

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, devido à colonização de origem portuguesa, a Igreja Católica sempre teve uma influência marcante na sociedade. Tanto isto é verdade que a primeira Constituição Brasileira, de 1824, estabeleceu a religião católica apostólica romana como a religião oficial do Império Brasileiro. Após a independência, continuou a ser aplicada, em um primeiro momento, por força de Lei imperial de 20 de outubro de 1823, a legislação portuguesa (Ordenações Filipinas), que, baseada no direito canônico, somente aceitava como legítimo o casamento celebrado com todas as formalidades religiosas. Somente após a proclamação da República, por intermédio do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, foi regulamentado o casamento civil.

Assim, a partir de tal data, passaram a ser considerados válidos apenas os casamentos celebrados de acordo com referida regulamentação, situação que foi ratificada pela Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891, que estabeleceu, em seu artigo 72, §4º, que “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”. (BRASIL, 1891) O Código Civil de 1916 continuou a estabelecer o casamento civil como única forma de constituição da família legítima.

Referida codificação não regulamentou o concubinato na sua forma pura ou impura, mas também não o proibiu, referindo-se ao mesmo em algumas disposições, normalmente para defender o instituto do casamento, como no caso de seu artigo 248, inciso IV, que possibilitava à mulher casada reivindicar os bens comuns doados ou transferidos à concubina, e o artigo 1777, que estabelecia que a doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice poderia ser anulada pelo outro cônjuge ou pelos herdeiros necessários, até dois anos após a dissolução da sociedade conjugal.

O Decreto-lei nº 7.036, de 10 de novembro de 1944, que regulou o acidente de trabalho, estabeleceu, no parágrafo único de seu artigo 21:

A Lei nº 4.297, de 23 de dezembro de 1963 estabeleceu a possibilidade, havendo o falecimento de servidor civil, militar ou autárquico, de concessão de pensão à companheira, desde que com o segurado tenha convivido maritalmente por prazo não inferior a cinco anos e até a data de seu óbito. Nesta mesma linha, a Lei 4.242, de 17 de julho de 1963 admitiu, em seu artigo 44, a possibilidade do servidor civil, militar ou autárquico desquitado, que não responda pelo sustento da esposa, abater em seu imposto

de renda os gastos com pessoa que viva sob sua exclusiva dependência econômica, no mínimo há cinco anos.

2 DO RECONHECIMENTO DA NORMA JURÍDICA

A Súmula nº 35 do Supremo Tribunal Federal, de 13 de dezembro de 1963, estabeleceu que “em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio” (BRASIL, 1963).

Outro marco legal importante foi a edição, em 26 de dezembro de 1977, da Lei 6.515, que instituiu o divórcio no ordenamento jurídico brasileiro, acabando com o caráter de indissolubilidade do casamento, abrindo espaço para um maior reconhecimento da chamada família de fato. Paulatinamente, as decisões judiciais também passaram a reconhecer direitos às concubinas pela contribuição das mesmas ao patrimônio adquirido pelo esforço comum do casal, culminando com a edição, em 03 de abril de 1964, da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, determinando que “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum” (BRASIL, 1964).

Com o passar do tempo, algumas decisões judiciais firmaram o entendimento de que o concubinato, por si só, não daria origem à sociedade de fato mencionada na já citada Súmula nº 380 do STF, sendo necessário a prova da efetiva colaboração dos concubinos para a formação do patrimônio comum.

Em resposta a tal posicionamento, uma parte da doutrina e da jurisprudência passou a sustentar o entendimento de que a sociedade de fato entre os concubinos apresentava caráter diferenciado da sociedade de fato comum, prevista no artigo 1.363 do Código Civil, estabelecida com base no direito obrigacional, na medida em que tinha como escopo principal a constituição da família de fato.

Assim, a simples permanência da concubina no lar, nas lides domésticas e no cuidado com os filhos do casal, já seria suficiente para o reconhecimento do esforço comum (contribuição indireta), com a consequência partilha igualitária dos bens adquiridos na constância da união.

Outro marco jurisprudencial relevante a ser destacado é a edição da Súmula de nº 382 pelo Supremo Tribunal Federal estabelecendo que: “A vida em comum sob o mesmo teto, more uxório, não é indispensável à caracterização do concubinato”

(BRASIL, 1964). Desta forma, foi consolidado o entendimento de que o simples fato dos concubinos residirem em domicílios diferentes não impedia o reconhecimento da união, desde que presentes outros requisitos caracterizadores do mencionado instituto, como a afetividade e a intenção de constituir família.

Se, entretanto, o direito à partilha do patrimônio comum dos companheiros foi paulatinamente sendo admitido pela doutrina e a jurisprudência, com base na chamada sociedade de fato, nos termos da Súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal, o direito a alimentos entre os companheiros sempre foi controverso.

Os julgados inclinavam-se no sentido da negativa de referido direito, justamente em virtude da figura da sociedade de fato situar-se no campo do direito das obrigações, e não do direito de família. Tal situação somente foi sanada com o advento da Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988, que expressamente reconheceu a união estável como entidade familiar.

