

UNIÃO ESTÁVEL - REGIME DE BENS - IDOSO - IMPOSIÇÃO DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIADE BENS - ADMISSIBILIDADE - EXTENSÃO AOS COMPANHEIROS DAS MESMAS LIMITAÇÕES PREVISTAS PARA O CASAMENTO - AUSÊNCIA DE PROVAS DO ESFORÇO COMUM PARA A REALIZAÇÃO DE BENFEITORIA NO IMÓVEL DO VARÃO QUE EXCLUI O BEM DAPARTILHA.

João Otávio de Noronha

Superior Tribunal de Justiça

Diário da Justiça Eletrônico | Set / 2014

Revista dos Tribunais | vol. 951 | p. 458 | Jan / 2015

Revista de Direito Civil Contemporâneo | vol. 3 | p. 389 | Abr / 2015 | JRP\2014\4723

STJ - REsp 1.369.860 - 3.^a Turma - j. 19/8/2014 - m.v. - julgado por João Otavio de Noronha - DJe 4/9/2014 - Área do Direito: Civil; Comercial/Empresarial; Família e Sucessões

UNIÃO ESTÁVEL - Regime de bens - Idoso - Imposição da separação obrigatória de bens - Admissibilidade - Extensão aos companheiros das mesmas limitações previstas para o casamento - Ausência de provas do esforço comum para a realização de benfeitoria no imóvel do varão que exclui o bem da partilha.

Ementa Oficial:

Civil. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável c/c partilha de bens. Companheiro sexagenário. Art. 1.641, II, do CC/2002 (redação anterior à dada pela Lei 12.344/2010). Regime de bens. Separação legal. Impossibilidade de se prestigiar a união estável em detrimento do casamento. Necessidade de prova do esforço comum. Inexistência. Benfeitoria excluída da partilha. Recurso desprovido.

1. Devem ser estendidas, aos companheiros, as mesmas limitações previstas para o casamento, no caso de um dos conviventes já contar com mais de sessenta anos à época do início do relacionamento, tendo em vista a impossibilidade de se prestigiar a união estável em detrimento do casamento.

2. De acordo com o art. 1.641, II, do CC/2002, com a redação anterior à dada pela Lei 12.344/2010 (que elevou essa idade para setenta anos, se homem), ao nubente ou companheiro sexagenário, é imposto o regime de separação obrigatória de bens.

3. Nesse caso, ausente a prova do esforço comum para a aquisição do bem, deve ele ser excluído da partilha.

4. Recurso especial desprovido.

REsp 1.369.860 - PR (2013/0067986-7).

Relator: Min. Sidnei Beneti.

Relator p/ acórdão: Min. João Otávio de Noronha.

Recorrente: S. B. - advogada: Ana Paula Amaral Barros Lisboa.

Recorrido: V. L. D. - advogadas: Danielle Haubert Paschoal e Carina Patricia Kunzler Bora.

ACÓRDÃO

- Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os ministros da 3.^a T. do STJ, na conformidade dos votos e das notas

taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Min. João Otávio de Noronha, divergindo do voto do sr. ministro relator, por maioria, negar provimento ao recurso especial. Vencido o Sr. Min. rel. Sidnei Beneti. Votaram com o Sr. Min. João Otávio de Noronha os Srs. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva (presidente) e Nancy Andrichi. Lavrará o acórdão o Sr. Min. João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 19 de agosto de 2014(data do julgamento) – JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, relator.

REsp 1.369.860 – PR (2013/0067986-7).

Relator: Min. Sidnei Beneti.

Relator p/ acórdão: Min. João Otávio de Noronha.

Recorrente: S. B. – advogada: Ana Paula Amaral Barros Lisboa.

Recorrido: V. L. D. – advogadas: Danielle Haubert Paschoal e Carina Patricia Kunzler Bora.

RELATÓRIO

– *O Exmo. Sr. Min. Sidnei Beneti (relator):* 1.– S. B. interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, *a* e *c* da CF, contra o acórdão do TJPR (rel. Des. Antônio Loyola Vieira), assim ementado:

“Apelação cível – Ação de reconhecimento e dissolução de união estável – Pedido julgado parcialmente procedente – Reforma da sentença – Impossibilidade de partilha – União estável com sexagenário – Obrigatoriedade do regime de separação total de bens a semelhança do casamento – Companheira que só faria jus a meação dos bens adquiridos durante a união estável, desde que comprovasse, em ação própria, o esforço comum – Provas trazidas aos autos que demonstram que o imóvel foi construído com recursos anteriores do réu – Incidência do § 1.º, do art. 5.º, da Lei 9.278/1996 – Concessão da assistência judiciária gratuita – Preenchimento pelo réu dos requisitos legais – Inversão da verba sucumbencial – Recurso conhecido e provido.

1. Convivência do casal que começou quando o réu tinha 62 anos de idade, incidindo a regra prevista no art. 1.641, II, do CC/2002. Entender de forma diferente seria o mesmo que prestigiar a união estável em detrimento do casamento.

2. Incontroverso nos autos que o imóvel em disputa foi construído com recursos exclusivos do réu anteriores a união, impossibilitando o acolhimento da pretensão exposta na inicial.

3. Esforço comum que não pode sequer ser visto pelo prisma imaterial. Depoimento pessoal da autora e do réu, corroborada pela prova testemunhal, dando conta de que a relação dava-se a revelia de ética, respeito e companheirismo entre os conviventes”.

2. O voto condutor foi lançado nestes termos cujos excertos principais se transcrevem (f.):

“(…)

É o relatório.

Trata-se de recurso de ApCiv 788.335-8, interposto contra a sentença prolatada em ‘ação de reconhecimento e dissolução de união estável’, sob n. 2783/2008, que julgou parcialmente procedente o pedido feito na inicial, para: 1) reconhecer a existência de união estável entre V. L. D. e S. B. durante o período de julho de 2006 a outubro de 2008 e decretar sua dissolução; 2) determinar a partilha do bem construído na constância da união estável, consistente somente na benfeitoria (casa) existente no lote ..., da quadra ..., do loteamento denominado ..., matrícula ..., do ... Registro de Imóveis de Cascavel-PR, na proporção de 50% para cada uma das partes. A importância correspondente a cada uma das partes será apurada em liquidação de sentença por arbitramento; 3) declarar que está excluído da partilha, pertencendo unicamente ao requerido V. L. D. o lote sem benfeitorias n. ..., da quadra n. ..., do loteamento denominado ..., matrícula n. ..., do ... Registro de Imóveis de Cascavel-PR.

Presentes os pressupostos objetivos (cabimento, adequação, tempestividade, regularidade procedimental e inexistência de fato impeditivo ou extintivo) e subjetivos (interesse em recorrer e legitimidade), conheço do recurso interposto.

O inconformismo do recorrente circunscreve-se a dois pontos: indeferimento do pedido de assistência judiciária gratuita e partilha da benfeitoria (casa) existente no lote n. ..., da quadra n. ..., do loteamento denominado ..., matrícula n. ..., do ... Registro de Imóveis de Cascavel-PR, na proporção de 50% para cada uma das partes.

Merece provimento a insurgência recursal.

Em que pese o entendimento da douta magistrada de primeiro grau, entendo que as vicissitudes do processo não autorizam a partilha do único bem adquirido na constância da união, bem como o indeferimento do pedido de assistência judiciária gratuita.

Pois bem.

Restou incontroverso nos autos que a união estável entre as partes iniciou-se em junho ou julho 2006, portanto, quando o apelante contava com 62 anos de idade (doc. f.).

Tal constatação gera consequências diretas no regime de bens a ser observado, porquanto o convivente já era ao tempo da união sexagenário, fazendo incidir regime diverso do constante da sentença.

A MM. juíza deferiu o pedido de meação do bem descrito na inicial como único bem comum do casal, sob o seguinte fundamento:

‘(…) Após, o Código Civil regulou tal situação no art. 1.725 ao dispor que, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplicam-se as relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens. Assim, com o advento dessas leis, houve a equiparação da união estável com o casamento regido pela comunhão parcial.

Desta forma, há presunção de comunhão dos aquestos.’

Contudo, a regra aplicável à espécie é a prevista no art. 1.641, II, do CC/2002, a qual

prevê que é obrigatório o regime da separação de bens no casamento da pessoa maior de 60 (sessenta) anos.

Anoto que embora o citado artigo traga regramento ao (a) nubente sexagenário (a), é certo que permitir que um casal opte pelo regime de bens quando o homem já atingiu a idade sexagenária seria o mesmo que prestigiar a união estável em detrimento do casamento, o que é inadmissível.

Diante desse raciocínio, conclui-se que para os companheiros maiores de 60 (sessenta) anos, devem ser aplicadas as mesmas limitações previstas para o casamento, devendo prevalecer o regime de separação de bens.

Com efeito, não há como sustentar a partilha deferida sob argumento de que as verbas trabalhistas de rescisão e de comissão de venda adentraram ao patrimônio do casal durante a união estável, integrando a comunhão parcial, visto que, sob o manto da separação de bens, que é o correto a ser aplicado à espécie, não há se falar em comunicabilidade desses valores.

Mister anotar que a instrução processual demonstrou a ausência de contribuição da apelada na construção do imóvel que almeja a partilha, tendo ela, inclusive, em seu depoimento pessoal (CD-Rom), afirmado que a casa foi construída com as economias do réu, tendo apenas contribuído com os móveis que guarneceram a casa, os quais foram por ela retirados ao final da convivência.

Ressalto que embora o Juízo não tenha considerado o teor do recibo acostado aos autos às f., entendo que a declaração de quitação lá constante deve ser, porque corroborada pelo depoimento das partes, valorado.

