

ARION SAYÃO ROMITA *

The difficult lies, not in the new ideas, but in escaping from the old ones, which ramify, for those brought up as most of us have been, into every corner of our minds. A dificuldade reside não em aceitar as novas idéias, mas em livrar-nos das antigas, que se ramificam, para os educados como muitos de nós fomos, por todos os cantos das nossas mentes¹.

A magistratura constitui um elemento conservador por excelência: o pretório é a última cidadela que as ideias novas expugnam².

Revogada a lei, a jurisprudência nesta baseada não se sustenta³.

1. Introdução

Quanto ao regime de bens entre os cônjuges, prevalece, em princípio, a autonomia da vontade: é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver (Código Civil de 2002, art. 1.639).

No silêncio da manifestação da vontade dos cônjuges, o Código tipifica quatro modelos: 1º – o regime da comunhão universal (arts. 1.667 a 1.671); 2º – o regime da comunhão parcial (arts. 1.658 a 1.666); 3º – o regime de participação final nos aquestos (arts. 1.672 a 1.686); 4º – o regime de separação de bens (arts. 1.687 e 1.688).

Interessa-nos apenas o regime da separação obrigatória, que, de acordo com o art. 1.641 do Código Civil, é imposto: 1º – às pessoas que contraíram o casamento com inobservância das causas suspensivas previstas pelo art. 1.523;

* Da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

1. KEYNES, John Maynard. *The general theory of employment, interest and money*. Nova York: Harcourt, Brace and Company. 1936. Prefácio, p VIII.

2. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998. p 180.

3. GLANZ, Semy. *A família mutante*. Rio de Janeiro. Renovar. 2005. p 606.

2º — à pessoa maior de sessenta anos; 3º — aos menores que se casam com autorização judicial. É certo que, nestes casos, os bens anteriores ao casamento são separados. E os aquestos (vale dizer: os adquiridos na constância do casamento): comunicam-se, ou não? Há controvérsia doutrinária, com reflexo na jurisprudência.

Para uma corrente, os aquestos se comunicam; para a outra, mantêm-se separados.

Sustenta-se, neste trabalho, que, vigente o Código Civil de 2002, no regime da separação obrigatória de bens, os adquiridos na vigência da sociedade conjugal não se comunicam. Teríamos, então, o seguinte esquema:

Regime de bens do casamento	Situação legal dos bens	
	Anteriores ao casamento	Aquestos
Comunhão universal	comunhão	comunhão
Participação final nos aquestos	separação	metade para cada cônjuge
Comunhão parcial	separação	comunhão
Separação obrigatória	separação	separação

2. O Código Civil de 1916 e a cultura da comunhão

Sob a vigência do Código Civil de 1916 formou-se a cultura da comunhão de bens. Este código escolheu o regime da comunhão universal como regime comum de bens entre cônjuges: dispôs, no art. 258, que, na falta de convenção (ou de sua nulidade), vigoraria, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão universal.

A opção do Código Civil de 1916 pelo regime da comunhão universal deve-se, no entender de CLÓVIS BEVILACQUA, a duas ordens de razão: razões de ordem histórica e razões de ordem moral⁴.

4. BEVILACQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 10ª ed. V. II. Rio de Janeiro: Liv. Francisco Alves. 1954. p 131.

Quanto às razões de ordem histórica, sem perder de vista as observações de ERNEST ROGUIN, que vê, nas origens de regime da comunhão, a influência do direito costumeiro medieval e a do cristianismo⁵, aceitemos a lição de CLÓVIS BEVILACQUA, para quem a comunhão de bens tem origem no direito germânico e se espalhou pela Europa, firmando-se em Portugal. Daí passou para o Brasil, tanto sob o aspecto do costume quanto pelo fator legal⁶.

