mais propriamente, de um Direito misto, costumeiro e jurisprudencial. Se, na Inglaterra, há necessidade de saber-se o que é lícito em matéria civil ou comercial, não há um Código de Comércio ou Civil que o diga, através de um ato de manifestação legislativa. O Direito é, ao contrário, coordenado e consolidado em precedentes judiciais, isto é, segundo uma série de decisões baseadas em usos e costumes prévios. Já o Direito em vigor nas nações latinas e latino-americanas, assim como também na restante Europa continental, funda-se, primordialmente, em enunciados normativos elaborados através de órgãos legislativos próprios (REALE JR., 2002, p. 141).

Como decorrência dessa tradição, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, como já dito, afirma expressamente que lei posterior revoga lei anterior. Assim, não há como uma fonte acessória de direito, como a Doutrina ou a Jurisprudência, revogar

uma lei ou estabelecer hipóteses excetivas às previstas no Código Civil. Ademais, o art. 4º do mesmo Decreto-Lei 4.657/42 (BRASIL, 1942) permite ao juiz inovar no ordenamento apenas quando verificada omissão na lei. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Não se olvida do papel importantíssimo integrador da jurisprudência como fonte de interpretação do direito. No entanto, não é juridicamente aceitável que ela seja diretamente oposta à norma, especialmente se o enunciado de jurisprudência (súmula) foi editado com base em um artigo legal que foi extirpado por lei nova.

Nesse sentido, a súmula, como um enunciado de jurisprudência supostamente dominante, nunca poderia contrariar frontalmente a lei, principalmente uma lei editada posteriormente à publicação da súmula.

4. DA POLÊMICA EDIÇÃO DA SÚMULA 377 DO STF EM 1964.

Para entender o real contexto e os motivos que levaram à edição da Súmula 377, é preciso analisar as bases que lhe deram fundamento. Na sessão plenária em que a súmula foi editada, as referências legislativas primordiais foram os arts. 258 e 259 do CC/16, ambos aqui já citados.

Os precedentes jurisprudenciais utilizados na edição da súmula não tiveram sucesso em demonstrar coerência e consenso no plenário.

Pelo contrário, no RE 7.243 (BRASIL, 1945) o ministro relator Waldemar Falcão afirmou em seu voto:

Entendeu então o aresto embargado que, em relação a esses bens, teria a 1ª embargada, como cônjuge supérstite, a possibilidade jurídica de ser nomeada inventariante, por isso que se teria firmado a comunhão parcial, de referencia a tais bens, a luz do que se contém no art. 259 do cit. Cod. Civil.

Mas, no caso vertente, essa comunhão parcial era um impossível jurídico, ex-vi dos preceitos iniludíveis dos arts.183, n. XIII e 225, do mesmo Código. Quando este enumera, no art.271, os bens que obrigatoriamente entram no regime da comunhão, partiu do pressuposto de se haver estabelecido no casamento, uma manifestação de vontade, por parte dos contraentes, no sentido de adotarem o regime da comunhão limitada ou parcial de bens. Em tal situação, há que se aplicar o princípio do art.259 do mesmo Código, no tocante à comunicabilidade dos aquestos, desde que se verifique o silêncio do contrato, em se tratando do regime de comunhão parcial.

Mas parece claro que esses preceitos legais não podem aplicar-se á hipótese em que a comunhão de bens não se pode dar de modo nenhum, em face do mandamento imperativo da Lei, como acontece no caso vertente, por força do dispositivo nos art. 183, n xiii, e 225 do cit. Cod.Civil (BRASIL, RE nº 7243 - Embargos. Min. Relator Waldemar Falcão. DJ 12/06/1945).