Com efeito, se realmente é verídica a afirmação da apelada de que emprestou ao recorrente quantia que recebera em virtude de anterior separação matrimonial (assertiva esta, ressalvo, que não se encontra corroborada sequer em indício de prova nos autos), cerca de R\$ 9.000,00, para ser empregada na obra, ele (o empréstimo) já se encontra devidamente quitado.

Quanto à assertiva da apelada de que faria jus a partilha porque também teria contribuído na obra com seu trabalho, vejo-a com ressalvas. Isso porque, claro está pela prova amealhada, de que a obra, nas diversas brigas e separações das partes, uma delas que perdurou por 6 (seis) meses, nunca parou. Não há como descartar, outrossim, às declarações prestadas pelo pedreiro responsável pela obra, Sr. Sebastião Rodrigues de Azevedo, as quais negam o auxílio da apelada na obra.

Importante consignar, que o simples auxílio, esporádico, da recorrida, consubstanciado em carregar tijolos, 'bater e/ou fazer massa', não justifica o pedido de divisão da benfeitoria, podendo caracterizar, no máximo, prestação de serviço informal em obra.

Derradeiramente, mas não menos importante, assinalo que além de não ficar caracterizado o auxílio material da autora/apelada na edificação da obra, tampouco se verificou a assistência imaterial, àquela advinda do afeto, apoio, união, harmonia, respeito, confiança, amor, que trás (*sic*) ao companheiro autoestima, impulsionando-o para a vida, para novas conquistas, enfim, conjugação de esforços em prol de um

objetivo comum, transbordando o mero patrimonialismo (aqui tão patente).

Extrai-se essa conclusão do próprio depoimento das partes e das testemunhas por elas arroladas em Juízo, os quais relatam uma 'convivência' tumultuada por brigas, desentendimentos, rompimentos, agressões, desunião, desafeto, desrespeito, ficando muito patente tudo isso nas declarações das testemunhas N. M. S. e A. R. V. S. (CD-Rom).

Ora, se a união estável assemelha-se a um casamento de fato e indica uma comunhão de vida e de interesses, reclamando não apenas publicidade e estabilidade, mas, sobretudo, um nítido caráter familiar, evidenciado pela *affectio maritalis*, aqui este é bem duvidoso, em que pese o reconhecimento da união como estável.

Advirto que embora o art. 226, § 3.º, da CF tenha outorgado à união estável a tutela estatal, importando, conseqüentemente, no reconhecimento da família não derivada de casamento civil ou casamento religioso com efeitos civis, nunca visou albergar meros anseios patrimoniais, vazios de sentimentos nobres e verdadeiros.

Firme nesse entendimento, entendo que a apelada não logrou êxito em demonstrar, indene de dúvidas, o direito constitutivo que alega ter, restando afastada a partilha almejada.

(...)

Diante do acolhimento do desiderato recursal, inverte o ônus da sucumbência, devendo parte autora/apelada pagar 70% das custas processuais e 70% do valor fixado a título de honorários advocatícios à procuradora da parte ré; o réu/apelante ao pagamento de 30% das custas processuais e 30% do valor fixado a título de honorários advocatícios à procuradora da parte autora. Fixou o valor dos honorários advocatícios em R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), suspensa a exigibilidade na forma do art. 12 da Lei 1.060/1950, eis que litigantes da assistência judiciária gratuita.

Diante do exposto, *dou provimento* ao recurso, para o fim de excluir a partilha a benfeitoria (casa) existente no lote n. ..., da quadra ..., do loteamento denominado ..., matrícula ..., do ... Registro de Imóveis de Cascavel-PR, conceder os benefícios da assistência judiciária gratuita ao apelante, invertendo-se o ônus sucumbencial.

(...)."

3. A recorrente alega ofensa aos arts. 1.641, II, 1.725, do CC/2002; 5.º da Lei 9.278/1996. Aponta divergência jurisprudencial.

Sustenta, em síntese, que o regime de casamento entre sexagenários é o da comunhão parcial de bens, sem necessidade de prova do esforço comum, sendo esse presumido.

4. Contra-arrazoado (e-STJ f.), o recurso especial (e-STJ f.) foi admitido (e-STJ f.).

5. O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do recurso (e-STJ f.).

É o breve relatório.

VOTO VENCIDO

– O Exmo. Sr. Min. Sidnei Beneti (relator):

6. O presente recurso voltou a julgamento, juntamente com grande número de processos, após votos-vista, na última sessão da Turma Julgadora de que, ante a aposentadoria ao limite de idade constitucional, participei, de modo que, sem tempo para reanalisar o caso à luz do argumentos divergentes, ratifiquei meu voto sem eventual revisão ou acréscimo de argumentos, restando meu voto, por isso, como anteriormente proferido.

Em decisão unipessoal (e-STJ f.) fundamentada na jurisprudência da 3.^a T. (REsp 1.171.820/PR, REsp 1.159.424/RN) esta relatoria deu provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença, que reconheceu a autora o direito a partilha do bem adquirido na constância da união estável, consistente somente na benfeitoria – casa – edificada no terreno, porque entendeu-se que há comunicabilidade ou meação dos bens adquiridos a título oneroso na constância da união, prescindindo-se, para tanto, da prova de que a aquisição decorra do esforço comum de ambos os companheiros. As ementas dos julgados foram lançadas nestes termos:

“Direito civil. Família. Alimentos. União estável entre sexagenários. Regime de bens aplicável. Distinção entre frutos e produto.

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

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

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

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

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

6. É salutar a distinção entre a incomunicabilidade do produto dos bens adquiridos anteriormente ao início da união, contida no § 1.º do art. 5.º da Lei 9.278/1996, e a comunicabilidade dos frutos dos bens comuns ou dos particulares de cada cônjuge percebidos na constância do casamento ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão, conforme previsão do art. 1.660, V, do CC/2002, correspondente ao art. 271, V, do CC/1916, aplicável na espécie.

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

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

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

(REsp 1.171.820/PR, rel. Min. Sidnei Beneti, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, 3.^a T., data do julgamento 07.12.2010, data da publicação/Fonte DJe 27.04.2011)

Direito civil e processual civil. União estável. Reconhecimento e dissolução. Partilha de bens. Comprovação de esforço comum.

1. A Lei 8.971/1994, não tratava diretamente da questão relativa aos bens amealhados durante a constância da união estável, na hipótese de dissolução desta por vontade dos companheiros, não podendo, assim, servir como parâmetro para a divisão patrimonial de união estável ocorrida durante sua vigência.

1. A Lei 9.278 organiza, ou fixa, sistemática própria para a produção de provas relativas à existência de esforço comum dentro da união estável, pois cristaliza a presunção iure et de iure de que há esforço comum, fazendo incidir à questão, o disposto no art. 334, IV, do CPC, quanto a desnecessidade de se provar os fatos 'em cujo favor milita presunção legal de existência de veracidade'.

2. Pela natureza processual dessa presunção de esforço comum, aplica-se a norma desde o momento da vigência da lei, para suprir a produção de provas quanto a existência de esforço comum, que passa, a partir de então, a ser simplesmente presumido.

3. Recurso não provido".

(REsp 1159424/RN, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, 3.^a T., DJe 19.06.2012)

7. O Ministério Público Federal interpôs agravo regimental, pedindo a reforma da decisão, sob a alegação de divergência jurisprudencial entre a 3.^a T. e a 4.^a T. (REsp 646.259/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão), que entendeu pela necessidade da comprovação do esforço comum quando um dos companheiros é sexagenário, cuja ementa transcreve-se:

"Direito de família. União estável. Companheiro sexagenário. Separação obrigatória de bens. Art. 258, parágrafo único, II, do CC/1916.

1. Por força do art. 258, parágrafo único, II, do CC/1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, II, do CC/2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou mulher maior de cinquenta.

2. Nesse passo, apenas os bens adquiridos na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum, devem ser amealhados pela companheira, nos termos da Súmula 377 do STF.

3. Recurso especial provido". (REsp 646.259/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.^a T., data do julgamento 22.06.2010, data da publicação/Fonte DJe 24.08.2010)

A razão do inconformismo do *Parquet* foi o fato de os precedentes da 3.^a T. resultarem de decisão por maioria de votos e, diante da alteração na composição da Turma, o eminente Min. João Otávio de Noronha ainda não se pronunciou sobre a matéria.

No REsp 1.171.820/PR, votaram vencidos os Min. Sidnei Beneti e Massami Uyeda. Votaram com a Min. Nancy Andrighi os Min. Paulo de Tarso Sanseverino e Vasco Della Giustina.

No REsp 1.159.424/RN, votou vencido o eminente Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Votaram com a Min. Nancy Andrighi os Min. Massami Uyeda, Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino.

No REsp 646.259/RS, da 4.^a T., votou vencido o Sr. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJAP). Votaram com o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, relator, os Srs. Min. Raul Araújo Filho, Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha.

Por essa razão, decidiu-se anular a decisão de f. (e-STJ), para que a questão fosse apreciada por este Colegiado (e-STJ f.).

Passa-se ao exame do recurso especial.

8. O ponto controverso destes autos é quanto à regra a ser aplicada na união estável de sexagenário, no que diz respeito à meação dos bens adquiridos na constância da união estável, nos termos dos arts. 1.641, II, do CC/2002 e 5.^o da Lei 9.278/1996.

9. No caso dos autos, a despeito de o acórdão recorrido ser categórico em afirmar que a companheira não contribuiu para a construção do imóvel, porque tal circunstância foi reconhecida com base nas provas dos autos, o que afasta a presunção de esforço comum, a conclusão a que chegou o Colegiado de origem confronta-se com o entendimento desta 3.^a T., no sentido de que é presumido o esforço comum, *iure et de iure*, e por isso está dispensada a comprovação da participação do convivente, presumindo-se a mútua participação desses, motivo pelo qual os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável devem ser repartidos, nos termos da jurisprudência colacionada anteriormente.