As razões de ordem moral, ainda no escólio de CLÓVIS, "resumem-se na consideração de que, se o casamento e uma comunhão de vidas, nenhum regime corresponde melhor a essa atitude moral dos cônjuges do que o da comunhão universal, que traduz, no plano material, a projeção da mais estreita união de vida e de interesses, que do casamento resulta"⁷. O regime, porém, sofria críticas, pelo fato de que o marido assumia, só ele, a responsabilidade pela economia doméstica⁸. Realmente, como chefe da sociedade conjugal, competia-lhe a administração dos bens comuns (Código Civil de 1916, art. 233, II), o que poderia gerar prejuízos para a mulher, pois ela participava assim dos ganhos como das perdas. Acresce o fato de que, à época da promulgação do Código de 1916, a mulher casada era relativamente incapaz (art. 62, II). Soa, até certo ponto, pelo menos curiosa, aos olhos de hoje, a defesa que do regime da comunhão faz CLÓVIS, pois, em seu entender, este era o único regime em que a mulher casada deixaria de ser relativamente incapaz⁹.

Havia uma verdadeira cultura da comunhão, a ponto de, segundo o disposto no art. 259 do Código Civil de 1916, embora o regime não fosse o da comunhão de bens, prevaleceriam seus princípios, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento. Como explica CLÓVIS, "aplica-se aos adquiridos o mesmo princípio, a que estão subordinados os bens trazidos para o casal: na falta de declaração em contrário, entendem-se comuns"¹⁰. Esta cultura da comunhão forjou-se ao tempo em que o marido era o chefe da sociedade conjugal, competindo-lhe (entre outras prerrogativas) a representação legal da família (Código de 1916, art. 233, I). Esta influência se faz sentir, até, na própria conceituação do regime da comunhão parcial. Segundo o pensar de CLÓVIS, "o que realmente caracteriza este regime não é a separação dos bens dos cônjuges, que se unem sob a administração do marido, é, sim, a comunhão dos aquestos"¹¹. Realmente, neste regime (comunhão parcial), a predominância do marido se manifestava, de forma irrefragável: nos termos do art. 274 do Código, a administração dos bens do casal compete ao marido.

5. ROGUIN. Ernest. *Traité de Droit Civil compare - le regime matrimonial*. Paris: LGDJ. 1905. p 300 e segs.

6. BEVILACQUA. Clóvis. *Código Civil*. cit. p 131.

7. BEVILACQUA. Clóvis. *Op. e loc. cit.*

8. ROGUIN. Ernest. *Traité*, cit. p 232.

9. BEVILACQUA. Clóvis. *Código Civil*. cit. p 131.

10. BEVILACQUA. Clóvis. *Ob. cit.* p 134.

11. BEVILACQUA. Clóvis. *Ob. cit.* p 148.

Como diz CLÓVIS, “o marido administra as três massas de bens, que coexistem neste regime: os particulares da mulher, os comuns e os seus próprios”¹².

Estas duas noções, no antigo regime (vigência do Código de 1916), aparecem, como visto, indissolavelmente associadas: a comunhão de bens e a preponderância do marido. Mesmo no regime da comunhão parcial, consideram-se bens do casal, e, assim sujeitos à administração do marido: a) os bens comuns; b) os bens próprios do marido; c) os bens próprios da mulher. Como esclarece EDUARDO ESPÍNOLA, com apoio no art. 274, primeira parte, do Código de 1916, “todos esses bens são confiados à administração do marido”¹³. Escreve, com propriedade, ORLANDO GOMES:

O regime da comunhão universal assegurava a preponderância do marido nas relações patrimoniais entre os cônjuges, sendo tal predominância, por assim dizer, da sua própria lógica¹⁴.

A afirmação supra, feita após a reforma do direito de família introduzida pela Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (que admitiu o divórcio e consagrou o regime da comunhão parcial de bens), segue-se à assertiva de que “o regime legal em vigor harmoniza-se com a igualdade dos cônjuges”, vale dizer: antes de 1977, longe de reconhecer a igualdade dos cônjuges, o direito de família brasileiro proclamava a supremacia do marido nas relações patrimoniais entre eles, regime que era “da lógica” da comunhão universal de bens.

À sombra dessa cultura (comunhão universal + protogonismo marital), forjou-se a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal: “No regime da separação obrigatória de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento” (3 de abril de 1964). Note-se: a Súmula foi adotada na vigência do Código Civil de 1916, antes da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (conhecida como lei do divórcio), que, em substituição ao regime da comunhão universal de bens, consagrou o da comunhão parcial, como regime legal. A Súmula 377 insere-se, portanto, na cultura da comunhão universal.