O ministro relator, brilhantemente, concluiu o seu voto argumentando que os preceitos legais do art. 258, parágrafo único, do CC/16 eram uma barreira para aqueles que desejavam que seus bens se comunicassem durante o casamento:

Ora, no caso em apreço, ergue-se como obstáculo à pretendida comunicabilidade dos aquestos a barreira de preceitos legais, que encerra, normas de ordem publica. A generalidade dos tratadistas não admite que, na concretização das situações jurídicas, possa ser infringida preceituação dessa natureza (BRASIL, RE 7243 - Embargos. Min. Relator Waldemar Falcão. DJ 12/06/1945).

O resultado do julgamento foi que ambos os embargos foram rejeitados, isso porque dois ministros –Laudo Camargo e Annibal Freire – entenderam que nenhum dos embargantes teria razão, dois outros que a segunda embargante estava correta ao pleitear a comunhão dos aquestos no regime de separação legal de bens, porém os ministros Orosimbo Nonato e José Linhares acompanharam o ministro relator Waldemar Falcão no sentido de que o primeiro embargante teria razão, não podendo ser os aquestos partilhados tendo em vista o parágrafo único do art. 258 do CC/16, conforme atestam as palavras do ministro Orosimbo Nonato em seu voto:

O Código Civil, solvendo a velha divergência – e como declarou seu eminente Autor, Clovis Bevilacqua – exigiu também a partilha julgada pelo Juiz. E para punir o ato de quem infringiu o texto da Lei, tornou obrigatório, no caso, o regime da separação. Trata-se de uma punição do legislador, em matéria *ius cogens*, que assim há de ser entendida nos rigorosos termos em que foi feita: não anula o casamento a infração, mas leva ao regime da absoluta separação de bens.

De maneira que, não existindo, no caso, como não existe, homologação da partilha anterior ao fato, a conclusão a que me vejo forçado, é a de aplicar a lei, para atender que, no caso, é de separação legal o regime, o que leva também à separação dos aquestos. O texto do art.259 não rende ensejo, data vênua, a outra interpretação. Ele visa apenas, e declaradamente, a separação contratual e não a separação obrigatória, por força de lei primitiva. No caso dos autos não há contrato, o que há é um mandamento de direito público que exige, terminantemente, o regime da separação (BRASIL, RE nº 7243 - Embargos. Min. Relator Waldemar Falcão. DJ 12/06/1945).

Os dois ministros que divergiram do relator entenderam que os aquestos deveriam se comunicar durante o casamento, mesmo sob a égide do regime da separação legal foram Goulart de Oliveira e Philadelpho Azevedo. Este último declarou em seu voto que entendia ser possível a aplicação do art. 259 naquele caso porque o regime de separação legal ou obrigatória em nada se distinguia do regime de separação convencional de bens:

De modo que, aceitando a opinião de vários autores de nota, a começar pela abalizada lição de V. Excia. Sr. Presidente, admito que o art.259 se aplique aos aquestos, mesmo nos casos de separação legal, que não é senão o regime de

separação comum convencional e não outro diferente (BRASIL.RE nº 7243 - Embargos. Min. Relator Waldemar Falcão. DJ 12/06/1945).

Ou seja, apesar de ambos os embargos terem sido rejeitados por maioria, restou evidente durante o julgamento que não havia um entendimento unânime e que todos os argumentos a favor da comunhão dos aquestos no regime legal de separação de bens eram fundamentados no art. 259 do Código Civil de 1916, que permitia naquela época (atualmente não permite mais) a comunhão dos aquestos na separação contratual ou consensual se não houvesse expressa menção no pacto que os aquestos não se comunicariam.

Quanto ao RE 9.128 (BRASIL, 1948), apesar de ter sido utilizado como precedente, o seu acórdão defende a tese contrária ao conteúdo da Súmula 377, deixando bastante claro que o entendimento majoritário da Segunda Turma Julgadora do STF era de que o art. 259 do Código Civil de 1916 não poderia ser aplicado ao regime de separação legal de bens.

