
OS ANSEIOS CONTEMPORÂNEOS ACERCA DO REGIME DE BENS

THE CONTEMPORARY DESIRES ABOUT THE MARITAL PROPERTY SYSTEM

GUILHERME ABREU LIMA DE OLIVEIRA¹

TAMER FAKHOURY FILHO²

RESUMO: O presente trabalho tem como foco a análise da separação de bens como o regime oficial supletivo mais adequado e compatível com as famílias contemporâneas. Para tanto, fez-se, prima facie, uma abordagem histórica acerca das famílias, apontando aspectos sociais e normativos. Constatou-se que, no passado, o silêncio das partes quanto à questão patrimonial conduzia a aplicação automatizada da comunhão universal de bens, sendo este o regime instituído por expressa previsão legal. Atualmente, o silêncio das partes enseja a aplicação do regime de comunhão parcial de bens. Estabelecidas as premissas fundamentais, o trabalho começa a questionar a inadequação do regime oficial ao contexto social, além de sua incompatibilidade com a família coetânea, caracterizada por ser extremamente mutável e suscetível ao intervencionismo estatal. O raciocínio remete ao comando automático da separação de bens como o mais adequado à família contemporânea, e impõe proposta para que se altere a legislação vigente, buscando a modificação do ordenamento jurídico para adequá-lo e compatibilizá-lo à realidade. Com o desenrolar do trabalho algumas indagações se fizeram inerentes: seria realmente o regime de separação de bens o mais adequado ao mundo moderno? Poderia de fato o regime da separação de bens substituir o atual regime oficial? Haveria outro meio mais pertinente a adequar o regime de bens ao contexto atual? Bem, em que pese estas questões se verem respondidas no bojo deste trabalho, a adequação do regime oficial de bens aos novos agrupamentos familiares é um tema instigante e, assim como o universo jurídico, está em perpétua evolução, razão pela qual, de indubitável importância seu estudo crítico e continuado.

Palavras-chave: Direito de Família. Anseios. Regime de Bens. Crítica. Famílias contemporâneas.

ABSTRACT: The present work is focused on the analysis of separate marital property regime as an official law regime most adequate and compatible with the contemporary families. To achieve this scope, we took prima facie into deep consideration about families and their historical developments, to analyse the marital property system in the past, and about now a days. In the past, the silence of the parties about patrimony automatically generated the community marital property system, the legal system of law. Currently, the silence of the parties entails the application of partial marital property system. Once these fundamentals are established, the work begins to question the inadequacy of the legal system of law to the social, and the incompatibility with the contemporary family, characterized by being extremely changeable and susceptible to state interventionism. Thought refers to automatic control of separation of property as the most appropriate to the contemporary family, requiring proposal to change the law now in force to change the law to now a days reality. During the article some questions came: It would be really the separation marital property regime best suited to the modern world? The separate marital property regime can replace the actual legal regime? Is there another way to adapt the marital property regime to current context? So, despite these situations were answered on the scope of this article, the adaptation of legal marital property regime to contemporary families are a very inciting theme and, like the universe of law, it is in perpetual evolution. Therefore of such a great importance its critical and continuous study.

Keywords: Family law. Desires. Marriage regime. Criticism. Contemporary families.

¹ Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia pela Universidade FUMEC/MG. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito Milton Campos/MG. Professor Universitário na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Advogado. E-mail: guilhermeabreu@abreuelanna.com.br

² Mestrando em Instituições Sociais, Direito e Democracia pela Universidade FUMEC/MG. Pós-graduado em Gestão Estratégica de Empresas pelo Centro Universitário Newton Paiva/MG. Graduado em Direito pela Universidade FUMEC. Graduado em Administração pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Advogado. E-mail: tamer.fak@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A separação de bens como o regime oficial supletivo mais adequado e compatível com as famílias contemporâneas, em consonância com o vigente Direito Civil Constitucional, é tema que merece atenção.

No passado, o silêncio das partes quanto à questão patrimonial conduzia a aplicação automatizada da comunhão universal de bens, sendo este o regime instituído por expressa previsão legal, nos termos do artigo 258 do Código Civil de 1916.

Atualmente, o silêncio das partes enseja a aplicação do regime de comunhão parcial de bens, no qual apenas os bens adquiridos na constância do casamento são considerados comuns, sendo, portanto, objeto de partilha. Logo, como dito, em não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará quanto aos bens entre cônjuges o regime da comunhão parcial; é o que dispõe o artigo 1.640 do Código Civil de 2002.