3 TUTELA DE URGÊNCIA: TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA

O Estado, ao proibir a autotutela privada, tomou para si a obrigação de tutelar de forma efetiva os conflitos de interesses surgidos no seio da sociedade. Nas palavras de Luiz Fux: O Estado, como garantidor da paz social, avocou para si a solução monopolizada dos conflitos intersubjetivos pela transgressão à ordem jurídica, limitando o âmbito da autotutela. Em consequência, dotou um de seus Poderes, o Judiciário, da atribuição de solucionar os referidos conflitos mediante a aplicação do direito objetivo, abstratamente concebido, ao caso concreto.

Contudo, para a prestação da tutela jurisdicional definitiva e satisfativa, com lastro em juízo de cognição exauriente, obtido através de larga investigação probatória, o Estado, por vezes, demanda de um lapso temporal que se mostra incompatível com a urgência da tutela pleiteada.

Nos dizeres de Fredie Didier Jr., “em tais casos, para que não fique comprometida a efetividade da tutela definitiva satisfativa (padrão), percebeu-se a necessidade de criação de mecanismos de preservação dos direitos contra os males do tempo.” Por esta razão, o Código de Processo Civil, através de tutelas de urgência, estabelece a possibilidade de se obter, de maneira imediata, o bem jurídico pretendido, sem que haja a necessidade de a parte aguardar o julgamento final da lide.

O gênero tutela de urgência subdivide-se em duas espécies: a tutela antecipatória e a tutela cautelar. Apesar de apresentarem pontos convergentes, ambas não se confundem. Em apertada síntese, é possível definir a tutela antecipada como sendo uma espécie de tutela provisória de caráter satisfativo, que permite que a parte goze imediatamente os efeitos da tutela definitiva que se pretende alcançar ao final da demanda ajuizada. Nos moldes do que dispõe o art. 273 do Código de Processo Civil: Art. 273.

O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994) I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994) II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

A partir da leitura do citado dispositivo, verifica-se que para a sua obtenção faz-se necessário que se demonstre o periculum in mora (fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação), ou que se caracterize o abuso do direito de defesa ou, ainda, o manifesto propósito protelatório do réu. Imprescindível, ainda, a existência de uma ação em curso, a prova inequívoca do direito alegado, pedido expresso da parte e, por fim, a reversibilidade da medida.

A tutela cautelar, por sua vez, tem, em regra, caráter conservativo, uma vez que tem por finalidade garantir a eficácia da tutela definitiva, que só será obtida ao término do processo. É um instrumento que visa proteger a integralidade do direito material que se busca alcançar.

Nas palavras de Alexandre Freitas Câmara: O processo cautelar é, pois, instrumento através do qual se presta uma modalidade de tutela jurisdicional consistente em assegurar a efetividade de um provimento a ser produzido em outro processo, dito principal.

Ao contrário do que ocorre com os outros dois tipos de processo (cognitivo e executivo, e também com o sincrético, que é resultado da fusão dos outros dois), o processo cautelar não satisfaz o direito substancial, mas apenas garante que o mesmo possa ser realizado em momento posterior, permitindo, assim, uma forma de tutela jurisdicional mediata.

Para que seja concedida a tutela cautelar deve estar configurado o *fumus boni iuris*, que diz respeito à aparência do direito que será discutido na ação principal e o

perriculum in mora, que se refere ao risco de dano ao bem da vida que será objeto daquela. As medidas cautelares podem ser típicas/nominadas ou atípicas/inominadas, tendo em vista o poder geral de cautela do juiz, previsto no art. 798 do Código de Processo Civil. Sobre o poder geral de cautela atribuído aos magistrados pelo art. 798, leciona Alexandre Freitas Câmara 4 : [...] Trata-se de poder que deve ser exercido de forma subsidiária, pois que se destina a completar o sistema, evitando que fiquem carentes de proteção àquelas situações para as quais não se previu qualquer medida cautelar típica.”

Em 2002, foi acrescentado, pela Lei Federal n. 10.444, o §7º ao art. 273, instituindo a fungibilidade das medidas urgentes, já esposada pela doutrina e pela jurisprudência, fazendo com que a distinção entre cautelares e tutelas antecipadas perdessem um pouco a utilidade prática.

Importa destacar que, ambos os institutos tem por finalidade distribuir o ônus do tempo no processo, como forma de consagrar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Segundo Luiz Guilherme Marinoni 5 , “o processo, para ser justo, deve tratar de forma diferenciada os direitos evidentes, não permitindo que o autor espere mais que o necessário para a realização do seu direito.”

Neste sentido, tanto as tutelas cautelares como a figura da antecipação dos efeitos da tutela têm por finalidade garantir que o litigante que desde logo demonstre ser titular do direito alegado possa receber a tutela jurisdicional, sem que seja necessário aguardar o julgamento definitivo da lide.