10. Ante o exposto, pelo meu voto (vencido) dá-se provimento ao recurso especial, restabelecendo-se a sentença.

Min. Sidnei Beneti, relator.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

– REsp 1.369.860/PR; 3.^a T.; número de registro: 2013/0067986-7; processo eletrônico; números de origem: 00164843120088160021, 2011000250671, 27832008, 788335800 e 788335801; pauta: 11.03.2014; julgado: 11.03.2014; segredo de justiça;

relator: Exmo. Sr. Min. Sidnei Beneti; presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva; Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. João Pedro de Saboia Bandeira de Mello Filho; secretária: Bel. Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha.

Autuação – Recorrente: S. B. – advogada: Ana Paula Amaral Barros Lisboa; recorrido: V. L. D. – advogadas: Danielle Haubert Paschoal e Carina Patricia Kunzler Bora.

Assunto – Direito civil – Família – União estável ou concubinato – Reconhecimento/Dissolução.

Certidão – Certifico que a E. 3.^a T., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Sidnei Beneti, dando provimento ao recurso especial, pediu vista, antecipadamente, o Sr. Min. João Otávio de Noronha.

Aguardam os Srs. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva (presidente) e Nancy Andrichi.

REsp 1.369.860 – PR (2013/0067986-7).

Relator: Min. Sidnei Beneti.

Recorrente: S. B. – advogada: Ana Paula Amaral Barros Lisboa.

Recorrido: V. L. D. – advogadas: Danielle Haubert Paschoal e Carina Patricia Kunzler Bora.

VOTO-VISTA

– O Exmo. Sr. Min. João Otávio de Noronha:

Ementa Oficial: Civil. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável c/c partilha de bens. Companheiro sexagenário. Art. 1.641, II, do CC/2002 (redação anterior à dada pela Lei 12.344/2010). Regime de bens. Separação legal. Impossibilidade de se prestigiar a união estável em detrimento do casamento. Necessidade de prova do esforço comum. Inexistência. Benfeitoria excluída da partilha. Recurso desprovido.

1. Devem ser estendidas, aos companheiros, as mesmas limitações previstas para o casamento, no caso de um dos conviventes já contar com mais de sessenta anos à época do início do relacionamento, tendo em vista a impossibilidade de se prestigiar a união estável em detrimento do casamento.

2. De acordo com o art. 1.641, II, do CC/2002, com a redação anterior à dada pela Lei 12.344/2010 (que elevou essa idade para setenta anos, se homem), ao nubente ou companheiro sexagenário, é imposto o regime de separação obrigatória de bens.

3. Nesse caso, ausente a prova do esforço comum para a aquisição do bem, deve ele ser excluído da partilha.

4. Recurso especial desprovido.

Pedi vista dos autos para melhor exame da matéria.

Trata-se, na origem, de ação ordinária de reconhecimento e dissolução de união estável, c/c partilha de bens, ajuizada por S. B. contra V. L. D.

Após regular tramitação, o processo foi ao TJPR, que, por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso de apelação interposto por V. L. D. para excluir da partilha a benfeitoria (casa) existente no Lote ... da quadra ... do loteamento denominado ..., Matrícula ..., do ... Registro de Imóveis de Cascavel.

O acórdão recorrido encontra-se assim ementado:

“Apelação cível – Ação de reconhecimento e dissolução de união estável – Pedido julgado parcialmente procedente – Reforma da sentença – Impossibilidade de partilha – União estável com sexagenário – Obrigatoriedade do regime de separação total de bens a semelhança do casamento – Companheira que só faria jus à meação dos bens adquiridos durante a união estável, desde que comprovasse, em ação própria, o esforço comum – Provas trazidas aos autos que demonstram que o imóvel foi construído com recursos anteriores do réu – Incidência do § 1.º, do art. 5.º, da Lei 9.278/1996 – (...) – Recurso conhecido e provido.

1. Convivência do casal que começou quando o réu tinha 62 anos de idade, incidindo a regra prevista no art. 1.641, II, do CC/2002. Entender de forma diferente seria o mesmo que prestigiar a união estável em detrimento do casamento.

2. Incontroverso nos autos que o imóvel em disputa foi construído com recursos exclusivos do réu anteriores a união, impossibilitando o acolhimento da pretensão exposta na inicial.

3. Esforço comum que não pode sequer ser visto pelo prisma imaterial. Depoimento pessoal da autora e do réu, corroborada pela prova testemunhal, dando conta de que a relação dava-se a revelia de ética, respeito e companheirismo entre os conviventes”.

O recurso especial foi interposto por S. B. com vistas à obtenção da partilha da benfeitoria edificada no referido lote, de propriedade de V. L. D. Para tanto, alegou que o acórdão recorrido contrariou os arts. 1.641, II, e 1.725 do CC/2002, bem como o art. 5.º da Lei 9.278/1996. Aduziu ainda que foi ignorado o teor do enunciado da Súmula 377 do STF, além de sustentar a existência de divergência jurisprudencial sobre o tema.

Peço vênha ao relator para discordar de suas conclusões.

Desde já, observo que algumas premissas fáticas foram assentadas sem nenhuma impugnação das partes, a saber:

a) S. B. e V. L. D. conviveram em união estável entre *julho de 2006 até outubro de 2008*;

b) *quando o relacionamento teve início, o réu, V. L. D., já contava com mais de 60 anos*;

c) o Lote ... da quadra ... do loteamento denominado ..., Matrícula ..., do ... Registro de Imóveis de Cascavel, pertence unicamente a V. L. D.

O cerne da questão é saber se aos casos de união estável também se aplica a regra contida no art. 1.641, II, do CC/2002, com a redação anterior à dada pela Lei

12.344/2010, que dizia: "É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: (...) II – da pessoa maior de sessenta anos".

Conforme se vê do acórdão proferido no REsp 646.259/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 24.08.2010, de cujo julgamento participei, deve-se estender aos companheiros as mesmas limitações previstas para os casamentos quando um deles já é sexagenário, hipótese que é a dos autos. De outra forma, *data venia*, estar-se-ia prestigiando a união estável em detrimento do casamento, o que penso não ser possível.

Transcrevo oportunos trechos do precedente citado:

"Nesse passo, a partir de uma leitura conjunta e finalística das normas aplicáveis à espécie, notadamente do art. 226, § 3.º, da CF/1988, Código Civil de 1916 e Leis 8.971/1994 e 9.278/1996, não parece razoável imaginar que, a pretexto de se regular a união entre pessoas não casadas, o arcabouço legislativo acabou por estabelecer mais direitos aos conviventes em união estável (instituto menor) que aos cônjuges.

Deveras, o legislador não conferiu ao instituto que se quer seja convertido em casamento, mais direitos que a este. Como bem advertiu o eminente Min. Marco Aurélio, 'no art. 226 da Lei Fundamental, tem-se como objetivo maior a proteção do casamento' (RE 590779, rel. Min. Marco Aurélio, 1.ª T., j. 10.02.2009).

Em outra passagem, o próprio STF, como intérprete maior da Constituição, apregoou entendimento de que o art. 226, § 3.º, da CF, 'coloca, em plano inferior ao do casamento, a chamada união estável, tanto que deve a lei facilitar a conversão desta naquele' (MS 21449, rel. Min. Octavio Gallotti, Tribunal Pleno, j. 27.09.1995).

Também nesse sentido, o e. Min. Fernando Gonçalves, na relatoria do EREsp 736.627/PR, afirmara que 'sob diversos e relevantes ângulos, há grandes e destacadas diferenças conceituais e jurídicas, de ordem teórica e de ordem prática, entre o casamento e a união estável'.

O Código Civil de 2002, por sua vez, reforça essa vontade constitucional de se emprestar à união estável *status* aquém do casamento.

(...)

Desta sorte, por força do art. 258, parágrafo único, II, do CC/1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, II, do CC/2002), se, ao casamento de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens, também o deve ser às uniões estáveis que reúnam as mesmas características, sob pena de inversão da hierarquia constitucionalmente sufragada.

De fato, a lei não poderia reconhecer, no âmbito da união estável, uma situação que o legislador civil, para o casamento, entendeu por bem estabelecer restrição. Admitir assim, seria estimular a fraude ao princípio de proteção ao nubente com mais de sessenta anos engendrado pela lei civil".

Firmado o entendimento de que o regime a ser aplicado é o da separação legal de bens, tendo em vista que a união estável teve início quando o varão já era sexagenário, destaco que o acórdão recorrido teve o cuidado de analisar a questão atinente à prova

do esforço comum para a edificação da benfeitoria (casa) no lote de propriedade de V. L. D., tendo concluído, após análise dos depoimentos pessoais, testemunhais e da documentação trazida aos autos, pela “ausência de contribuição da apelada na construção do imóvel que almeja a partilha” (f.).

Não há como, em sede de recurso especial, alterar essa conclusão (inexistência de prova de esforço comum para a construção da questionada benfeitoria) em face do óbice contido na Súmula 7 do STJ.

Assim, ao contrário do salientado nas razões recursais, foi observado o teor do enunciado da Súmula 377 do STF (“No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”), apenas tendo-se chegado a entendimento diverso do pretendido pela parte recorrente.

Ante o exposto, com a devida vênia do eminente relator, *nego provimento ao recurso especial*.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

– REsp 1.369.860/PR; 3.^a T.; número de registro: 2013/0067986-7; processo eletrônico; números de origem: 00164843120088160021, 2011000250671, 27832008, 788335800 e 788335801; pauta: 11.03.2014; julgado: 19.08.2014; segredo de justiça; relator: Exmo. Sr. Min. Sidnei Beneti; relator para acórdão: Exmo. Sr. Min. João Otávio de Noronha; presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva; Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Maurício Vieira Bracks; secretária: Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha.