Também no prévio relatório do procurador geral da República, Themistocles Brandão Cavalcanti, o posicionamento contra o que foi sumulado na Súmula 377 restou evidente:

O presente recurso é interposto da decisão do ilustre Tribunal de Minas Gerais que decidiu não ter aplicação aos casamentos realizados pelo regime da separação de bens, por força da idade de um dos cônjuges, o artigo 259 do Código Civil que permite a comunhão dos aquestos. Fundamenta o recurso não só a violação da lei (letra a do art.100, II da Constituição) mas também pela diversidade na jurisprudência (...) Quanto ao primeiro fundamento não me parece oportuno invocar porquanto os dispositivos citados referem-se ao silêncio do contrato ante-nupcial e na hipótese dos autos, a separação não decorre do contrato mas da lei. (...) A interpretação analógica ou por extensão também não se aplica dados os termos expressos do dispositivo invocado, que se refere explicitamente à existência de contrato ante-nupcial. Bem decidiu, portanto, o Ilustre Tribunal recorrido cuja interpretação parece-me também a mais acertada e conforme à jurisprudência dominante (BRASIL, RE 9.128, Rel. Ministro Edgard Costa, Segunda Turma, DJE 17/12/1948).

O ministro relator Edgard Costa manteve a decisão do Tribunal de Minas Gerais negando seguimento ao recurso, acompanhando o parecer da procuradoria:

A primeira consideração – escreve ele que nos sugere a letra do artigo 259, é que a lei alude claramente à idéia de contrato, quando diz: no silêncio do contrato, etc. Ora, o legislador não pode ignorar que a idéia fundamental do contrato, é o acordo livremente consentido pelos contratantes, com pleno conhecimento de causa, para formarem um vínculo obrigacional. Onde não existe acordo livre de vontades, expresso no consentimento das partes, não existe contrato. Portanto, o art.259 referindo-se ao silêncio do contrato, se refere virtualmente aos casamentos em que há contrato ante-nupcial, exclusivo da comunhão geral. O regime da separação de bens obrigatório, aberrando de modo flagrante do conceito básico de todo contrato, exclui de modo absoluto a sua inclusão na forma do artigo 259, tão somente

aplicável no silêncio do contrato. Em segundo lugar, seria irrisório e ridículo o caráter coercitivo que emana evidentemente das medidas consignadas no Código Civil, art.258, parágrafo único, se a separação obrigatória não fosse extensível aos bens futuramente adquiridos pelos cônjuges. Finalmente, o art.258, parágrafo único, não distingue quais os bens, se presentes tão somente, ou se presentes e futuros, que incidem na separação obrigatória; ora é regra de interpretação que – *ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus*. (...) Essa, tenho como a exata interpretação do dispositivo em questão (BRASIL, RE 9.128, Rel. Ministro Edgard Costa, Segunda Turma, DJe 17/12/1948).

O ministro Hahnemann Guimarães acompanhou o ministro relator, fundamentando seu voto no raciocínio de que se o legislador do CC/16 quisesse admitir a comunicação dos bens no regime de separação de bens não teria utilizado o termo *separação*.

Aí se estabelece que o regime é o da separação de bens, no casamento de tais pessoas, se o legislador quisesse admitir a comunhão dos bens adquiridos na constância do casamento, não teria falado em separação, teria falado em comunhão parcial de bens, porque o regime em que os bens adquiridos se comunicam não é o da separação, é o da comunhão parcial. Se o legislador usou a expressão “separação de bens” foi porque quis referir-se ao regime de que tratam os artigos 276 e 277 (BRASIL, RE 9.128, Rel. Ministro Edgard Costa, Segunda Turma, DJe 17/12/1948).

O ministro Lafayette de Andrada divergiu do entendimento de seus colegas dando provimento ao recurso, justificando seu voto sob o argumento da possibilidade de se aplicar analogicamente o art. 259 do CC/16 ao regime de separação legal.

Se a lei admite a comunhão de bens adquiridos na constância do casamento, quando há contrato estabelecendo o regime de separação, não vejo motivo ponderável para afastar essa comunhão, quando a separação é determinada por lei. (...) Tenho para mim que a comunhão de aquestos pode ocorrer em qualquer caso de separação de bens; seja consequência da lei, seja em virtude do silêncio de contrato antenupcial (BRASIL, RE 9.128, Rel. Ministro Edgard Costa, Segunda Turma, DJe 17/12/1948).