4 DISTINÇÃO ENTRE SEPARAÇÃO DE CORPOS E AFASTAMENTO TEMPORÁRIO DE UM DOS CÔNJUGES

Nosso Código de Processo Civil – CPC regula, em seus artigos 888 e 889, uma série de medidas por ele denominadas “provisionais”. Antes de tudo, impende estabelecer o significado da palavra provisional. Embora com frequência utilizada para significar “provisório”, quer a expressão também significar “relativo à provisão”, que, como se sabe, é ato ou efeito de prover, de assegurar os atendimentos das necessidades humanas. Tal distinção é fundamental para se analisar a real natureza dessas medidas provisionais. Há de se afirmar, desde logo, sem embargo de controvérsias, que no artigo 888 do CPC dificilmente se encontrará alguma medida que tenha, realmente, natureza cautelar. Senão vejamos.

A medida prevista no inciso VI do art. 888 supracitado tem gerado intensa polêmica doutrinária. Autores há que equiparam a medida de afastamento temporário de um dos cônjuges àquela de separação de corpos, prevista no artigo 1562 do Código Civil. Contudo, outros se filiam à distinção entre as duas medidas, o que fazem apoiados na ideia de que a separação de corpos limita-se a estabelecer um rompimento do dever de coabitação, dispensando o cônjuge do debitum conjugale e impedindo, por sua vez, que o outro consorte se valha desse argumento para que se pleiteie, em sede de separação judicial, o abandono de lar pelo primeiro, imputando a este a causa pela dissolução da sociedade conjugal.

Aqui incide a real distinção entre a separação de corpos e a medida de afastamento temporário de um dos cônjuges. Pela primeira, não há implicação necessária de que os dois cônjuges, uma vez separados os corpos, permaneçam residindo no mesmo endereço, dividindo até a mesma cama; pela segunda, fundamentalmente há o afastamento físico, com a saída de um dos consortes da residência familiar.

Assim, para essa segunda corrente, faz-se mister diferenciar uma medida de separação jurídica, a “separação de corpos”, que tão-somente libera um dos cônjuges do débito conjugal, de outra medida, de separação fática, o “afastamento de um dos cônjuges do lar conjugal”, que implica necessariamente a saída de um deles do imóvel onde reside a família. É de ser feita a ressalva que os pedidos podem ser cumulados; não há, inclusive, cabimento que se tenha separação física sem que tenha também separação jurídica, embora a recíproca não possa ser tomada como verdadeira. Uma vez esclarecida tal divergência, passemos à análise da questão que me proponho a responder.

Conquanto tratada no Código de Processo Civil como espécie do gênero ação cautelar, a medida de "afastamento de um dos cônjuges da morada do casal" (artigo 888, VI) não ostenta esta natureza jurídica. É sabido que a ação cautelar é aquela que almeja garantir resultado útil à tutela de outra natureza (de conhecimento ou de execução). Presta-se, por conseguinte, uma tutela cautelar com a finalidade de assegurar, através dela, a efetividade de outra tutela, a ser perseguida em outro processo. Desta forma, facilmente se percebe que a medida em comento não tem a finalidade de garantir resultado útil à tutela de outra natureza – como uma separação judicial, um divórcio, uma anulação de casamento etc. – o que, como já se disse, constitui a característica fundamental de qualquer ação cautelar genuína.

Na verdade, o que se pretende com a medida do art. 888, VI, é a antecipação de um dos efeitos da dissolução da sociedade conjugal ou do casamento – a cessação do dever de satisfazer o *debitum conjugale* – e, também, o da vida em comum no domicílio conjugal, implicando dizer que o "afastamento de um dos cônjuges da morada do casal" participa da natureza jurídica da antecipação da tutela de mérito, regulada no artigo 273, e não de verdadeira e própria ação cautelar, como tal regulada no artigo 888, VI.

Isso porque a referida medida tutela diretamente o direito substancial, já que protege um dos cônjuges de sevícias, maus tratos ou outros malefícios que a convivência sob o mesmo teto com outro consorte poderia lhe causar. É assim uma medida antecipatória, que permite a imediata produção de parte dos efeitos que se produzirão após a prolação da sentença de procedência do pedido na ação matrimonial, a qual possui o fito de buscar a dissolução da sociedade conjugal, do vínculo matrimonial ou da união estável.

Da circunstância de não ostentar o "afastamento de um dos cônjuges da morada do casal" natureza jurídica cautelar, decorrem duas consequências importantes.

A primeira delas consiste em que a duração da decisão que determina ou autoriza o afastamento de um dos cônjuges da morada do casal deve estender-se até o trânsito em julgado da sentença que venha a ser proferida na causa principal, ficando assim imune a revogações ou modificações, não se lhe aplicando, portanto, o artigo 807, o qual permite, em relação às verdadeiras medidas cautelares, que sejam a qualquer tempo revogadas ou modificadas.

A segunda consequência se perfaz na desnecessidade de ser proposta a ação principal no prazo de 30 dias, sob pena de cessação da eficácia da medida (CPC, artigos 806 e 808, inciso I). Contudo, tal entendimento presta-se a controvérsias.

Mas da premissa de que se parte – o afastamento de um dos cônjuges da morada do casal não ostenta natureza cautelar – a conclusão a que se deve chegar é a de que quem a obteve não tem o ônus de propor a ação principal dentro do prazo legal para atender a dispositivo que trata daquilo que o artigo 888, VI não é: medida cautelar[4].