A cultura, entretanto, muda, evoluciona, transforma-se.

3. A mutabilidade da cultura e, a *fortiori*, da jurisprudência

O vocábulo *cultura* é empregado em diferentes acepções pelos mais variados ramos do saber humano. Aqui, interessa-nos o conceito antropológico ou

12. BEVILACQUA. Clóvis. Ob. cit. p 153.

13. ESPÍNOLA. Eduardo. *A família no Direito Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária. 1954. p 333.

14. GOMES. Orlando. *O novo direito de família*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1984. p 17.

sociológico de cultura, para denotar todo o modo de vida de uma sociedade, fundamentado em significados e valores que tendem à conservação, mas que não escapam à necessidade de mudança, sempre que se alteram as condições existenciais subjacentes à coesão característica de todo grupo social.

Como observa WILLIAM OUTHWAITE, "o conceito de cultura está no âmago de concepção de consciência como existência consciente: a consciência diretamente ligada a um estado de coisas existentes e, também, condição para a possível transformação desse estado de coisas"¹⁵.

O predicado da mutabilidade é ínsito ao conceito de cultura, ao lado do de sistema. Ao salientar o aspecto do sistema, EMILIO WILLEMS assim se expressa: "Apesar da sua heterogeneidade, os elementos constitutivos de uma cultura articulam-se entre si, formando um sistema relativamente integrado". A mudança verificada em algum dos elementos constitutivos do sistema repercute sobre o todo, alterando-se o caráter da cultura: "Mudanças ocorridas em uma esfera cultural envolvem, geralmente, mudanças em outras esferas, provocando desequilíbrios e mesmo desintegração"¹⁶.

Ao analisarem a cultura como multiplicidade de práticas e instituições existentes, além das crenças, ideais, normas e tradições que dão um peculiar colorido e significação à vida em sociedade, os estudiosos forjaram o conceito de *mudança cultural*. Referindo-se a este conceito, FELIX M. KEESING salienta a *resistência à mudança*, em sugestivo trecho, cuja transcrição se impõe: "Entre outros problemas de interesse contemporâneo na mudança cultural estão as taxas de mudança, desorganização e reorganização, o papel dos cultos e outros movimentos dinâmicos, o papel do indivíduo na mudança, a relação entre a mudança e a estabilidade e a resistência à mudança"¹⁷. Dois aspectos chamam a atenção, no texto ora citado: 1º – a relação entre a mudança e a estabilidade; 2º – a resistência à mudança.

Todo sistema cultural tende à estabilidade, sendo evidentes os elementos conservadores que mantêm a coesão social. Entretanto, como já se demonstrou acima, ao lado do fator estático, atuam fatores dinâmicos, que determinam a mudança cultural. Esta mudança, contudo, não se faz de chofre, instantaneamente, porém resulta de transformações que se processam lentamente ao longo do tempo. A cultura, portanto, pela ótica teórica e analítica, apresenta este paradoxo: ao tempo em que tende à fixidez, com inclinação conservadora e mantenedora dos valores atuais, não pode deixar de evolver

15. OUTHWAITE. William. Verbete *cultura*, in Tom Bottomore (ed.). Dicionário do pensamento marxista. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1988. p 94.

16. WILLEMS. Emilio. Verbete *cultura*, in Dicionário de sociologia. Porto Alegre: Globo. 1961. p 88.

17. KEESING. Felix M. Verbete *mudança cultural*, in Dicionário de Ciências Sociais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 1987. p 791.

sob a pressão dos chamados movimentos dinâmicos. Do embate desses dois elementos, surge a resistência à mudança. É de razoável aceitação a ideia de que mudanças culturais provocam o desencadear de forças de sentido contrário, que se opõem às transformações. Para tanto, concorre, com imenso poder de atuação, a inércia mental.