O ministro Goulart de Oliveira acompanhou o ministro Lafayette de Andrade e também deu provimento ao recurso. Porém, o ministro Orosimbo Nonato, como voto de minerva, julgou o recurso improvido, acompanhando o ministro Relator, entendendo em sentido contrário à Súmula 377; ou seja, que os aquestos no regime de separação obrigatória de bens não devem se comunicar. Assim foram as suas palavras:

Por outro lado, data vênua dos eminentes senhores Ministros Goulart de Oliveira e Lafaiete de Andrade, entendo ser incurial aplicar-se ao caso o princípio estabelecido ao propósito da comunhão parcial, da comunhão dos aquestos. Basta realçar que o artigo 259 pressupõe ocorrência de contrato. Trata-se de regime convencional pelos cônjuges, ao passo que, no caso dos autos a separação decorre de imposição legal (BRASIL, RE 9.128, Rel. Ministro Edgard Costa, Segunda Turma, DJe 17/12/1948).

Já no julgamento do RE 10951 (BRASIL, 1948), também utilizado como precedente jurisprudencial da Súmula 377, a Primeira Turma julgadora chegou à decisão, por três votos a dois, de que os aquestos deveriam ser partilhados também na separação obrigatória de bens, sob o fundamento de que o art. 259 do Código Civil de 1916 também poderia ser aplicado ao regime de separação obrigatória de bens.

No julgamento dos embargos do RE 8984 – Embargos – (BRASIL, 1951), o Tribunal Pleno também não foi unânime. O ministro Orosimbo Nonato, como fez anteriormente nos RE 7243 e RE 9128, novamente se posicionou contrário à comunhão dos aquestos na separação obrigatória, com brilhante voto, que em parte se transcreve:

No regime convencional de separação de bens, comunicam-se os adquiridos, salvo expressão contrária dos cônjuges; mas, no legal, e quando a separação traduz a reação da lei contra infração de seus preceitos, a extensão é maior, abrange os aquestos, sem o que se apagaria o caráter da lei que ordena a separação. Inaplicável é, assim, ao caso, o art.259 do Cód. Civ que, declaradamente, prevê apenas a hipótese da separação convencional. Se a separação é decretada pela lei em preceito inserto entre “disposições penais” art.226, cap.VII, Cód Civ.), ela não se equipara à separação convencional e nem autoriza a comunicação dos adquiridos, o que valeria por abrandamento da pena suscitada não pelo legislador, senão pelo interprete, por argumento a pari incabível por faltar o extremo da “identidade de motivo” ou “semelhança de razão (BRASIL, RE 8.984, Rel. Ministro Hahnemann Guimarães, DJ 11/01/1951).

Os ministros Annibal Freire e Barros Barreto acompanharam o entendimento do ministro Orosimbo Nonato e rejeitaram os embargos. Porém, a maioria, em posicionamento contrário, acolheu os embargos, entendendo que o art. 259 do CC/16 deveria também ser aplicado ao regime de separação legal de bens.

Verifica-se que dos quatro precedentes jurisprudenciais utilizados para a edição da Súmula 377 um era contrário ao seu conteúdo (RE 9.128), outro não era contra nem a favor (RE 7.243) – já que reconheceu a comunhão apenas acerca dos bens comprovadamente adquiridos pelo esforço comum – e nos outros dois (RE 1.0951 e RE 8.984) não houve unanimidade dos votos dos ministros e que aqueles que votaram no mesmo sentido do conteúdo da Súmula o fizeram com base no art. 259 do Código Civil de 1916, que não foi reproduzido no Código Civil de 2002.