Autuação – Recorrente: S. B. – advogada: Ana Paula Amaral Barros Lisboa; recorrido: V. L. D. – advogadas: Danielle Haubert Paschoal e Carina Patricia Kunzler Bora.

Assunto: Direito civil – Família – União estável ou concubinato – Reconhecimento/Dissolução.

Certidão – Certifico que a E. 3.^a T., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Min. João Otávio de Noronha, divergindo do voto do Sr. ministro relator, a Turma, por maioria, negou provimento ao recurso especial. Vencido o Sr. Min. rel. Sidnei Beneti. Votaram com o Sr. Min. João Otávio de Noronha os Srs. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva (presidente) e Nancy Andrichi. Lavrará o acórdão o Sr. Min. João Otávio de Noronha.

COMENTÁRIO

A REGRA RESTRITIVA DO CÓDIGO CIVIL, SOBRE REGIME DE BENS NO CASAMENTO, SE EXPANDE TAMBÉM PARA A UNIÃO ESTÁVEL DA QUAL PARTICIPE SEPTUAGENÁRIO?

1. Início estes meus comentários estabelecendo, a priori, quatro premissas importantes para o desenvolvimento das considerações que farei e das conclusões às quais chegarei.

Filio-me à corrente que prescreve que o casamento e a união estável pertencem, ambos, ao mesmo gênero constitucional, isto é, à categoria das entidades familiares. Entendo, igualmente, que todos os direitos e deveres que são protegidos/impostos pelo Estado ao casamento, devem sê-lo também à união estável, justamente por ser espécie da mesma categoria jurídica que o casamento e porque a Constituição Federal garante, à família, especial proteção (art. 226, caput, da CF), o que, em duas palavras, produz a equalização entre os institutos.

2. Filio-me à corrente que despreza a regra definitivamente proibitiva constante no art. 1641, II, do CC, segundo a qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento para as pessoas maiores de 70 anos (com a redação da Lei 12.344, de 09.12.2010, uma vez que a idade antes prevista era de 60 anos), por entender que tal regra não deveria ser absolutamente impeditiva, mas que deveria, no máximo, apresentar-se como regra prescritiva de um regime legal de bens para os idosos, regime este que comportasse exceções decorrentes da vontade por eles manifestada, ao tempo de seu casamento ou constituição de união estável, por meio de pacto antenupcial ou contrato de convivência, respectivamente.

3. Filio-me à corrente majoritária que entende que permanece em vigor a Súmula 377 do STF, editada em 1964, e que determina que no regime da separação legal comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento, provado o esforço comum. Em que pese o importante dissenso doutrinário e jurisprudencial a este respeito, e depois de muito analisar e ponderar sobre os argumentos doutrinários que li e sobre os casos concretos que conheci, predispus-me a filiar-me a esta corrente, ao menos neste momento de minhas convicções.

4. E por fim, tendo em vista a plena vigência da regra cogente contida no art. 1641, II, do CC, apreciarei o caso concreto (que me é oferecido à análise) observando-a completamente, sem qualquer reclamo ou restrição, como, aliás, não poderia deixar de ser. E analisarei o caso sob este ponto de vista: se a regra restritiva do Código Civil, sobre regime de bens no casamento, se expande também para a união estável da qual participe idoso. Ou se o disposto no art. 1.725 do mesmo Código já seria suficiente para afastar, por si só, qualquer possibilidade de tal aplicação extensiva ou analógica?

No presente julgado, do qual foi relator o Min. Sidney Beneti, discutia-se se bens havidos na constância da união estável se comunicariam, ainda que os partícipes (ou ao menos um deles) tivesse idade já condizente com a regra restritiva para a escolha de regime de bens inserta no art. 1.641, II, do CC, que prevê deva ser, obrigatoriamente, o da separação de bens, o regime para o casamento de pessoas que estejam naquela faixa etária.

O Código Civil fixa o limite de 70 anos para admitir, às pessoas, que escolham livremente o regime de bens que desejam seja aquele que regule as relações patrimoniais de seu casamento. A partir desta idade, dá-se o cerceamento da autonomia da vontade dos nubentes septuagenários, sob a alegação de suposta proteção legal a estas pessoas, especialmente ao seu patrimônio. Supondo que pacto antenupcial seja realizado e disponha em sentido contrário, será nulo, por força da prescrição do art. 1.655 do CC.

O tema tem suscitado importantíssimas discussões e significativo dissenso entre os doutrinadores brasileiros que se manifestaram depois de 2002 e sempre à luz da Constituição Federal de 1988. Há posições que são contrárias à aplicação analógica do dispositivo – art. 1.641, II, do CC – às hipóteses de união estável, entendendo-o inconstitucional, e há posições, também contrárias, mas que seguem outro rumo de fundamentação. Da mesma maneira há dissenso doutrinário – e, conseqüentemente, jurisprudencial – acerca de se encontrar em vigor a Súmula 377 do STF, assunto que também invade significativamente a discussão que aqui se leva a cabo. Proponho que vejamos pontualmente alguns destes posicionamentos, tendo em vista melhor esclarecer os fundamentos do julgado que se comenta.

a) Posições doutrinárias contrárias à regra de comando obrigatório que impede às pessoas com 70 anos ou mais livremente escolherem o seu regime de bens de casamento – art. 1.641, II, do CC, entendendo-a inconstitucional.

Os doutrinadores que se posicionam contrariamente à regra impeditiva do dispositivo, o fazem por entender se tratar de uma verdadeira afronta a princípios constitucionais inamovíveis, como o da dignidade da pessoa humana, o da liberdade e o da igualdade, exatamente porque reduz a autonomia de vontade daquelas pessoas que deverão sucumbir à “tutela reducionista”, como bem diz Paulo Lôbo, se pretenderem constituir matrimônio depois daquela faixa etária limite. Sobre a aplicação analógica da criticada regra restritiva, este autor escreve que “é cediço no direito brasileiro que norma restritiva de direitos não pode ter aplicação extensiva”. E prossegue, para concluir: “Conseqüentemente, a pessoa com mais de 70 anos que ingressar em união estável, submete-se (...) ao regime legal supletivo da comunhão parcial de bens”.

Os autores que defendem esta corrente também argumentam que carece completamente de qualquer fundamento científico a restrição que se impinge aos idosos, sendo certo que um sem número deles chega a esta idade – e a ultrapassa – com pleno domínio de sua capacidade, perfeitamente responsáveis pelos seus atos e decisões, razão pela qual deveriam ser, ao contrário, distinguidos e prestigiados pelo fato de possuírem discernimento e pelo fato de poderem governar pessoalmente suas vidas e seu destino. Estes autores, assim como Paulo Lôbo, bem concluem quando dizem que a plenitude da capacidade mental do idoso deve ser aferida no caso concreto – caso a caso – não sendo possível generalizar, em abstrato e por presunção legal de senilidade, que aquelas pessoas não têm qualquer possibilidade própria para deliberar a respeito de suas próprias vidas.

Assim também é o pensamento de Maria Berenice Dias, lançado, inclusive, em julgado que contou com sua relatoria, quando ainda desembargadora do TJRS, e assim se descreveu a ementa: “União estável – Regime de bens. Não se aplica à união estável o regime da separação obrigatória de bens previsto no art. 258, parágrafo único, do CC [art. 1.641 do CC 2002], ainda que os conviventes sejam maiores de 60 anos [70 anos, pela nova redação], seja porque a legislação própria prevê o regime condominial, sendo presumido o esforço comum na aquisição do patrimônio amealhado na vigência do relacionamento, seja porque descabe a aplicação analógica de normas restritivas de direitos ou excepcionais” (TJRS, AgIn 700047179115, 7.ª Câm. Civ., j. 14.08.2002, rel. Des. Maria Berenice Dias).

Como bem se vê, a autora – ainda que defensora da equalização existente entre o casamento e a união estável – neste caso não entende que a proibição contida no dispositivo se estenda analogicamente à união estável, uma vez que interpretação assim seria impossível à face de regra restritiva de direitos. Há vozes na doutrina que criticam este dito posicionamento ambíguo da autora, ao dizer que ela, ao interpretar o art. 226, caput, §§ 1.º, 3.º e 4.º, da CF, “com vistas a adotar a equiparação da união estável ao casamento, contempla somente as ‘prerrogativas’ e direitos [!] (...) (sic). E prossegue, este pensamento crítico, ao concluir que “se é aplicável ao casamento a regra, não haveria motivo para afastá-la na união estável de pessoa maior de 60 anos [70 anos, pela nova redação], por força do pressuposto da equiparação de ambos os institutos que a própria autora defende, senão incorreria em afronta ao princípio constitucional de igualdade insculpido no art. 5.º, caput [da Constituição Federal]”.

Da mesma maneira que entendem Paulo Lôbo e Maria Berenice Dias, entenderam também os juristas que estiveram reunidos na I Jornada de Direito Civil, promovida pela CJF/STJ, da qual resultou o Enunciado n. 125 que propôs a revogação da regra impeditiva, ao declarar: “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, malferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República, inscrito no pórtico da Carta Magna (art. 1.º, 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”. Como bem diz Flávio Tartuce, “ao contrário de ser uma norma de tutela, trata-se de uma norma de preconceito”.

A jurisprudência nacional é riquíssima e há destaque para julgados que, como o do TJSC, entenderam ser inconstitucional o disposto no art. 1.641, II, do CC, como também admitiram a alteração do regime de bens para casamento já celebrado sob as restrições do comando legal. Parte da ementa deste julgado diz que “a conclusão é a de que a imposição de regime de bens aos idosos se revela inconstitucional”, que “afronta ao princípio da dignidade humana” e que “a legislação, conquanto revestida de alegado caráter protecionista, mostra-se discriminatória”.

b) Posições doutrinárias desfavoráveis à regra de comando obrigatório que impede às pessoas com 70 anos, ou mais, livremente escolherem o seu regime de bens de casamento – art. 1.641, II, do CC, por entendê-la incongruente, à face da aplicação da Súmula 377 do STF.