Parte da jurisprudência, no entanto, orienta-se no sentido inverso[5], no que se faz acompanhar por doutrina de peso (Ovídio Baptista, Humberto Theodoro Júnior, dentre outros). Argumenta-se que, uma vez concedida a medida do artigo 888, VI, terá a parte que a obteve o prazo do artigo 806 para a propositura da ação, sob pena de a mesma perder a eficácia. Contudo, essa perda se daria no plano jurídico, tornando ilegítimo o afastamento do cônjuge da morada do casal, mas não haveria qualquer eficácia

condenatória ou mandamental capaz de impor o retorno do separado à convivência conjugal, que é mera questão de fato.

A solução preconizada ainda não resolve o problema que consiste em saber se, decretada a ineficácia da medida, no plano jurídico, teria o cônjuge que se afastou da morada do casal, voluntária ou compulsoriamente, o direito de a ela regressar, uma vez que a separação fática estaria consumada.

Ao meu entender, a resposta é negativa. A falta da propositura da ação, no prazo legal, não pode trazer por consequência a reunião compulsória de corpos que se odeiam. Isso fere o interesse público de se evitar animosidades. Deve-se sempre buscar o bem geral. Se, v.g., o marido se julgar injustiçado pela decisão que o afastou compulsoriamente do lar conjugal, tendo a mulher se desinteressado pela propositura da ação principal, deverá ele propor a ação principal contrária, alegando, por exemplo, em ação de separação judicial intentada com base no artigo 5º da Lei do Divórcio, grave violação, pela mulher, dos deveres do casamento.

Quando se dá "afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal", há, já se disse, uma separação não apenas jurídica, mas também fática, ou seja, física. Para a concessão da medida, são necessários a comprovação da existência do casamento, avaliação da existência de constrangimentos resultantes da vida em comum ou da insuportabilidade do convívio durante todo o transcurso da ação principal.

Tratando-se de medida de antecipação de efeitos da tutela definitiva de mérito, a sua concessão depende também da coexistência dos requisitos do artigo 273 do Código Processual Civil: probabilidade da existência do direito para o qual se pretende pedir tutela, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, inexistência de perigo de irreversibilidade, etc.

Por todo o exposto, pode-se concluir que, por não se tratar de medida de providência essencialmente cautelar, ao "afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal" não se aplica o disposto no artigo 806 do CPC. Não há necessidade de intentar a ação principal naquele prazo (30 dias da efetivação da medida), amparando-se, para tanto, em abalizada doutrina e jurisprudência[6].

Na hipótese em discussão, entendo que deva prevalecer o pedido de afastamento, não havendo a necessidade de o cônjuge retornar ao lar, posto que, mesmo que se entendesse que a medida perderia eficácia, hipótese essa admitida apenas a título de argumentação, não haveria, como asseverado em linhas precedentes, qualquer eficácia

condenatória ou mandamental capaz de impor o retorno do separado à convivência conjugal, que é mera questão de fato.

Entretanto, afirma-se mais uma vez que a medida prevista no art. 888, VI do CPC, ao meu entender, não se trata de medida cautelar. Em sendo assim, o consorte que fez o requerimento para deixar o imóvel não seria tomado como se tivesse abandonado o lar, pois a medida não perderia a eficácia se ele não tivesse entrado com a ação principal no prazo de 30 dias a contar da ciência da efetivação dela.

5 A APLICABILIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO ÀS RELAÇÕES FAMILIARES.

A teor do artigo 7º § 4º da Lei de Introdução o regime de bens, legal ou convencional, obedece à lei do país em que tiverem os nubentes domicílio, e, se este for diverso, o do primeiro domicílio conjugal.

Os entes que compõem os Estados Unidos da América gozam de autonomia para legislar, de forma independente, acerca de Direito de Família. Em termos de regime de bens, há lá dois tipos de estados: (1) os “community states” (que são apenas 9 estados: Arizona, Califórnia, Idaho, Louisiana, Nevada, Novo México, Texas, Washington e Wisconsin), nos quais com o casamento passa a existir uma forma de comunhão de bens (vale dizer, em que alguns bens, mesmo registrados em nome de um cônjuge, são de propriedade comum do casal) e os (2) “separate states”, dentre os quais a Flórida, em que não há uma comunhão de bens com o casamento, pois no curso do casamento cada cônjuge continua a ter um patrimônio próprio, podendo alienar inclusive bens imóveis sem outorga marital (embora, findo o casamento, haja uma como que participação final nos aquestos).

No Brasil a situação legal é a que segue: Luciana Vitalma F. da Costa (Regime de bens no casamento) deixou acentuado:

“O Código Civil prevê os seguintes regimes:

- a) Comunhão parcial – arts. 1.658 usque 1.666;
- b) Comunhão universal – arts. 1.667 usque 1.671;
- c) Participação final nos aquestos – arts. 1.672 usque 1.686;
- d) Separação de bens – arts. 1.687 e 1.688

Dissertaremos sobre cada espécie.

Com a introdução da Lei do Divórcio (6.515/77) o regime de comunhão parcial de bens é o regime que vigora quando não há manifestação de vontade dos nubentes – chamado de regime legal (artigo 1.640 do CC).