Foi neste contexto de grande divergência entre as Turmas Recursais do Supremo Tribunal Federal que a Súmula 377 foi editada em 1964. Frisa-se que seu fundamento legal foi primordialmente um artigo do Código de 1916, que posteriormente foi revogado pelo Código Civil de 2002, uma vez que, conforme dispõe o art. 2º, §1º, da LINDB, “a lei posterior revoga a anterior quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

Inácio de Carvalho Neto afirma que, independentemente da interpretação que se dê aos arts. 258 e 259 do CC/1916, “suprimida que foi a regra legal que dava base à Súmula, não há mais que se falar em sua vigência, pois a Súmula não pode subsistir contra a lei ou sem ela” (NETO, 2015, p. 6)

Foi por essa razão que, posteriormente, surgiram questionamentos se a Súmula 377 deveria ter sido cancelada ou não, já que o seu fundamento legislativo principal, o art.259 do CC/16, não foi reproduzido no Código Civil de 2002, esvaziando-se, assim, sua fundamentação legal.

5. DO CÓDIGO CIVIL DE 2002: UMA INTERPRETAÇÃO DIVERSA QUANTO AOS REGIMES DE BENS.

De acordo com José Fernando Simão, o regime de separação de bens no Código Civil de 1916 era interpretado de forma bastante diversa do Código Civil de 2002:

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), a comunhão dos bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento (SIMÃO, 2013).

Com a não reprodução do art.259 do CC/16, mediante a uma constatação lógica, restou evidente que o legislador, no atual Código Civil, na parte em que rege o regime de separação de bens, optou pela não comunicação dos aquestos, tanto na separação convencional quanto na obrigatória.

Entretanto, curiosamente, por força da Súmula 377 do STF, que não foi cancelada mesmo com a publicação da nova legislação, a maior parte da doutrina e dos magistrados, utilizando-se dessa brecha, passou a aceitar a comunhão dos aquestos justamente no regime de separação obrigatória de bens. Sendo que o legislador foi expresso ao limitar a autonomia dos cônjuges e obrigá-los a se submeterem ao regime da separação de bens.

Cita-se o entendimento de Maria Berenice Dias sobre os regimes de bens no Código Civil de 2002:

No regime da comunhão universal, integra a meação todo o acervo: os bens particulares de ambos os cônjuges e os adquiridos, a qualquer título, depois do casamento. Na comunhão parcial, a meação é somente sobre os aquestos, ou seja, o patrimônio adquirido na constância do matrimônio. Mesmo na separação obrigatória (obrigatória porque é imposta por lei), existe direito à meação dos bens adquiridos

durante a constância do enlace matrimonial, por força da Súmula 377 do STF. No regime da participação final dos aquestos, só cabe falar em meação quanto aos bens amealhados em comum durante o casamento. Os adquiridos em nome próprio, na vigência da sociedade conjugal, sujeitam-se à compensação, e não à divisão. Por fim, no regime da separação convencional, inexistente comunicação de patrimônios. Esta é a única hipótese em que, a princípio, não há direito à meação (...) (DIAS, 2010, p. 220-221).

Constata-se que ocorreu uma deturpação de conceitos baseando-se na Súmula 377 do STF, em que a mudança legislativa evidenciada no Código Civil de 2002 passou a ser aplicada apenas em relação ao regime da separação consensual, mantendo-se a comunhão dos aquestos justamente no regime de separação obrigatória de bens: o legislador, expressamente, determinou que os bens não deveriam se comunicar.

Não haveria razão para o legislador ter criado um regime de separação de bens em que, caso os cônjuges o escolhessem, os bens adquiridos no casamento não se comunicariam e quando eles fossem obrigados a se submeter àquele regime, curiosamente, os seus bens se comunicariam.

Nesse sentido, Francisco José Cahali afirma que “pela análise global das regras propostas no novo Código, a Súmula nº 377 não sobrevive, impedindo a aplicação dos princípios da comunhão quando imposta a separação obrigatória nos casamentos realizados a partir da vigência do Código Civil de 2002” (CAHALI, 2004, p. 29).