Por todos os doutrinadores que assim entendem, elevo a voz de Caio Mário da Silva Pereira que entende que “a limitação da vontade, em razão da idade, impondo regime de separação obrigatória de bens, longe de se constituir uma precaução (norma protetiva) se constitui em verdadeira incoerência (...). Esta incoerência adviria exatamente do fato de que, ainda que de separação obrigatória o regime de bens de certo casamento, os aquestos se comunicariam, enfim, por força da prescrição da Súmula 377 do STF: “No regime da separação legal comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento”. Ao final, tudo se passaria como se fosse o de comunhão parcial de bens o regime deste casamento.

O assunto é extremamente delicado e tormentoso, eis que, a respeito desta Súmula duas grandes polêmicas se instalaram e se debatem, ainda, os doutrinadores (e a jurisprudência, em consequência), a saber: (a) se há ou não a necessidade de se fazer a prova do esforço comum para que a comunicabilidade se estabeleça, e (b) se a Súmula persiste aplicável em nosso sistema de direito, ou não.

Majoritariamente, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, consagra-se a corrente que entende que a Súmula persiste aplicável, para impedir o enriquecimento sem causa. "Assim, urge a comunicação dos bens havidos pelo esforço comum para se evitar o locupletamento sem razão", como escreve Flávio Tartuce. Certamente há, por outro lado, julgados do STJ que têm aplicado esta Súmula independentemente de comprovação do esforço comum para a partilha, tendo, como ratio fundamental o fato da solidariedade e da comunhão de vida entre o casal, o que faz presumir a participação, ainda que indireta, na construção do patrimônio que se faz comum. Assim, por exemplo, uma decisão do STJ, cujo relator foi o Min. Carlos Alberto Menezes Direito, que não exigiu a prova do esforço comum sob o fundamento de que "o que vale é a vida em comum, não sendo significativo avaliar a contribuição financeira, mas, sim, a participação direta e indireta representada pela solidariedade que deve unir o casal, medida pela comunhão da vida, na presença em todos os momentos da convivência, base da família, fonte do êxito pessoal e profissional de seus membros".

À face de tema tão instigante quanto polêmico, e considerando estas brevíssimas notas preliminares, manifesto minha concordância com a decisão em comento – aplicada a este caso concreto – proferida em recurso especial, sob relatoria do ilustre Min. Sidney Beneti, que estendeu, à união estável, a regra proibitiva contida no art. 1.641, II, do CC, relativamente à imposição do regime de separação de bens para as pessoas de 70 anos, ou mais, que pretendam se casar, bem como indeferiu a partilha dos aquestos (com base na Súmula 377 do STF), pela ausência de prova do esforço comum.

GISELDA HIRONAKA

Livre-Docente e Doutora pela Faculdade de Direito da USP. Professora Titular do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP. Vice-diretora da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (USP). Ex-Procuradora Federal. Consultora. Parecerista. Conferencista no Brasil e no exterior. Coordenadora da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – Fadisp. Autora de obras jurídicas.

1. LÔBO, Paulo. Direito civil: Famílias. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
2. Filiam-se a esta corrente, também, Débora Vanessa Caús Brandão (Regime de bens no novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2007) e Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (Novo curso de direito civil: direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 6.
3. DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 166.
4. DOURADO, Robson Gonçalves. União estável de idoso(a) e o regime de separação obrigatória de bens: possibilidades e incongruências. Disponível em: [<http://jus.com.br/artigos/18130/uniao-estavel-de-idoso-a-e-o-regime-de-separacao-obrigatoria-de-bens-possibilidades-e-incongruencias/5>]. Acesso em: 20.11.2014.
5. Idem, ibidem.

6. TARTUCE, Flávio. Direito civil: direito de família. 9. ed. São Paulo: GEN/Método, 2014. vol. 5, p. 138.
7. TJSC, ApCiv 2011.057535-0/Criciúma, 4.^a Câ. de Direito Civil, j. 01.12.2011, rel. Des. Luiz Fernando Boller, DJSC 18.01.2012, p. 161.
8. PEREIRA, Caio Mário da Silva; PEREIRA, Tânia da Silva (atualizadora). Instituições de direito civil. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. V, p. 198.
9. Levantamento completo de ambas as polêmicas, as correntes e seus seguidores, as respostas judiciais correspondentes etc., podem ser encontradas em: TARTUCE, Flávio. Direito civil: direito de família. 9. ed. São Paulo: GEN/Método, 2014. vol. 5, p. 142-145, cuja leitura se recomenda.
10. Idem, p. 145. O autor elenca doutrinadores que seguem este entendimento, entre eles: Nelson Nery e Rosa Nery, Zeno Veloso, Paulo Lôbo, Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz, Silvio Venosa, Rolf Madaleno, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Toscano de Brito e Eduardo de Oliveira Leite.
11. STJ, REsp 736.627/PR, 3.^a T., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 01.08.2006, p. 436.

COMENTÁRIO

EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO CASAMENTO: CONSIDERAÇÕES À LUZ DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA E DO RESP 1.369.860/PR

EQUIVALENCE BETWEEN STABLE UNION AND MARRIAGE: COMMENTS REGARDING MANDATORY SEPARATE PROPERTY SYSTEM AND SPECIAL APPEAL 1.369.860/PR

ÁREA DO DIREITO: Civil; Família e Sucessões

RESUMO: O presente artigo aborda a equiparação do instituto da união estável ao casamento no tocante à imposição do regime da separação obrigatória, tendo por base a decisão proferida pelo STJ no REsp 1.369.860/PR.

PALAVRAS-CHAVE: União estável – Regime de separação obrigatória – Súmula 377 – Inconstitucionalidade do art. 1.641/CC.

ABSTRACT: This paper approaches the equivalence between Stable Union and Marriage, concerning Mandatory Separate Property System, based on the decision issued by Superior Court of Justice on Special Appeal 1.369.860/PR.

KEYWORDS: Stable union – Mandatory separate property system – Precedent 377 – Unconstitutionality of article 1.641 of Brazilian Civil Code.

SUMÁRIO: I. Ementa – II. Análise dos argumentos esposados no REsp 1.369.860/PR – III. Da inaplicabilidade do regime de separação obrigatória à união estável: (a) obrigatoriedade de previsão legal de normas restritivas de direitos; (b) ineficácia do regime de separação obrigatória sob a perspectiva da Súmula 377; (c) impropriedade de interpretação extensiva de normas inconstitucionais.

I. EMENTA

“Civil. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável c/c partilha de bens.

Companheiro sexagenário. Art. 1.641, II, do CC (redação anterior à dada pela Lei 12.344/2010). Regime de bens. Separação legal. Impossibilidade de se prestigiar a união estável em detrimento do casamento. Necessidade de prova do esforço comum. Inexistência. Benfeitoria excluída da partilha. Recurso desprovido.

1. Devem ser estendidas, aos companheiros, as mesmas limitações previstas para o casamento, no caso de um dos conviventes já contar com mais de 60 anos à época do início do relacionamento, tendo em vista a impossibilidade de se prestigiar a união estável em detrimento do casamento.

2. De acordo com o art. 1.641, II, do CC, com a redação anterior à dada pela Lei 12.344/2010 (que elevou essa idade para 70 anos, se homem), ao nubente ou companheiro sexagenário, é imposto o regime de separação obrigatória de bens.

3. Nesse caso, ausente a prova do esforço comum para a aquisição do bem, deve ele ser excluído da partilha.

4. Recurso especial desprovido (3.^a T., rel. Min. Sidnei Beneti, rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 19.08.2014, DJe 04.09.2014).

II. ANÁLISE DOS ARGUMENTOS ESPOSADOS NO RESP 1.369.860/PR

No julgamento do caso em comento, a 3.^a T. do STJ se deparou com pedido de reforma de decisão que estendeu a aplicação do regime da separação obrigatória de bens à união estável, na hipótese de esta se consumar após um dos companheiros completar 60 anos (à época dos fatos, idade definida pelo art. 1.641, II, do CC como impositiva do referido regime ao casamento).

Conforme deliberou o tribunal de origem, tendo a união se iniciado quando o recorrido contava com 62 anos, deveria esta seguir o regime da separação obrigatória de bens, à semelhança do que se estipulava em relação ao casamento celebrado em iguais circunstâncias, sendo certo que "permitir que um casal opte pelo regime de bens quando o homem já atingiu a idade sexagenária seria o mesmo que prestigiar a união estável em detrimento do casamento, o que é inadmissível". Frise-se que no regime da separação, seja ela legal ou convencional, cada companheiro *conserva em seu patrimônio pessoal os bens que possuía antes do casamento, sendo também incomunicáveis os bens que cada um deles veio a adquirir na constância do casamento*.

Como consequência, a benfeitoria (casa) construída no ínterim da união estável (julho de 2006 a outubro de 2008), apenas com recursos do companheiro, em terreno que anteriormente lhe pertencia, seria propriedade exclusiva sua, salvo se demonstrada a participação – material ou espiritual – da companheira, a qual, da análise das provas trazidas aos autos, não restou configurada.

Questionando tais conclusões, o recurso especial ajuizado pela companheira teve por objetivo o restabelecimento da sentença de primeira instância, a qual reconheceu a incidência do regime de comunhão parcial (aplicável à união estável por força do art. 1.725 do CC, salvo convenção das partes em sentido contrário) e determinara a partilha da casa construída no período da união estável, independentemente da comprovação do esforço comum, tendo-se em vista que no regime em comento este se presume.