Atualmente encontra-se previsto nos artigos 1.658 até 1.666 do Código Civil. Esse regime determina que se comunicam os bens adquiridos pelo casal na constância do casamento.

O regime de comunhão parcial faz surgir três massas distintas de bens:

- a) bens particulares do marido;
- b) bens particulares da esposa;
- c) bens comuns do casal.

O que significa que todos os bens adquiridos individualmente antes do casamento permanecem exclusivamente ao adquirente, inclusive aqueles bens que tem por título uma causa anterior (exemplo herança).

A esse respeito o artigo 1.659 do Diploma Civil arrola os bens que são excluídos da comunhão, a saber:

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

I - 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;

II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;

III - as obrigações anteriores ao casamento;

IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;

V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;

VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;

VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Por sua vez os bens que entram na comunhão estão relacionados no artigo subsequente – 1.660 – vejamos:

Art. 1.660. Entram na comunhão:

I - os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;

II - os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;

III - os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;

IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;

V - os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

Quanto aos bens móveis, à lei presume que foram contraídos na constância do casamento se não for possível comprovar que a aquisição antecedeu as núpcias.

A administração dos bens comuns compete a ambos os cônjuges (inteligência do artigo 1.663 do CC).

Alguns autores denominam esse regime como comunhão dos aqestos ou de adquiridos.

Legalmente previsto nos artigos 1.667 a 1.671 do Código Civil. A opção por esse regime deve ser através de pacto antenupcial.

Por esse regime, todos os bens móveis ou imóveis adquiridos a qualquer tempo (antes ou depois do matrimônio) comunicam-se, mesmo que o bem esteja em nome de apenas um consorte. As dívidas também se comunicam nesse regime (artigo 1.667, parte final do CC).

Todavia, há bens excluídos da comunhão que estão arrolados no artigo 1.668 do mesmo Diploma Legal, vejamos:

Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;

II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;

III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;

IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;

V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.

Cumprir lembrar que a cláusula de incomunicabilidade mencionada no inciso I do artigo citado anteriormente deve ser expressa e essa incomunicabilidade se estende aos bens sub-rogados no lugar daquele gravado com a mencionada cláusula.

É importante destacar que conforme disposto no artigo 499 do Código Civil é permitido a venda e compra entre cônjuges, com relação aos bens excluídos da comunhão.

Art. 499. É lícita a compra e venda entre cônjuges, com relação a bens excluídos da comunhão.

Conforme expressamente determinado no artigo 1.669 do CC a incomunicabilidade dos bens não se estende aos frutos quando percebidos ou vencidos na constância do casamento. Assim como na comunhão parcial, a administração dos bens compete a ambos os cônjuges.

Trata-se de uma inovação do Código de 2002 e está previsto nos artigos 1.672 a 1.686 do CC.

Clovis Couto e Silva, elaborador do Anteprojeto da parte de Direito de Família no Código Civil, explica que:

Sob a denominação de “regime de participação final nos aquestos”, para distingui-lo do regime de comunhão parcial, que implica aquela participação desde a celebração do casamento, prevê-se um novo regime de bens que poderá atender a situações especiais, tal como se verifica nas Nações que vão atingindo maior grau de desenvolvimento, sendo frequente o caso de ambos os cônjuges exercerem atividades empresariais distintas).

Para adoção desse regime os cônjuges devem valer-se do pacto antenupcial.

Como muito bem ensina Caio Mário da Silva Pereira: A característica fundamental do regime de participação final nos aquestos consiste em que, na constância do casamento, os cônjuges vivem sob o império da separação de bens, cada um deles com o seu patrimônio separado. Ocorrendo a dissolução da sociedade conjugal (pela morte de um dos cônjuges, pela separação judicial ou pelo divórcio), reconstitui-se contabilmente uma comunhão de aquestos. Nesta reconstituição nominal (não in natura), levanta-se o acréscimo patrimonial de cada um dos cônjuges no período de vigência do casamento. Efetua-se uma espécie de balanço, e aquele que se houver enriquecido menos terá direito à metade do saldo encontrado.

O novo regime se configura como um misto de comunhão e de separação. A comunhão de bens não se verifica na constância do casamento, mas terá efeito meramente contábil diferido para o momento da dissolução.

Conforme define o artigo 1.673 do CC o patrimônio próprio de cada cônjuge é composto pelos bens que ele possuía ao casar e os bens adquiridos a qualquer título na constância do casamento.

Cada cônjuge tem a exclusiva administração de seus bens durante a constância de casamento, podendo livremente dispor dos bens móveis e necessitando de anuência do outro consorte para os bens imóveis.

No caso da dissolução da sociedade conjugal (artigo 1.674 do CC) deve-se apurar o montante dos aquestos, excluindo da soma dos patrimônios próprios (i) os bens anteriores ao casamento e os bens a ele sub-rogados, (ii) os que vierem a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade e (iii) as dívidas relativas aos bens.

Caberá a cada cônjuge a metade dos bens adquiridos pelo casal a título oneroso, na constância do casamento.

Por fim, o direito à meação, conforme disposto no artigo 1.682 do Código Civil “não é renunciável, cessível ou penhorável na vigência do regime matrimonial.”. Trata-se um princípio de ordem pública que não ser contrariado pela vontade das partes.