Ou seja, a intenção do legislador do Código Civil de 2002 foi estabelecer definitivamente a não comunhão dos aquestos no regime de separação obrigatória de bens. Corroborando tal entendimento, Caio Mário Pereira, sustenta que “com a redação do presente artigo (art. 1.641), restaurou-se o antigo preceito com toda severidade, porque ele enuncia exatamente o oposto, estabelecendo que no regime de separação legal, por ele estabelecido, não haverá comunhão de aquestos” (PEREIRA, 2004, p. 195).

Ressalta-se que, contraditoriamente, a Súmula 377 do STF foi editada para estender ao regime de separação legal de bens um direito daqueles que se casavam no regime de separação convencional, e não o oposto. Entretanto, a manutenção da súmula no atual contexto legislativo passou a significar a revogação do art. 1.641 do CC, o qual estabelece expressamente os casos em que o regime deve ser o da separação de bens.

Neste sentido, existe o julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo que declara que a Súmula 377 foi superada com a entrada em vigor do Código Civil de 2002:

Inventário - Pretensão de herdeiro necessário à meação em numerário depositado - Regime da separação legal - Não aplicação da Súmula 377 do STF - Necessidade de comprovação, pela via autônoma, de que o bem foi adquirido por meio de esforço

comum, de modo a se operar, eventualmente, a comunicação — Agravo não provido. (BRASIL, TJSP – 4ª Câm. De Direito Privado – Ag In. 9035030-07.2004.8.26.0000 – Rel. Des. José G. Jacobina Rabello – jul.17.03.2005).

Conforme será demonstrado a seguir, a divergência persiste por uma única razão: os argumentos contrários ao próprio regime de separação obrigatória de bens, sob a justificativa de que seria um regime que enseja o enriquecimento ilícito de um dos cônjuges.

6. DA INCONSISTÊNCIA NA JUSTIFICATIVA PELA MANUTENÇÃO DA SÚMULA 377 DO STF.

Walsir Edson Rodrigues Júnior, Renata Barbosa de Almeida, Maria Berenice Dias, Sílvio de Salvo Venosa (2007, p. 310), Rolf Madaleno, Flávio Tartuce e a maior parte da doutrina entendem que a validade da súmula persiste mesmo após a entrada em vigor do CC/02.

De acordo com Flávio Tartuce, “a referida súmula ainda continua tendo aplicação, ou seja, não foi cancelada, diante da vedação do enriquecimento sem causa que consta no art. 884 do atual CC, seguindo o entendimento da necessidade de prova do esforço comum para a referida comunicação” (TARTUCE; SIMÃO, 2010, p. 171).

No mesmo sentido discorrem Walsir Edson Rodrigues Júnior e Renata Barbosa de Almeida:

Sem dúvida, quando o legislador impõe um regime, atentando contra a liberdade dos cônjuges, o que deve ser presumido é o esforço comum, e não o contrário, já que o casamento se caracteriza pela conjugação de esforços. Por isso, defende-se, ainda hoje, a aplicação da Súmula 377 do STF nas hipóteses de imposição do regime de separação de bens (ALMEIDA; RODRIGUES JUNIOR, 2012, p 177).

Rolf Madaleno argumenta que, além de se embasar no art. 259 do CC/16, o Supremo Tribunal Federal, ao editar a Súmula 377, também teve o propósito de evitar o enriquecimento ilícito:

Está sedimentado que um dos evidentes propósitos do Supremo Tribunal Federal ao editar a Súmula n.377, a par da questão pontual do art.259 do Código Civil de 1916, também foi o de evitar o enriquecimento ilícito nos casamentos de imposição do regime da separação de bens, porque o patrimônio adquirido na constância do casamento pelo esforço comum terminava em mãos de só um dos cônjuges, de hábito o varão, sob cuja titularidade restava inscrito o acervo construído durante toda a história do matrimônio (MADALENO, 2011, p. 73).