O Min. relator Sidnei Beneti acolheu a pretensão da recorrente, entendendo presumido o esforço comum entre os conviventes. Conforme se infere da fundamentação, a decisão encontra respaldo em julgados anteriores da 3.^a T.: (i) em um deles, sustenta-se que, “embora tenha prevalecido no âmbito do STJ o entendimento de que o regime aplicável na união de sexagenários é o da separação obrigatória de bens, segue esse regime temperado pela Súmula 377 do STF, com a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, sendo presumido o esforço comum, o que equivale à aplicação do regime de comunhão parcial”; (ii) o outro tem por base a Lei 9.278/1996, a qual “cristaliza a presunção *iure et de iure* de que há esforço comum, fazendo incidir à questão, o disposto no art. 334, IV, do CPC, quanto à desnecessidade de se provar os fatos ‘em cujo favor milita presunção legal de existência de veracidade’”.

Observe-se, contudo, a incongruência lógica entre as decisões suscitadas, as quais, embora resultem na mesma consequência prática, derivam de pressupostos essencialmente distintos, senão antagônicos. Na primeira, profere-se que, embora seja o regime da separação obrigatória o aplicável à união estável de sexagenário, este é mitigado pela Súmula 377 do STF, que dispensa a comprovação de esforço comum. Na segunda, a fundamentação decorre do art. 5.^o da Lei 9.278/1996, que impõe o regime da comunhão parcial à união estável, sendo neste presumido o esforço comum. É essencial que se compreenda se a presunção legal decorre do regime de comunhão parcial ou se, por analogia ao que ocorre no casamento, da aplicação da Súmula 377, sendo esse um ponto de reflexão futura.

O voto do Min. relator Sidnei Beneti restou vencido, prevalecendo o posicionamento esboçado pelo Min. João Otávio de Noronha em seu voto-vista, corroborado pelos Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Nancy Andrichi. A decisão encontrou respaldo na jurisprudência escorada pela 4.^a T. do mesmo Tribunal, da qual sucede que o regime aplicável à união estável iniciada após os 60 anos é o da separação obrigatória, uma vez que “não parece razoável imaginar que, a pretexto de se regular a união estável entre pessoas não casadas, o arcabouço legislativo acabou por estabelecer mais direitos aos conviventes em união estável (instituto menor) que aos cônjuges”.

A premissa que amparou referida decisão, posteriormente reproduzida no REsp 1.369.860/PR ora em análise, se assenta na pretensa superioridade do instituto do casamento em relação à união estável, a qual teria sido inferida pelo constituinte ao determinar que a lei facilitaria a conversão desta em casamento (art. 226, § 3.^o, da CF). “O legislador não conferiu ao instituto que se quer convertido em casamento mais direitos que a este”, afirma-se, de modo que o regime da separação obrigatória imposto aos nubentes haveria de se estender à união estável, sob o risco de se conceder maiores privilégios a esta do que ao casamento.

Observa-se que as razões que justificam a imposição do regime da separação obrigatória à união estável, erigidas em torno da *mens legislatoris*, estão permeadas por juízos de valor, elidindo a análise estritamente jurídica do tema. Os magistrados não apenas ignoram a interpretação sistemática do ordenamento, como também retiram a autonomia que ele próprio conferiu ao instituto da união estável, atrelando-o invariavelmente ao destino do casamento. Afirmam que, “sob diversos e relevantes ângulos, há grandes e destacadas diferenças conceituais e jurídicas, de ordem teórica e

de ordem prática, entre o casamento e a união estável”, mas pretendem torná-los iguais, onerando-os da mesma maneira.

De igual modo, os argumentos que supostamente afastam a aplicação extensiva do regime da separação obrigatória à união estável o fazem por meios tortuosos, senão obscuros. Evita-se a consequência prática da imposição do regime – necessidade de demonstração de esforço comum para que haja comunicação dos aquestos – sem, contudo, explicitar se o fazem com base na comunhão parcial, aplicável à união estável em conformidade com o art. 1.725 do CC e o art. 5.º da Lei 9.278/1996, ou na ultrapassada Súmula 377 do STF. Novamente aqui a argumentação jurídica mostrou-se insuficiente, não fornecendo subsídios à solução de semelhantes conflitos no futuro.

Considera-se premente, portanto, que alguns pontos sejam devidamente esclarecidos, a fim de afastar imprecisões conceituais que acabem por macular o instituto da união estável, introduzido em nosso ordenamento justamente com o fim de assegurar maior estabilidade e isonomia às relações familiares. Parece-nos relevante investigar se a aplicação analógica do art. 1.641, II, do CC à união estável encontra respaldo legal, bem como se a Súmula 377 do STF, diversas vezes suscitada na jurisprudência que aborda o regime da separação obrigatória, permanece vigente. Por fim, passaremos a nos questionar sobre a pertinência da imposição, à união estável, de um regime patrimonial claramente atentatório à autonomia privada, nos detendo sobre o tema da eficácia das normas inconstitucionais.

III. DA INAPLICABILIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA À UNIÃO ESTÁVEL

(a) Obrigatoriedade de previsão legal de normas restritivas de direitos

O art. 1.641 do CC impõe a adoção do regime de separação obrigatória nas situações enumeradas, dentre elas o casamento de pessoa maior de 70 anos (até 2010, o limite etário era de 60 anos). Tais hipóteses, descritas por Sílvio de Salvo Venosa como *exceções à autonomia de escolha*, são usualmente justificadas pela necessidade de proteção àqueles que contraem matrimônio em condição de suposta vulnerabilidade, uma espécie de *prudência legislativa em favor das pessoas e suas famílias*, enfatizam Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva.

Todavia, a análise da natureza jurídica do regime da separação obrigatória revela constituí-lo verdadeira *sanção* àqueles que optam por contrair o matrimônio nos casos peculiares elencados pelo legislador. “Como sempre acabam as penas tendo conotação patrimonial, nessa hipótese não poderia ser diferente: impõe a lei, de forma coacta, o regime da separação de bens”, enuncia Maria Berenice Dias.

Conforme lições de Hans Kelsen, as sanções jurídicas assumem duas acepções distintas, ora como pena, ora como execução forçada: “ambas as espécies consistem na realização compulsória de um mal ou na privação compulsória de um bem”. E o que seria a imposição do regime da separação obrigatória, senão típica restrição a direito individual, privação compulsória da liberdade de escolha do nubente, princípio este informador dos regimes patrimoniais em direito de família?

Partindo da premissa de corresponder o regime da separação obrigatória a sanção de

natureza civil, faz-se necessário que nos questionemos quais os meios admissíveis de imposição de sanção, à luz do quanto determina a máxima enunciada no art. 5.º, II, da CF: *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei*.

Em face do princípio da legalidade, que norteia todo o ordenamento, inclusive as relações de direito de família, somente o legislador pode criar restrições ou limitações a direitos, a fim de preservar a segurança jurídica dos indivíduos em sociedade. “Em matéria de privilégios – enuncia Carlos Maximiliano –, bem como em se tratando de dispositivos que limitam a liberdade, ou restringem quaisquer outros direitos, não se admite o uso da analogia”.

De fato, o Código Civil de 2002 estipula, em seu art. 1.725, que na união estável aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens, salvo contrato escrito entre os companheiros. O art. 5.º da Lei 9.278/1996, por sua vez, estabelece que “os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito”. Trata-se de clara alusão ao regime da comunhão parcial, sendo que o § 1.º do referido dispositivo só ilide a presunção de participação do companheiro na aquisição do bem na hipótese de esta ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união (ou seja, quando ocorrer a sub-rogação).

Observa-se que àquilo que o legislador pretende impor limitações, ele expressamente o faz, a exemplo do art. 1.723, § 1.º, segundo o qual não se caracterizará a união estável quando ocorrerem os impedimentos do art. 1.521, dispositivo este aplicável ao casamento. A equiparação da união estável ao casamento ocorre nos limites prescritos pela lei.

Fica claro, portanto, que em nenhum momento pretendeu o legislador que se aplicassem à união estável as limitações do casamento no tangente aos regimes patrimoniais. Limitou-se a estipular um regime legal, válido no silêncio das partes, e facultou a elas a possibilidade de alterá-lo mediante convenção escrita, por meio do chamado contrato de convivência.

Tal constatação não implica a criação de benesse ao instituto da união estável, não extensível ao casamento; nem leva a crer que o legislador infraconstitucional tentou imprimir lógica reversa àquela que, conforme sustentam algumas vozes, propôs o constituinte, ao determinar que a lei facilitaria a conversão da união estável em casamento, privilegiando este (art. 226, § 3.º). Apenas nos demonstra que união estável e casamento são institutos distintos, daí conterem características próprias, que se amoldam à forma como eles se desdobram na realidade fática.

Há de se reconhecer que, em razão do formalismo inerente ao instituto do casamento, as partes são necessariamente cientificadas do regime patrimonial que irá reger sua união, sendo este um dos requisitos da lavratura do assento do matrimônio, nos termos do art. 70, § 7.º, da Lei 6.015/1973. Assim, quando se tratar do regime da separação obrigatória, este será declarado expressamente, de modo que os cônjuges saberão que,

uma vez casados sob tais circunstâncias, só haverá comunicação de seus bens na hipótese de estes serem adquiridos em condomínio, ou, na eventualidade da dissolução do casamento, ante a comprovação de esforço comum. Como consequência, as partes acabam balizando sua conduta a partir da sanção jurídica que lhes foi imposta, evitando surpresas, constrangimentos ou injustiças em momento futuro.