O Código Civil prevê dois tipos de regime de separação de bens: a separação legal ou obrigatória, que decorre expressamente da lei e a convencional, que decorre da manifestação de vontade dos nubentes.

Vejamos cada uma das hipóteses.

Os incisos do artigo 1.641 do Código Civil definem quais são as hipóteses em que é obrigatório o regime da separação de bens, são eles:

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.

Por ser um regime obrigatório não é necessário celebrar o pacto antenupcial.

As causas suspensivas estão elencadas no artigo 1.523 do Diploma Civil. A restrição é eminentemente protetiva tanto para os maiores de 70 anos quanto para aqueles que dependem de suprimento judicial para casar, entenda-se os menores de 18 anos não emancipados, e objetivam evitar um casamento de interesse puramente material.

O regime de separação de bens convencional, como o próprio nome diz é aquele que decorre da manifestação de vontade dos nubentes e encontra-se previsto nos artigos 1.687 e 1.688 do Código Civil.

Para a adoção desse regime é necessário à celebração do pacto antenupcial.

Conforme previsto no artigo 1.687 do CC, a administração e a fruição dos bens permanecerá exclusivamente ao cônjuge, que poderá inclusive alienar ou gravar de ônus seus bens.

Nesse regime os cônjuges são obrigados a contribuir para a manutenção das despesas do casal na proporção dos seus rendimentos e de seus bens, podendo porém estipular de forma diferente no pacto antenupcial.

Na legislação brasileira outras observações podem ser feitas.

O cônjuge sobrevivente que era casado em regime de separação de bens, sem herdeiros necessários, ainda que o falecido tenha deixado testamento tem direito à metade da herança, porque é herdeiro necessário. A outra metade será destinada ao herdeiro necessário.

Na comunhão universal de bens as dívidas são compartilhadas, isso porque elas são comunicáveis.

No caso do regime de comunhão universal são excluídos da comunhão (artigo 1668) os bens doados ou herdados com cláusula de incolumidade e os sub-rogados em seu lugar; assim se um imóvel doado com cláusula de incomunicabilidade vier a ser desapropriado, a indenização é paga pelo poder público (Decreto-lei 3365/41, artigo 31) ao donatário, em razão de sub-rogação real, não se comunicando ao seu cônjuge.

Ainda se excluem do regime de comunhão universal os bens de herança necessária a que se impuser a cláusula da incomunicabilidade; logo, pelo artigo 1848 a legítima de um consorte não se comunica ao outro.

Veja-se o caso de alguém que ganhou herança dos seus pais. Que regime de bens deverá escolher para que ele não seja da futura esposa em caso de divórcio? Pode-se optar pelo regime da comunhão parcial de bens ou pelo regime da separação total de bens. O único regime que comunicaria esse bem seria o da comunhão universal de bens. Hoje em dia, poucas pessoas casam nesse tipo de regime. Os demais são bens anteriores, de doação ou herança, e eles não são comunicáveis.

No Brasil, o antigo Código Civil impossibilitava a alteração do regime de bens escolhido por ocasião da celebração do casamento, ao dispor no artigo 230 que: "O regime de bens entre cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável". O atual Código Civil, ao contrário, em seu artigo 1.639, parágrafo segundo, dispõe 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".

É admissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos,

após perquirição da inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade”.

Para o STJ, é possível alterar o regime de bens do casamento, desde que respeitados os efeitos da opção anteriormente feita pelo casal.

O tema "Alteração do regime de bens na constância do casamento" possui 14 acórdãos. "É admissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando, então, o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com a ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade", diz um dos acórdãos.

Para os ministros do STJ, o Judiciário deve aceitar o desejo do casal de alterar o regime conjugal, uma vez que “a paz conjugal precisa e deve ser preservada”. No entendimento da Corte, diante de manifestação expressa dos cônjuges, não há óbice legal, por exemplo, de um casal partilhar os bens adquiridos no regime de comunhão parcial, na hipótese de mudança para separação total, desde que não acarrete prejuízo para ambos - entendeu a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça ao reformar decisão Justiça do Rio Grande do Sul. No caso, o casal recorrente argumentou que o marido é empresário e está exposto aos riscos do negócio, enquanto a esposa tem estabilidade financeira graças a seus dois empregos, um deles como professora universitária.

Os magistrados de primeiro e segundo graus haviam decidido que é possível mudar o regime, mas não partilhar os bens sem que haja a dissolução da união. Assim, o novo regime só teria efeitos sobre o patrimônio a partir do trânsito em julgado da decisão que homologou a mudança.

O relator do recurso interposto pelo casal contra a decisão da Justiça gaúcha, ministro Marco Aurélio Bellizze, ressaltou que os cônjuges, atualmente, têm ampla liberdade para escolher o regime de bens e alterá-lo depois, desde que isso não gere prejuízo a terceiros ou para eles próprios. É necessário que o pedido seja formulado pelos dois e que haja motivação relevante e autorização judicial.