A mudança cultural ocorre em razão das novas necessidades oriundas de novas situações¹⁸, contudo, em virtude da viscosidade típica de temas como o aqui tratado, o que ficou para trás permanece vivo na mente de muitos, que relutam em aceitar a realidade das transformações. Como disse KEYNES, na primeira epígrafe que encabeça este trabalho, mais difícil do que aceitar as novas idéias é livrar-nos das antigas¹⁹.

O Direito não escapa a esta sina. O Direito, como parte integrante da cultura da sociedade em que atua, acompanha as transformações ocorridas na sociedade e que geram mudanças culturais. As mudanças culturais refletem-se no campo da normatividade, que constitui elemento fundamental na estrutura do grupo social.

Os *mores* e os costumes predominantes no meio social influenciam a superestrutura jurídica. Esta reflete o ambiente social em cada momento histórico. Embora nem todos os fenômenos sociais sejam fenômenos jurídicos, é certo que todos os fenômenos jurídicos podem ser vistos como fenômenos sociais — ensina JEAN CARBONNIER²⁰.

O direito, longe de ser um sistema rígido, é essencialmente fluido e se transforma a todo instante, movido pela ação transformadora dos *mores* e costumes, da cultura, enfim. Observa HENRI LÉVY-BRUHL que “o costume elabora surdamente o direito novo da mesma forma que a vida latente nas espécies vegetais e animais. Ele é a força vital das instituições jurídicas e tem, portanto, uma esfera de aplicação indefinida”²¹.

Embora tendendo à conservação das soluções normativas imperantes na sociedade, o direito é empurrado, é impelido a transformações, a fim de acompanhar as mudanças operadas no ambiente cultural. Referindo-se à moral (sem dúvida, um dos elementos de maior peso específico entre os componentes da cultura), GEORGES GURVITCH afirma que, “devido à sua estrutura, ela é incomparavelmente mais dinâmica, mais revolucionária, mais flexível e mais orientada para o futuro, do qual antecipa a direção mais que o direito. Este se

18. MELLO. Luiz Gonzaga de. **Antropologia cultural**: iniciação, teoria e temas. 17ª ed. Petrópolis: Vozes. 2009. p 52.

19. Vd. nota 1, supra.

20. CARBONNIER. Jean. **Sociologie juridique**. Paris: PUF. 1978. p 174.

21. LÉVY-BRUHL. Henri. **Sociologie du droit**. 5ª ed. Coll. Que sais-je? Paris: PUF. 1976. p 41.

acha mais ligado às práticas tradicionais do que às inovações, dependendo mais das representações intelectuais, das realizações econômicas e do equilíbrio das forças do que a moral”²².

Realmente, o direito tende a se atrasar em relação à marcha da moral. Esta, adiantando-se ao direito, constitui um fator muito mais importante nas suas mutações. Sabendo-se que há estreitas relações entre a moral e o direito em geral e o direito de família em particular, compreende-se que a reforma do direito de família ocorrida no Brasil a partir do decênio 1970 obrigou a uma adequação da dogmática à mudança do espírito da normatividade.

Ocorreu na prática aquilo que EVARISTO DE MORAES FILHO, no plano teórico, prognosticara: “... limita-se o legislador a captar no fluxo social os *principia media* da conduta social, a orientação normal do comportamento coletivo, as bases desse procedimento, e as sanciona em lei”²³.

Num esforço de abstração, pode-se traçar o seguinte itinerário esquemático: cultura → direito → lei → jurisprudência. Em sociedade, a cultura plasma o direito; este inspira a edição da lei; com base nesta, forma-se a jurisprudência. Qualquer alteração num dos termos reflete-se em mudança do subsequente, e assim por diante: se muda a cultura, o direito se transforma; a transformação do direito obriga à edição de lei nova; com base nesta, forma-se nova jurisprudência.

A jurisprudência é obra da magistratura. Disse CARLOS MAXIMILIANO: “A magistratura constitui um elemento conservador por excelência: o pretório é a última cidadela que as idéias novas expugnam”, como se lê na segunda epígrafe que encabeça este trabalho²⁴.