Verifica-se que essa corrente doutrinária defende a manutenção da Súmula 377 não a partir de um estudo se essa interpretação do STF ainda reflete a intenção do legislador do atual Código Civil, mas sim sob o fundamento de que ela evita o enriquecimento ilícito de um dos cônjuges em detrimento do outro.

O argumento acerca da vedação do enriquecimento ilícito não se sustenta, pois a norma se localiza no título VII do Livro I do Código Civil (*Dos atos unilaterais – Do Direito das Obrigações*), matéria diversa daquela que rege o regime de bens entre os cônjuges, localizado no livro IV (Direito de Família), sendo certo que se fosse o caso de o legislador vedar o enriquecimento entre os cônjuges ele faria uma exceção expressa, assim como o legislador o fez no art.259 do CC/16.

Fato é que o art.1.641 do CC/02 é claro ao estabelecer o regime de separação obrigatória de bens, não fazendo qualquer menção quanto aos bens adquiridos durante o casamento.

No contexto atual, em que existe um artigo explícito determinando a não comunicação dos bens por motivos taxativos, dizer que a Súmula 377 deve continuar sendo aplicada para se evitar o enriquecimento ilícito entre os cônjuges é usar uma solução equivocada. Isso porque não haveria razão de o legislador ter sido tão específico quanto às restrições do art. 1641 do CC/02 se a Súmula 377 do STF ainda fosse válida e, na prática, transformasse o regime de Separação Obrigatória no regime de Comunhão Parcial de Bens.

Se existe algum descontentamento com os impedimentos de se optar livremente pelo regime de bens do casamento, o certo seria questionar a legalidade do art. 1641 do CC/02 e, até mesmo, propor uma reforma legislativa com a exclusão do regime de separação obrigatória de bens do nosso ordenamento jurídico, como foi proposto no projeto de lei do Estatuto das Famílias, no qual não há mais a previsão do regime de Separação Obrigatória de bens.

Tais questionamentos são válidos e devem ser levantados, porém isso não pode justificar que uma súmula continue gerando efeitos sem possuir mais seus fundamentos legais.

É importante esclarecer que, caso haja a comprovação do esforço comum na aquisição do bem, este será compartilhado proporcionalmente à contribuição de cada um. Entretanto, é imperioso que isso seja comprovado, não podendo nunca ser presumido tal esforço, na proporção de 50% para cada um dos cônjuges, como determina a Sum 377 do STF.

CONCLUSÃO.

Como se viu, não se podem confundir razões ideológicas com o disposto expressamente na lei, razão pela qual restou evidenciado que a Súmula 377 do STF não é mais válida e não poderia persistir em nosso ordenamento.

Diante do fundamento legal de que a Súmula 377 foi revogada pelo Código Civil de 2002 e de que no atual contexto civil está expresso que não irão se comunicar os bens adquiridos sob a égide do regime da separação de bens convencional, de acordo com a doutrina minoritária – como os já citados Silvio Rodrigues, Caio Mario da Silva Pereira, José Fernando Simão, Francisco José Cahali (2004, p.204) e Inácio de Carvalho Neto –, a Súmula 377 do STF está superada, não sendo justificável a comunhão dos bens no regime de Separação Obrigatória.

Como se viu, o fundamento de que a Súmula 377 do STF deve ser mantida porque veda o enriquecimento ilícito de um dos cônjuges não se sustenta, uma vez que o art.1.641 do CC/02 é claro ao estabelecer o regime de Separação Obrigatória de Bens, não fazendo qualquer menção quanto aos bens adquiridos durante o casamento. Ademais, a não reprodução do art. 259 do CC/16 deixou claro que o legislador não pretendia manter qualquer exceção ao regime.

Para os contrários ao regime de Separação Legal de Bens, solução mais plausível não seria defender a manutenção da Súmula 377 do STF, e sim a ilegalidade do art.1.641 do CC/02 ou, ainda, a sua desnecessidade, já que, havendo a comprovação do esforço comum, o cônjuge não proprietário pode pleitear a parte referente à sua contribuição na aquisição do bem. Nesse sentido, já tramita o Projeto de lei 2285/2007, o qual dispõe sobre o Estatuto das Famílias, que suprimiu o regime de Separação Obrigatória de Bens de seus artigos.