Bellizze ressaltou que ainda há controvérsia na doutrina e na jurisprudência sobre o momento em que a alteração do regime passa a ter efeito, ou seja, a partir de sua homologação ou desde a data do casamento. O ministro salientou, porém, que há hoje um novo modelo de regras para o casamento, em que é ampla a autonomia da vontade do casal quanto aos seus bens.

No STJ, tem prevalecido a orientação de que os efeitos da decisão que homologa alteração de regime de bens operam-se a partir do seu trânsito em julgado. A única ressalva apontada na legislação diz respeito a terceiros. O parágrafo 2º do artigo 1.639 do Código Civil de 2002 estabelece que os direitos destes não serão prejudicados pela alteração do regime..

Para que tal modificação ocorra, é imprescindível a autorização judicial, que se dará mediante o ajuizamento de procedimento próprio por ambos os cônjuges, por intermédio de advogado. O pedido deve ser comprovadamente motivado, cabendo ao juiz acolher tal motivação.

Além disso, deve-se também preservar os direitos e interesses de terceiros, o que, aliás, tem se mostrado a maior preocupação dos juízes em relação a estes pedidos.

Para tanto, recomenda-se demonstrar ao juiz, através de certidões negativas dos cônjuges e documentos, que os direitos de terceiros serão preservados, ou seja, que o pedido não é uma tentativa de fraudar eventuais direitos de terceiros, por exemplo, credores.

Na França, há alguns detalhes a discutir. Os casamentos celebrados antes de 1 de setembro de 1992 estão sujeitos ao direito comum, ao passo que os contraídos depois dessa data encontram-se ao abrigo da Convenção da Haia, de 14 de Março de 1978, sobre a lei aplicável aos regimes matrimoniais.

A lei aplicável ao regimes matrimoniais para cônjuges que casaram antes de 1 de setembro de 1992 é, em princípio, determinada pela localização do primeiro domicílio conjugal. A lei assim designada rege todas as relações patrimoniais entre os cônjuges, independentemente da localização dos seus bens. Este critério do vínculo de conexão é permanente: a lei do primeiro domicílio conjugal aplica-se ao longo de todo o casamento, mesmo que os cônjuges se mudem para outro Estado.

Para os casamentos celebrados depois de 1 de setembro de 1992, é a Convenção da Haia, de 14 de Março de 1978, que se aplica às relações patrimoniais entre os cônjuges, à exceção do regime primário, que continua a ser regido pelas disposições francesas aplicáveis nos termos das disposições imperativas (art.º 212.º-226.º do CC). Se os cônjuges não tiverem especificado uma escolha de lei antes do casamento, a lei aplicável é, em princípio, a da sua primeira residência habitual.

Ao contrário do direito comum, a Convenção da Haia prevê três casos em que a lei aplicável muda automaticamente (art.º 7.º, n.º 2): quando os cônjuges estabelecem a sua residência no Estado da sua nacionalidade comum; quando residem mais de 10 anos

num Estado depois do casamento; para cônjuges que não tenham estabelecido a sua residência habitual no território do mesmo Estado depois do casamento (e cujo regime patrimonial estava conseqüentemente sujeito à lei do Estado de nacionalidade comum), quando estes estabelecem a sua residência habitual no mesmo Estado. Esta mudança automática tem efeitos apenas no futuro (contudo, o art.º 8.º permite que os cônjuges submetam todos os seus bens à nova lei, desde que esta escolha não prejudique os direitos de terceiros.

Quando não existe um contrato de casamento, os cônjuges ficam sujeitos ao regime legal da comunhão de bens: a comunhão de adquiridos (art.º 1400.º-1491.º do CC). Os bens adquiridos a título oneroso depois do casamento são comuns. No entanto, os bens que os cônjuges já possuíam no dia do casamento ou que adquiram por doação, legado ou herança, e os bens de "natureza pessoal", são bens próprios (art.º 1404.º do CC).

Os bens dos cônjuges são considerados comuns, se não for provado que são próprios (art.º 1402.º do CC).

As dívidas anteriores ao casamento são ressarcidas através do património próprio e dos rendimentos do cônjuge devedor (art.º 1410.º e 1411.º do CC). As dívidas contraídas durante o casamento podem ser executadas contra o património próprio do cônjuge devedor e contra o património comum (art.º 1413.º do CC).

Sem o consentimento do outro cônjuge, as dívidas que resultem de empréstimos ou avais só podem ser executadas contra o património próprio e os rendimentos do cônjuge contratante e não contra o património comum (art.º 1415.º do CC).

Por fim, quando a dívida for contraída conjunta e solidariamente pelos cônjuges, pode ser executada contra todos os bens da família (art.º 1418.º do CC). É o caso, em particular, de todas as dívidas contraídas para a manutenção do lar e a educação dos filhos (art.º 1414.º do CC).

O regime patrimonial automático estabelecido pela lei, caso os cônjuges não façam uma escolha diferente, é a comunhão legal, na qual recaem todos os bens adquiridos pelos dois cônjuges, juntos ou separadamente durante o casamento, exceto aqueles considerados pessoais. Abrangem, portanto, as empresas que são administradas pelos dois cônjuges depois do matrimônio e também os frutos e os proventos de bens próprios e das atividades de cada um dos cônjuges (por exemplo, a renda de locação que um dos dois cônjuges recebe por um imóvel de sua propriedade).