Cumprir reagir contra esta tendência, aliás profligada por CARLOS MAXIMILIANO, para quem “os neologismos do Direito, como os da linguagem, não prevalecem logo que surgem, e o acordo *uniforme* e *constante* só se acentua depois de hesitações, alternativas e contradições” — grifos do original. E, como o próprio mestre ensina: “É obrigatório observar a lei, não o seguir determinada jurisprudência: *non exemplis sed legibus iudicandum est* — julgue-se em obediência às leis, não às decisões em casos semelhantes”²⁵.

A recomendação aumenta de vulto quando, em vez de se invocar exemplo jurisprudencial coevo da decisão a ser proferida, cita-se jurisprudência

22. GURVITCH. Georges. *Sociologia jurídica*. Trad. de Djacir Menezes. Rio de Janeiro. Liv. Kosmos. 1946. p 342.

23. MORAES FILHO. Evaristo de. *O problema de uma sociologia do direito*. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 1950. p 230.

24. MAXIMILIANO. Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Cit. p 180.

25. MAXIMILIANO. Carlos. *Ob. cit.* p 185.

vencida, superada, formada ao tempo de lei já revogada. É o que ensina SEMY GLANZ: “Revogada a lei, a jurisprudência nesta baseada não se sustenta”, em lição adotada como terceira epígrafe deste estudo²⁶.

A cultura da comunhão (acoplada à da supremacia do marido nas relações entre cônjuges), reverenciada pelo Código Civil de 1916, está ultrapassada, superada. Ela cede diante do princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges, consagrado pela Constituição da República (art. 226, § 5º). A Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, também forjada a sombra daquela ideologia já obsoleta, não tem mais razão de existir, e melhor seria que fosse cancelada. Não se trata, como erroneamente supõem alguns, de *revogação* da súmula. Súmula não é lei: lei pode ser revogada, mas súmula não se revoga. Ela se torna superada, ultrapassada, suplantada pela promulgação de lei que a contradiga; portanto, quando ela vem a ser desmentida por direito novo, este prevalece, sem embargo da súmula antiga, já agora sem serventia.

4. O Código Civil de 2002 e a superação da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal

Em três etapas pode ser dividida a evolução da disciplina legal do regime de separação obrigatória de bens no direito brasileiro contemporâneo: 1ª — a do Código Civil de 1916; 2ª — a da lei nº 6.515; 3ª — a do Código Civil de 2002.

Segundo o disposto no art. 258 do Código Civil de 1916, o regime legal de bens entre os cônjuges era o da comunhão universal. Como regime alternativo, imposto a certas categorias de pessoas (entre as quais o maior de sessenta e a maior de cinquenta anos), o regime era o da separação de bens. Por tal motivo, o regime era denominado regime da separação obrigatória. Este dispositivo não distinguia entre os bens que os cônjuges detinham antes do casamento e aqueles adquiridos na constância do matrimônio (aquestos). Para eliminar possíveis dúvidas a respeito da separação ou comunhão dos aquestos, o art. 259 esclareceu: “Embora o regime não seja o de comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento”. O preceituado por este dispositivo guardava perfeita consonância com o que estabelecia o regime da comunhão universal: nas hipóteses em que a separação de bens era obrigatória, prevaleceria a comunhão de aquestos, porquanto a separação alcançaria apenas os bens que os cônjuges traziam para o casal (portanto, bens que cada qual adquirira antes do casamento).

Dirimindo a controvérsia jurisprudencial instaurada a pro-pósito do tema, a Súmula 377 da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou: “No

26. Vd. nota 3, supra.

regime da separação obrigatória de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento” (3 de abril de 1964). Também aqui ficou mantida, por coerência, a fidelidade ao regime da comunhão universal. Se o regime legal era o da comunhão, entendia-se que a separação se aplicaria unicamente aos bens anteriores ao casamento: os adquiridos posteriormente, a título oneroso ou gratuito, cairiam sob o regime legal (ou seja, o da comunhão).

A segunda fase, iniciada com a promulgação da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, apenas desviou o foco do regime legal de bens, que de comunhão universal passou a ser de comunhão parcial, vale dizer, separação dos bens anteriores e comunhão dos aquestos. Não se dedicou especificamente a regular o regime da separação obrigatória, mas não deixa de apresentar alta relevância para o estudo da matéria, porquanto sinaliza no sentido da mudança cultural, a esta altura sensível na sociedade brasileira: o regime da comunhão universal já se mostrava anacrônico, sendo mais consentâneo com a realidade social o regime da separação.