Já a união estável, como se sabe, é um instituto caracterizado essencialmente pela informalidade, de modo que são as circunstâncias fáticas (convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família) que alteram o *status quo* de um casal para conviventes. Certo que, ao iniciar uma vida em família, presumem as partes que o patrimônio amealhado pertencerá a ambos, exceto se houverem convencionado coisa distinta. Imbuídas pelo espírito de afeto e solidariedade, companheiros passam a construir um patrimônio comum, deixando, muitas vezes, de atentar a aspectos inerentes ao direito das obrigações, como a aquisição de bens em condomínio.

Não pareceria no mínimo injusto informar aos indivíduos, por ocasião de eventual dissolução dessa união, que o regime aplicável à vida patrimonial da família era outro, distinto do que supunham? Não seria frustrar a legítima expectativa de ver reconhecida a participação de cada um dos companheiros na construção do patrimônio? – E aqui se frise a expressão *legítima*, posto que amparada pelo ordenamento, conforme já demonstrado. – Não seria violação ao princípio da legalidade, uma vez inexistente qualquer dispositivo legal que veda aos companheiros a escolha do regime patrimonial que lhes aprouver ou, no silêncio, determina a adoção da comunhão parcial?

Isso posto, parece-nos irrefutável que o regime de separação obrigatória, imposto ao casamento do maior de 70 anos por força do art. 1.641, II, do CC, não se aplica à união estável, ainda que esta tenha iniciado quando um dos companheiros já contava com a referida idade. Não pode o intérprete, sob o pretexto de colmatar lacunas, desvirtuar institutos e aplicar sanções não previstas pelo legislador. É dada ao juiz a missão de avaliar a pertinência da aplicação de determinada sanção ao caso concreto, jamais de moldar o caso concreto a fim de encaixá-lo em sanção prevista para situação distinta. A equiparação de institutos jurídicos deve ocorrer dentro dos limites admitidos pelo ordenamento, do contrário se estará a frustrar legítimas expectativas de direito e a própria segurança jurídica.

(b) Ineficácia do regime de separação obrigatória sob a perspectiva da Súmula 377

Outro aspecto relevante da discussão atinente ao regime da separação obrigatória, abordado no REsp 1.369.860/PR, diz respeito à Súmula 377 do STF. Editada em 1964, com o intuito de corrigir a evidente impertinência da imposição do regime em comento, o enunciado dispõe que os aquestos – bens onerosamente adquiridos na constância do casamento – hão de se comunicar na hipótese do regime de separação legal.

O enunciado foi editado com base no art. 259 do CC/1916, do qual se infere que, mesmo no regime da separação convencional, haveria comunhão de aquestos, salvo se expressamente convencionado entre as partes. Em outras palavras, ainda que os nubentes optassem pelo regime da separação, por meio do pacto antenupcial, deveriam fazer constar expressamente que os aquestos não se comunicariam, caso desejassem a

completa desvinculação de seus patrimônios. A esse respeito, anote-se a perplexidade de Silmara Juny de Abreu Chinellato, para quem *"a comunicação automática de aquestos no regime da separação convencional de bens caminha em direção antagônica à da vontade das partes, aproximando o regime da separação, eleito livremente, ao da comunhão parcial"* (2004, p. 398).

Seja em razão das críticas contra ele formuladas, seja por efetivamente promover o esvaziamento do regime da separação convencional de bens, o teor do art. 259 não foi reproduzido no Código Civil de 2002, bastando, desde então, que os nubentes elejam o regime da separação, por meio do pacto antenupcial, para que se afaste a comunicação de aquestos (exceção às já mencionadas hipóteses de copropriedade e demonstração do esforço comum).

Embora não tenha sido cancelada pelo STF, é forçoso concluir que, uma vez insubsistente a norma na qual se funda a Súmula 377, esta foi tacitamente revogada, não havendo mais que se falar em comunicação dos aquestos na constância do regime de separação obrigatória.

Ainda assim, o enunciado continua sendo reiteradamente aplicado pela jurisprudência pátria, o que, por um lado, é benéfico, pois assegura àqueles casados sob o regime da separação obrigatória a participação nos bens onerosamente adquiridos na constância da união. Todavia, ao se debruçar sobre a questão com olhar mais atento, percebe-se que a aplicação da Súmula 377 oculta o verdadeiro problema, que é a manutenção da odiosa imposição do regime da separação obrigatória. Como a consequência prática do regime poucas vezes se faz sentir no caso concreto, os magistrados raramente se detêm sobre o caráter inconstitucional do imperativo, vindo a proferir decisões superficiais e de constitucionalidade questionável, conforme se observou no REsp 1.369.860/PR.

Vale ressaltar, ainda, que nem sempre a aplicação da Súmula 377 induz à comunhão automática dos aquestos, pois, embora prevaleça que esta gera presunção de esforço comum entre os cônjuges, alguns julgados ainda sustentam que só haverá comunhão se demonstrada efetiva participação – material ou espiritual – na aquisição do bem, como ocorreu no próprio REsp 1.369.860/PR: nele, embora preponderante o entendimento segundo o qual se estende à união estável o regime da separação obrigatória, impondo por consequência a aplicação da Súmula 377, a casa construída pelo companheiro durante o período de união não foi partilhada com a recorrente, ante a constatação de que esta não lhe forneceu qualquer tipo de auxílio, nem material, nem afetivo.

Controvérsias à parte, entende-se premente que o art. 1.641 do CC se torne ineficaz não porque uma súmula, cujo fundamento legal sequer se encontra vigente, esvazia seu conteúdo, e sim porque tal dispositivo é repetidamente afastado pelo intérprete, fulminado pelo controle incidental de constitucionalidade (com fulcro nas razões que passaremos a expor no próximo tópico), de tal modo que, num futuro próximo, possamos afirmar que o regime da separação obrigatória é letra morta, e que dispositivos com teor discriminatório não mais encontram respaldo em nosso ordenamento.

(c) Impropriedade de interpretação extensiva de normas inconstitucionais

Por fim, independentemente de a abordagem do regime da separação obrigatória ter como enfoque a união estável ou o casamento, o principal aspecto relativo à sua aplicação ou não ao caso concreto diz respeito à inconstitucionalidade que o permeia.

É certo que o Código Civil de 2002 consubstanciou notáveis avanços legislativos em prol da isonomia no tratamento dos cidadãos – homens, mulheres, crianças, idosos –, especialmente na seara do direito de família. Contudo, determinadas normas guardam resquícios do conservadorismo e do patrimonialismo de outrora, sendo o art. 1.641 um de seus principais expoentes.

Tal dispositivo mitiga, senão extingue, a autonomia dos nubentes, ao impor que, em determinadas circunstâncias, haverá de ser adotado o regime da separação, a saber, nas hipóteses de casamento contraído com inobservância das causas suspensivas (elencadas no art. 1.523 do CC), celebrado entre aqueles que dependem de suprimento judicial para casar (situações descritas nos artigos 1.519 e 1.520), e, enfim, nas núpcias em que ao menos uma das partes é maior de 70 anos.

Ocorre que tal postulado, desinente de pretensão viés protetivo do legislador, desconsidera por completo as particularidades do caso concreto, e faz incidir o regime sancionatório, genérica e abstratamente, a todos os que se encontram nas situações enumeradas, sem sequer avaliar sua pertinência diante da realidade fática.

De início, pode-se afirmar que a norma contida no art. 1.641 do CC contraria a máxima interpretativa segundo a qual a boa-fé se presume, incumbindo ao interessado a demonstração de sua violação no caso concreto. Entenda-se: não cabe ao legislador impor a adoção do regime de separação, por pressupor (i) que os cônjuges poderão se valer de regime patrimonial distinto para lesar direitos de terceiros (quando a imposição decorre da inobservância das causas suspensivas), nem (ii) que um dos cônjuges irá se valer da inexperiência do outro (na hipótese daquele que necessita de suprimento judicial para casar) ou (iii) de sua senilidade (que a lei parece presumir em relação aos maiores de 70 anos) para aplicar-lhe golpe ou transação patrimonial desvantajosa. O princípio que deve nortear a criação e aplicação da norma é a boa-fé, não faltando instrumentos idôneos à neutralização das manifestações contrárias a ela no caso concreto.

Tem-se, ainda, que o sistema de direito privado é construído com base na noção de autodeterminação do indivíduo, da autonomia enquanto poder de *suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica*. Embora o conceito encontre limitações no próprio ordenamento, especialmente em face da esfera de autonomia de outros particulares, não há, ao menos em termos abstratos, razão suficiente que impeça dois indivíduos, ligados por vínculos afetivos e dispostos a iniciar uma família, de optarem pelo regime de bens que lhes pareça mais adequado às suas pretensões materiais e emocionais. No mais, reafirma-se o princípio da liberdade dos pactos antenupciais, o qual faculta “aos contraentes e aos conviventes escolher o regime de bens que melhor lhes convier, tendo em vista a regulamentação dos seus interesses econômicos resultantes do casamento ou da união estável” (MALUF; MALUF, ob. cit.).

É certo que a faculdade de alteração do regime de bens após o casamento, introduzida pelo Código Civil de 2002 em seu art. 1.639, § 2.º, atenuou em parte a lesividade do

regime da separação obrigatória, pois passou a se admitir a conversão deste, uma vez superada a causa que impôs sua adoção.

Todavia, ao passo em que se admite a possibilidade de correção das causas suspensivas (art. 1.641, I), bem como o esvanecimento das razões que exigiram o suprimento judicial para celebração do casamento (art. 1.641, III), não há que se cogitar a superação da idade mínima de 70 anos (art. 1.641, II). Desse modo, a sanção da obrigatoriedade de adoção do regime da separação impõe-se ao septuagenário perpetuamente, constituindo *mais um dos ultrajes gratuitos que a nossa cultura inflige à terceira idade*.