Neste último caso, os frutos derivados dos bens próprios e proventos derivados da atividade serão re-incluídos na comunhão se, no momento da dissolução, não foram consumados. Os bens que, expressamente excluídos pela lei, não reentram na comunhão legal, preveem seis casos:

- Os bens de propriedade de um dos dois cônjuges antes do casamento;
- os bens de um dos cônjuges derivados de uma sucessão hereditária ou de uma doação;
- os bens de uso pessoal;
- os bens utilizados para o exercício da profissão desenvolvida pelos cônjuges (a menos que tais bens não são inerentes a uma eventual empresa administrada pelo casal);
- os bens obtidos a título de ressarcimento de danos e aqueles derivados da pensão devido a perda de capacidade de trabalho;
- os bens adquiridos com o valor que se obtém pela transferência de bens acima indicados, desde que seja expressamente indicado no ato de aquisição.

Em relação a administração de bens que recaem no regime de comunhão legal, a lei prevê que os cônjuges podem agir separadamente para os atos de ordinária administração (por exemplo, no caso de um imóvel em regime de comunhão, cada cônjuge pode providenciar o pagamento dos boletos), enquanto para os atos excedentes é necessário o consenso dos dois (ainda considerando o exemplo do imóvel, portanto, para a eventual venda será preciso o consenso dos dois cônjuges).

Os credores dos cônjuges podem se valer dos bens que recaem na comunhão legal, que constituem a principal garantia para os débitos contraídos.

O regime de comunhão legal pode ser modificado em separação legal seja no ato da celebração do matrimônio, com uma anotação que é feita a margem do ato, seja depois do casamento.

Em caso de divórcio, separação, anulação do matrimônio, morte de um dos cônjuges ou escolha de regime de separação dos bens, a comunhão legal se dissolve.

6 CONCLUSÃO

A separação de corpos é uma medida judicial que tem por escopo a saída ou a retirada de um dos cônjuges do lar conjugal, por autorização judicial, espontânea ou compulsoriamente.

Essa medida estava prevista expressamente no Artigo 888, inciso VI do antigo Código de Processo Civil, segundo o qual o juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal, ou, antes de sua propositura, o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal.

O CPC 2015 não prevê, expressamente, a separação de corpos, mas unificou os procedimentos. A nova legislação regulamentou o que já era praticado em diversas varas de família. “O CPC 2015 acabou com a autonomia do processo cautelar.

“Assim, basta entrar com a ação cautelar de separação de corpos e, no prazo de 30 dias, ajuizar, nos mesmos autos, a ação principal de divórcio ou de dissolução de entidade familiar ou outra ação que for mais adequada ao caso concreto. Portanto, não haverá mais duas custas processuais e dois desnecessários processos. Em um único processo discutirá a medida cautelar e a ação principal”, explica.

A separação de corpos tem a finalidade de evitar o convívio com o outro cônjuge e poderá acontecer quando um dos dois quiser, e no momento do pedido de divórcio ou de dissolução de união estável. A medida também é utilizada em casos de agressão.

Nesta situação, o cônjuge agredido pode pedir para sair do lar conjugal ou a retirada do cônjuge agressor. Neste caso, é conveniente que o juiz marque audiência para ouvir o cônjuge ou convivente, sem o conhecimento da parte agressora, para comprovação dos fatos o mais rapidamente possível, recomenda o desembargador.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Alvim. Jurista fundador da PUC/SP, afirmava: “O Direito de Família começa onde termina o amor”. E, em paráfrase, mesmo a dizer, então, que “a separação de fato começa quando termina o amor”, impõe-se identificar o “quando”.

ZANFORLIN, Daniele de Lucena. Do Divórcio, da Separação e dos efeitos da Emenda Constitucional nº 66/2010 na Ordem Constitucional do Casamento. In: Direito das Famílias das Sucessões. CAMPOS, Alyson Rodrigo Correia; LOBO, Fabíola Albuquerque; LEAL, Larissa Maria de Moraes. Recife, Editora Nossa Livraria, 2014, 864 p., pp. 179-221.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Direito de Família Mínimo. A Possibilidade de Aplicação e o Campo de Incidência da Autonomia Provada no Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora. 2010, 238 p., p. 119.

ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Manoel de Direito Civil. Família. Cap. V. 2.2./2.5. Estado de Família. 1ª ed., 2013; São Paulo: Thompson Reuters/Revista dos Tribunais. 459 pp.; pp. 127-130.

ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Manoel de Direito Civil. Família. Cap. IV. Separação de fato. 1ª ed., 2013; São Paulo: Thompson Reuters/Revista dos Tribunais. 459 pp.; pp. 281-283; p. 281

ALVES, Jones Figueirêdo. Novo regime jurídico do nome civil e outros avanços do direito registral. Web: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-11/processo-familiar-regime-juridico-nome-civil-outros-avancos-direito-registral>.

LOBO, Paulo. Processo Familiar. Consequências jurídicas atuais da separação conjugal de fato e de corpos. Web: <http://www.conjur.com.br/2015-set-13/processo-familiar-consequencias-juridicas-separacao-conjugual-fato-corpos>.