A promulgação do Código Civil de 2002 inaugura a terceira fase: ao lado do regime legal, que é o da comunhão parcial (art. 1.640), é regulado o regime da separação de bens, tornado obrigatório para as pessoas relacionadas nos três incisos do art. 1.641 (entre as quais a pessoa maior de sessenta anos). Este regime é denominado “regime da separação absoluta” pelo próprio código que no art. 1.647, proíbe aos cônjuges a prática de determinados atos, permitindo-a, porém, por exceção, quando o regime for o da separação obrigatória. O que se deva entender por “separação absoluta”, o Código Civil não dilucida, mas parece meridianamente claro que ela abrange tanto os bens anteriores ao casamento quanto os adquiridos na constância deste.

O que, todavia, a uns parece claro, a outros não parece, de sorte que persiste a dúvida: no regime da separação obrigatória de bens, os aquestos se comunicam ou não?

Há decisão judicial que prestigia a tese da comunhão:

“Não obstante a previsão do artigo 1.641, II, do Código Civil, que prevê a obrigatoriedade do regime da separação de bens para as pessoas maiores de 60 anos, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula persuasiva 377, que determina a comunicação dos aquestos (bens adquiridos onerosamente na constância do matrimônio) nos casamentos realizados sob o regime da separação legal”²⁷.

Note-se o anacronismo perpetrado pelo acórdão acima citado: a Súmula 377 do STF foi editada em 1964, na vigência do Código Civil de 1916, e nada

27. Proc. nº 2009.014.00614, Conselho da Magistratura do TJ do Estado do Rio de Janeiro. Rel. Des. Ismenio Pereira de Castro. Jul. em 2.12.2009. publ. DJ de 18.12.2009.

tem que ver com o art. 1.641 do Código Civil de 2002 (expressamente mencionado pelo aresto).

Lavra divergência, na doutrina, a respeito do tema: SEMY GLANZ informa que ANTÔNIO ELIAS DE QUEIROGA, CÉSAR FIÚZA e CARLOS ROBERTO GONÇALVES entendem que deva ser aplicada a Súmula 377, mas não pensa assim ROLF MADALENO²⁸; JOSÉ FERNANDO SIMÃO diz que, para FRANCISCO JOSÉ CAHALI, MÁRIO LUIZ DELGADO, JONES FIGUEIREDO, INÁCIO DE CARVALHO NETO e EUCLIDES DE OLIVEIRA, a súmula está superada e não é mais aplicável à separação obrigatória, enquanto, em sentido contrário, opinam SILVIO DE SALVO VENOSA, ROLF MADALENO e FLÁVIO TARTUCE²⁹.

Os mesmos autores, que fornecem as indicações supra, emitem seu parecer, ambos pela separação dos aquestos. Assim é que SEMY GLANZ disserta:

Cabe lembrar que a Súmula foi editada em 1964, quando vigorava ainda o regime legal da comunhão universal de bens. A lei tendia para que se adotasse esse regime e, como, por exceção, impunha a alguns o regime da separação legal, abrandava tal restrição com o art. 259, que admitia a comunhão dos adquiridos. No entanto, esta regra do art. 259 não foi mantida e a Súmula era nela fundada. Revogada a lei, a jurisprudência nesta baseada não se sustenta³⁰.

Segundo JOSÉ FERNANDO SIMÃO:

A contestação que se faz é a seguinte: tanto o regime da separação convencional sem exclusão expressa dos aquestos quanto o regime da separação obrigatória não eram regimes de separação absoluta de bens, pois em ambos havia quer por lei (CC/16, art. 259) quer por força da jurisprudência (Súmula 377 do STF) comunhão dos bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento.

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

Assim, a primeira conclusão a que se chega é que, após a vigência do Código Civil de 2002, a separação de bens é realmente absoluta, não havendo a comunhão dos aquestos³¹.