Frise-se que a Constituição da República, ao estabelecer como objetivo desta a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3.º, IV), opõe-se a toda norma que represente ameaça à isonomia, direito fundamental entabulado no art. 5.º, *caput*. A fim de efetivar tal princípio em face da população cuja faixa etária supera os 60 anos, a Lei Maior determina, ainda, que incumbe à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida (art. 230).

Diante de tais imperativos, como pretender constitucional norma que, sem motivo relevante aparente, impede que o idoso exerça sua autonomia e opte livremente pela forma como conduz sua vida afetiva? Como taxar dispositivo que, sem contraditório prévio, reduz indistintamente todos os idosos à condição de incapazes, no que tange aos seus desígnios emocionais? Qual o valor dos princípios da isonomia e dignidade quando se permite que o próprio ordenamento imponha aos idosos infundada e odiosa restrição a seus direitos fundamentais?

Ressalte-se que a incapacidade civil é uma das mais sérias sanções impostas à vida civil de um cidadão – daí o processo de interdição demandar rigorosa dilação probatória, apta a demonstrar que o indivíduo realmente não dispõe de condições para regular seus próprios interesses. A hipótese do inc. II do art. 1.641 presume a incapacidade civil dos septuagenários, sem sequer lhes oferecer a oportunidade de provar o contrário. Vale a menção aos ensinamentos de Cezar Peluso, para quem “essa regra anacrônica e caprichosa argui a consciência jurídica contemporânea, a qual não pode tolerar a consagração nomológica de um preconceito injurioso e rebarbativo, mal dissimulado sob a aparência de presunção legal absoluta, que, não correspondendo à verdade dos fatos ordinários nem comportando justificção autônoma, assume os contornos de ficção ilegítima, suscetível de invalidação judicial.”

É evidente o teor inconstitucional da norma com a qual nos deparamos. Ainda assim, quando submetida ao crivo jurisdicional, parece que tal aspecto é inteiramente abnegado. Causa-nos perplexidade que a intenção dos julgadores seja não afastar por completo a aplicação do dispositivo, mas, pelo contrário, ampliá-la, fazendo incidir também sobre a união estável as hipóteses do regime da separação obrigatória.

Passemos a analisar o fenômeno pela óptica do princípio da interpretação conforme a Constituição, segundo o qual nenhuma norma será declarada inconstitucional enquanto se vislumbrar a possibilidade de interpretá-la em conformidade com a Constituição.

Contudo, “se os órgãos aplicadores do direito, sobretudo os tribunais, chegarem à conclusão, por via interpretativa, de que uma lei contraria a Constituição, a sua atitude correta só poderá ser a de desencadear os mecanismos constitucionais tendentes à apreciação da inconstitucionalidade da lei.”

É incumbência dos julgadores, quando colocados diante de casos como o REsp 1.369.860/PR, analisar, antes de qualquer outro argumento, a constitucionalidade das premissas sobre as quais erigirão suas conclusões. Na situação do regime de separação obrigatória, infere-se que sua aplicação viola frontalmente os princípios da isonomia, autonomia e dignidade, razão pela qual não deve ser admitida – nem em relação ao casamento, muito menos em relação à união estável –, pois nessa hipótese também se estaria a violar o princípio da legalidade, conforme demonstrado em tópico anterior.

É premente que os tribunais assumam nova postura em relação à aplicação do art. 1.641 do CC, reduzindo gradualmente seu alcance para enfim sepultá-lo, deixando no passado o pouco do patrimonialismo e conservadorismo que ainda resta no direito civil brasileiro.

TAUANNA GONÇALVES VIANNA

Mestranda em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). tauanna.vianna@gmail.com

1. A Lei 12.344/2010 posteriormente alterou tal limite etário para 70 anos de idade, vigente até o presente momento.
2. MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Do regime jurídico do casamento – do regime de bens entre os cônjuges. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, vol. 31, jan. 2013, versão virtual.
3. REsp 1.171.820/PR, 3.^a T., rel. Min. Sidnei Beneti, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 07.12.2010, *DJe* 27.04.2011.
4. REsp 1.159.424/RN, 3.^a T., rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 05.06.2012, *DJe* 19.06.2012.
5. REsp 646.259/RS, 4.^a T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 22.06.2010, *DJe* 24.08.2010.
6. Excerto extraído do MS 21.449, de relatoria do Min. Octavio Galloti, julgado pelo Tribunal Pleno em 27.09.1995, citado no mencionado REsp 646.259/RS.
7. Além dos maiores de 70 anos, a imposição sujeita aqueles que contraírem o casamento com inobservância das causas suspensivas (inc. I) e todos os que dependerem de suprimento judicial para casar (inc. III).
8. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. vol. VI, p. 321.
9. MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil*. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 294.
10. *Art. 1.641: inconstitucionais limitações ao direito de amar*. Disponível em: [www.mariaberenice.com.br]. Acesso em: 18.02.2015. Anote-se posição contrária de José Fernando Simão e Paulo Luiz Netto Lôbo, para quem o regime da separação obrigatória consiste em *ônus* imposto à pessoa que opta por casar-se, quando incluída em alguma das três hipóteses legais: *é encargo, gravame, que a pessoa deve suportar se decidir por determinado ato. É livre para realizar o ato, mas se o fizer o ônus recairá*

(LÔBO, apud SIMÃO. Separação convencional, Separação legal e separação obrigatória: reflexões a respeito da concorrência sucessória e o alcance do art. 1.829, do CC.

Recurso Especial 992.749-MS. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família – novas tendências e julgamentos emblemáticos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 194).

11. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 76.

12. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 213.

13. A esse respeito, vide interessante obra de Francisco José Cahali (*O contrato de convivência*. São Paulo: Saraiva, 2002).

14. “Art. 71. Do matrimônio, logo depois de celebrado, será lavrado assento, assinado pelo presidente do ato, os cônjuges, as testemunhas e o oficial, sendo exarados: (...) 7.º) o regime de casamento, com declaração da data e do cartório em cujas notas foi tomada a escritura antenupcial, quando o regime não for o da comunhão *ou o legal que sendo conhecido, será declarado expressamente*”. (grifos meus)

15. A esse respeito, ensina Silmara Juny de Abreu Chinellato: “Se na aquisição de bens na constância do casamento tiver havido colaboração financeira, há de ser comprovada, para que o cônjuge que se julgar prejudicado seja considerado coproprietário, assim como deve ocorrer com qualquer pessoa, estranha ao casamento. A copropriedade decorrerá do direito das obrigações e não, automaticamente, do regime de bens do casamento”. Pontua, ainda, que “a colaboração imaterial entre os cônjuges é de fundamental importância para a aquisição do patrimônio”, de modo que também deverá ser sopesada para fins de comunicação dos aquestos (*Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. vol. 18, p. 399-400).

16. O condomínio – aquisição conjunta dos bens, de forma expressa – revela-se valiosa ferramenta ao direito de família, pois *pode considerar a hipótese de contribuição não necessariamente econômica, o que dá aos cônjuges e aos companheiros oportunidade de ponderar o alcance da comunhão* (CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Direito de família, divórcio. Partilha de cotas de sociedade. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 1, out. 2014, versão virtual).

17. Conforme pontua Otavio Luiz Rodrigues Junior, a edição da súmula contextualiza-se numa *realidade de significativa assimetria econômica e de ausência de normas protetivas da mulher no direito das sucessões*, conjuntura que justifica o fato de seu teor abrir margem à comunicação de bens, *a despeito do regime declarar textualmente sua separação* (*Limites da intervenção judicial na separação de bens*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-out-10/direito-comparado-limites-intervencao-judicial-separacao-bens]. Acesso em: 23.02.2015).

18. “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”.

19. Nesse sentido, vide AgRg no REsp 1.008.684/RJ (rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 24.04.2012); REsp 1.090.722/SP (rel. Min. Massami Uyeda, j. 02.03.2010); REsp 736.627 (rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 11.04.2006); e REsp 154.896/RJ (rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 20.11.2003).

20. Além do acórdão objeto do presente estudo, também se exigiu a demonstração de esforço comum no já mencionado REsp 646.259/RS, bem como no REsp 1.403.419/MG

(rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 11.11.2014). A respeito da controvérsia em comento, vide REsp 1.171.820/PR.

21. GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 25-26.

22. Inclusive, a esse respeito, Otavio Luiz Rodrigues Junior constata intrigante paradoxo: "o direito de família, que foi anunciado como parte do direito público, tamanha a intervenção estatal em seus atos, reforça cada vez mais sua natureza privatista, com exceções bem nítidas no campo da adoção, da guarda dos filhos e da proteção às crianças e aos adolescentes" (*Limites da intervenção judicial na separação de bens*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-out-10/direito-comparado-limites-intervencao-judicial-separacao-bens]. Acesso em: 23.02.2015).

23. Nesse sentido, vide excerto do voto da Min. relatora Nancy Andrichi no REsp 821.807/PR, no qual se sustenta que, "por elementar questão de razoabilidade e justiça, o desaparecimento da causa suspensiva durante o casamento e a ausência de qualquer prejuízo ao cônjuge, ou a terceiro, permite a alteração do regime de bens, antes obrigatório, para o eleito pelo casal, notadamente porque cessada a causa que exigia regime específico" (j. 19.10.2006).

24. VILLELA, João Baptista. Liberdade e família. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, vol. 3, n. 2, Belo Horizonte, p. 35.

25. Segundo Maria Berenice Dias, "é indispensável não só a realização de perícia, mas também é obrigatória audiência de interrogatório pelo magistrado. Raros processos são revestidos de tantos requisitos formais, sendo imperiosa a publicação da sentença na imprensa por três vezes. Tal rigorismo denota o extremo cuidado quando se trata da capacidade da pessoa" (ob. cit.).

26. TJSP, ApCiv 007.512-4/2-00, rel. Cezar Peluso, j. 18.08.1998.

27. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e a teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.311.