A Súmula 377 do STF não pode continuar sendo aplicada como se o seu fundamento legal ainda existisse. Como visto, este instrumento só veio a ser editado devido à existência do polêmico art. 259 do Código Civil de 1916, o qual determinava que na separação de bens, no silêncio do contrato, os bens adquiridos na constância do casamento iriam se comunicar.

Conclui-se pela ausência de fundamento legal para a Súmula 377 do STF, perdendo tal instrumento sua validade na consolidação da interpretação judicial sobre a norma, motivo pelo qual deve ser cancelada.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil famílias**. 1ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil famílias**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL. **Lei 3.071/16 - Código Civil (1916)**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm, acesso em 22/02/2015.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. 14ª ed. São Paulo. Rideel, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 14ª ed. São Paulo. Rideel, 2012.

BRASIL. **Conselho da Justiça Federal**. I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2013

BRASIL, **Conselho da Justiça Federal**. III Jornada de Direito Civil. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>, acesso em: 12/06/2013.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 4.657/42**.

Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657.htm, acesso em 22/03/2015.

BRASIL, **Lei 5.869/73 - Código de Processo Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm, acesso em 22/03/2015.

BRASIL, **Lei 8.950/94**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1989_1994/L8950.htm, acesso em 22/03/2015.

BRASIL, **Lei 9.756/98**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9756.htm, acesso em 22/03/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 377. **Diário de Justiça da União**. Brasília. 8/5/1964, p. 1237.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 7.243. **Diário de Justiça da União**. Brasília. 12/06/1945

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 8.984 - Embargos. **Diário de Justiça da União**. Brasília. 11/01/1951.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 9.138. **Diário de Justiça da União**. Brasília. 17/12/1948.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 10.951. **Diário de Justiça da União**. Brasília. 09/04/1948.

CAHALI, Francisco José. A Súmula 377 e o novo código civil e a mutabilidade do regime de bens. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 76, Ano XXIV, junho/2004.

CAHALI, Francisco José. Direito intertemporal no Livro de Família (regime de bens) e Sucessões. In: **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey e IBDFAM, 2004.

CARVALHO SANTOS, João Manoel de. **Código Brasileiro Interpretado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, v. 5.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6 ed.rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MENDES, Gilmar e PFLUG, Samantha Meyer; Passado e futuro da súmula vinculante: considerações à luz da emenda constitucional n. 45/2004. In BOTTINI, PIERPAOLO RENAULT, Sérgio Rabello Tam (coord.) **Reforma do judiciário**. São Paulo/SP, Saraiva. 2005.

NETO, Inácio de Carvalho. **A súmula 377 do supremo tribunal federal e o novo código civil**. Disponível em: www.flaviotartuce.adv.br/artigosc/inacio_sumula. Acesso em: 16.mar.2015.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2011.

MELO, José Tarcísio de Almeida; **Súmula Vinculante: aspectos polêmicos, riscos e viabilidade**; Palestra proferida em 31/05/2007, na Escola Desembargador Edésio Fernandes – Tribunal de Justiça de Minas Gerais, íntegra disponível no web-site: <http://www6.tjmg.gov.br/ejef/home/>, 10/01/2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 5.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Curso de direito civil: direito de família - 6v**, 26ª ed. São Paulo: Saraiva. 2001.

SIMÃO, José Fernando. **O Regime da separação absoluta de bens (CC, art. 1647): separação convencional ou obrigatória?** Disponível em http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_regime_separacao.html. Acesso em: 01.07.2013.

SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. **Súmula Vinculante: um estudo à luz da emenda constitucional 45, de 30.12.2004**; Curitiba/PR, Editora Juruá; 2006.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**, v.5: **direito de família**. 4^aed. Rio de Janeiro. Forense. 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007.