28. GLANZ. Semy. *A família mutante*. Cit. p 605.

29. SIMÃO. José Fernando. *O Regime da separação absoluta de bens (CC, art. 1647): separação convencional ou obrigatória?* Disponível em: http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_regime_separacao.html. Acesso em: 15/07/2010.

30. GLANZ. Semy. *A família mutante*. Cit. p 605-606.

31. SIMÃO. José Fernando. Ob. cit. in nota 29, supra.

5. A incomunicabilidade dos aquestos no regime da separação obrigatória de bens

Quando se trata de separação obrigatória (separação absoluta), não se dá a comunhão de aquestos. Os patrimônios do cônjuge varão e da mulher são separados: trata-se de dois patrimônios, que não são acrescidos pela aquisição, após o casamento, de qualquer bem a título oneroso.

Esta é a razão pela qual o regime da separação obrigatória é instituído pelo Código Civil nas hipóteses reguladas em seu art. 1.641. A não ser assim (ou seja, se se admitir a comunhão dos aquestos), resultaria inútil a regulação em textos próprios do regime da separação obrigatória. Se o regime da separação obrigatória não for o da separação total (o que abrange os aquestos), a lei conteria palavras inúteis, o que hostiliza as mais mezinhas noções de hermenêutica jurídica.

Repita-se: o regime da separação obrigatória previsto pelo Código Civil em seu art. 1.641 repele a comunhão dos bens adquiridos na constância do casamento. Por isso, a separação é **total**, estendendo-se a proibição de comunicação também aos aquestos.

No quadro esquemático apresentado no item 1, *supra*, estão expostas as soluções legislativas adotadas para a regulação do regime de bens do casamento. No regime da comunhão parcial, é prevista a separação para os bens anteriores ao casamento e a comunhão para os aquestos. Já no regime da separação obrigatória, mantida a separação para os bens anteriores ao casamento, impõe-se também a separação para os aquestos. Se, como pretendem os autores que defendem a subsistência da Súmula 377, fosse adotada a comunhão para os aquestos, não haveria diferença entre os dois regimes: tanto no da comunhão parcial como no da separação obrigatória, haveria separação apenas para os anteriores, enquanto seria imposta a comunhão para os aquestos. De que valeria, então, a regulação distinta entre um regime e outro? Se a lei não contém palavras inúteis, se a lei regula em dispositivos específicos o regime da comunhão parcial e o da separação obrigatória, como se pode admitir igual tratamento jurisprudencial para os dois regimes?

Em escólio ao art. 1.641 do Código Civil, assim se pronuncia FABRÍCIO ZAMPROGNA MATIELLO:

No regime de separação obrigatória não se comunicam os aquestos, que são os adquiridos a qualquer título pelos cônjuges ao longo da vigência da sociedade conjugal. Destarte, tanto os bens de titularidade de cada indivíduo ao tempo do casamento como os que por eles forem adquiridos enquanto consorciados, a título oneroso (*v. g.*, compra e venda) ou gratuito (*v. g.*, doação e direito sucessório), não se

comunicarão, permanecendo exclusivamente no patrimônio de respectivo titular³²

E adiante, ao comentar o art. 1.687, o mesmo festejado autor preleciona:

O regime da separação de bens pressupõe a existência de dois patrimônios totalmente distintos, pertencendo um deles ao marido e outro a mulher. Tanto os bens que cada cônjuge possuía ao casar, como aqueles que lhe sobrevierem ao longo da constância da sociedade conjugal entrarão na composição dos acervos particulares; o mesmo ocorre com os frutos e rendimentos produzidos. A incomunicabilidade de todos os bens e direitos, portanto, é a tônica do regime em análise. Apesar de respeitáveis opiniões em contrário, a separação de bens serve para unir o casal em torno de propósitos exclusivamente afetivos, prestando-se para o afastamento de aventureiros que ocasionalmente pretendam tirar vantagens através do casamento sob o regime da comunhão. Ilidida a finalidade econômica, é bastante provável que a união seja marcada apenas pelo interesse pessoal que um cônjuge desperta no outro. É bem verdade que a realidade do quadro econômico pode ditar a conveniência de regime diverso: todavia, em se tratando de pessoas financeiramente resolvidas, ou que busquem uma vinculação destituída de laços prioritariamente materiais, o regime da separação de bens é solução moderna, eficiente, prática e de inegável conotação moral³³.

Aí está: acolhida, em sua inteireza, a lição doutrinária acima transcrita, a conclusão só pode ser uma: o regime da separação obrigatória exclui a comunicação dos aquestos

O Código Civil de 2002 não contém dispositivo algum que autorize a ilação de que se comunicam os bens adquiridos na constância do casamento. Se o regime legal mudou (já não é mais o da comunhão, previsto Código de 1916), mas, sim a da separação (consagrado pela vigente codificação), injurídica, *data venia*, é a afirmação de que, no regime da separação obrigatória, os bens adquiridos na constância do casamento se comunicam.

Pelo contrário: enquanto o Código de 1916 dispunha que, embora o regime não fosse o da comunhão de bens, prevalecerão os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento (art. 259), o vigente Código Civil não contém disposição equivalente a esta, o que significa que devem prevalecer os princípios da separação total (que abrange tanto os bens adquiridos antes quanto os havidos na vigência da sociedade conjugal.

32. MATIELLO. Fabrício Zamprogna. *Código Civil comentado*, 2ª ed. São Paulo: 2005. p 1.071.

33. MATIELLO. Fabrício Zamprogna. *Código Civil comentado*. Cit p 1.102.

No tocante ao casamento das pessoas ali relacionadas, o Código de 1916 apenas considerava "obrigatório" o regime da separação (art. 258, parágrafo único). Atualmente, porém, o Código Civil emprega a expressão "separação absoluta" (art. 1.647), o que induz a certeza de que, sendo a separação obrigatória por lei, os bens adquiridos na constância do casamento não se comunicam.

Vale repisar que a Súmula 377 foi aprovada em 1964, sob a vigência do Código Civil de 1916, que impunha, como regime legal, o da comunhão de bens. Mudou o regime legal: agora, ele não é o da comunhão, e sim o da separação. Portanto, a Súmula está ultrapassada e, na vigência do Código de 2002, não faz sentido invocá-la. Mudou a lei, muda também a jurisprudência. Não é possível pensar a realidade jurídica de 2002 com a cabeça de 1916! Se o mundo se transforma, o direito também deve transformar-se, a fim de se evitar a famosa "revolta dos fatos contra os códigos".

2. Julgamento de casos repetitivos. Como instituição atualmente extinta está previsto no Anteprojeto do Código de Processo Civil

A Lei 11.672/2008, alterando a última "pauca" de alterações posturas do Código de Processo Civil, estabeleceu o procedimento para o julgamento dos chamados "recursos repetitivos" na âmbito da Superior Tribunal de Justiça.

Segundo dispõe o artigo 541-C do CPC, incluído pela mencionada Lei, o procedimento é aplicável quando se verificar multiplicidade de recursos com fundamento no idêntico ou em analogia.

Esta técnica de julgamento se aplica, para o rito na redação do anteprojeto do novo CPC, aplicando-se ao âmbito do julgamento dos recursos repetitivos que, portanto, não sofre alteração relevante no que diz respeito ao conteúdo de que consta no CPC atual desde a vigência da Lei 11.672/2008. A novidade é que incidirá igualmente sobre os recursos extraordinários (art. 535/358 do anteprojeto) e terá o efeito de paralisar também os processos em andamento nos tribunais (art. 541, § 2º do anteprojeto), além de algumas particularidades que são adiante comentadas.

Segundo dispõe o artigo 541-C, exclusivamente em vista, caso em procedimento de rito que se verifique a existência de recursos com fundamento no idêntico ou em analogia, o Superior Tribunal de Justiça - e, em âmbito de recurso extraordinário, providências para que o julgamento de todos estes recursos seja realizado em uma única sessão.

Nota: a alteração da Lei 11.672/2008, alterando a última "pauca" de alterações posturas do Código de Processo Civil, estabeleceu o procedimento para o julgamento dos chamados "recursos repetitivos" na âmbito da Superior Tribunal de Justiça.