Haverá comunicabilidade apenas dos bens que sobrevierem ao casal na constância do casamento, respeitadas as exceções dispostas em lei. Isto representa que, excluem-se os bens advindos de doação, sucessão ou os sub-rogados, sendo estes caracterizados como bens particulares, e não comunicáveis. Também significa ser lícito aos nubentes, antes de celebrado o contrato de casamento, estipular quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

O atual regime supletivo atinge muitos negócios jurídicos e obrigacionais que, em razão disso, deixam de ser celebrados ou são indevidamente realizados por estarem adstritos ao intervencionismo estatal no patrimônio familiar. Num país de dimensões continentais, particularidades regionais e realidades distintas, quanto menor a intervenção estatal na vida do cidadão e das famílias, maior será a harmonia de suas relações.

Não se crê que o regime de comunhão parcial de bens seja o mais adequado ao mundo moderno, e neste sentido insta apresentar proposta para a alteração do regime legal supletivo vigente, vez que, entende-se que a alteração do regime legal de comunhão parcial de bens para separação total de bens não desampara ou desprotege os cônjuges, companheiros ou conviventes, e sim, os estimula a elaborar planejamento familiar e sucessório prévios, educando esses personagens, moldando a sociedade.

Outra consequência positiva da alteração proposta diz respeito à desnecessidade de outorga uxória ou marital por parte dos integrantes da família, uma vez que estes manterão sua autonomia e liberdade para realizarem seus negócios, havendo outros institutos já dispostos em lei para que se protejam direitos de terceiros. Nesse mesmo sentido, há mecanismos de proteção daquele familiar que sofre as consequências de eventuais atos praticados em desconformidade com a proteção à família e seus integrantes.

Para fundamentar a proposta que nos ocupa a atenção, se faz essencial abordar a evolução histórica da família e do regime de bens, para na sequência demonstrar que o regime de bens oficial é inadequado e incompatível com as famílias da atualidade, e então, sustentar a separação de bens como o regime oficial mais adequado e compatível com a família contemporânea.

2. FAMÍLIA E REGIME DE BENS: APONTAMENTOS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

2.1 Apontamentos iniciais quanto à família e suas questões patrimoniais

Definir o quem vem a ser família é tarefa árdua, uma vez que não há unicidade quanto ao seu significado. Com o passar do tempo, o conceito de família foi reinventado, levando-se em consideração os movimentos de uma sociedade dinâmica, objeto de mutações constantes.

A instituição família, numa concepção moderna e atual, consiste na pluralidade de formas de sua constituição e reconhecimento. O conceito de família, expresso na Constituição da República, está atrelado aos direitos e garantias fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo, pois, inconcebível a distinção entre modelos familiares, não havendo como restringi-las a formas predefinidas. (TJMG, Apelação Cível nº 1.0145.07.411192-6/001, Rel^{ia} Des^a. Evangelina Castilho Duarte, 14^a Câmara Cível, public. 09/03/2010).

O Direito de Família contempla vários tipos de agrupamentos entre pessoas, que por sua vez recebiam a devida tutela jurídica canalizada pelo Estado. Embasada em vínculos jurídicos e afetivos, a família se traduz numa das mais importantes instituições de toda a humanidade. O afeto decorre da valorização constante da dignidade humana e da solidariedade. (LÔBO, 2008, p. 47).

Fato é que o princípio da afetividade acima mencionado traduz a maior das características inerentes à natureza das famílias contemporâneas, constituindo-se em sua essência. Todavia, também merecem atenção questões de ordem patrimonial, especificamente as relacionadas ao regime de bens. Dito isto, imperioso explicitar o contexto histórico social e normativo inerente à família e ao seu patrimônio.

2.2 Histórico social

O matrimônio, união entre duas pessoas, constituído pelo casamento entre homem e mulher, era a forma tradicional de se estabelecer uma família legítima. Tempos atrás, nessa relação, a mulher era vítima de preconceito, além de constantemente preterida no mercado de trabalho. Seu papel se limitava ao contexto familiar e aos cuidados com a economia do lar, colaborando diretamente com a criação dos filhos e permitindo ao seu homem que trabalhasse para provê-los.

Desta feita, a mulher não detinha os meios necessários ou as oportunidades para construir patrimônio enquanto casada, uma vez que irremediavelmente cumpria função delimitada e restrita ao ceio familiar.

Todavia, a contribuição da mulher nesse contexto era de suma importância para a manutenção e prosperidade da entidade familiar, e

sabedor disso, o legislador, a fim de protegê-la, primou pelo regime da comunhão universal de bens, elegendo-o como o aplicável no silêncio das partes, garantindo-se direitos àquela que se dedicava a causa tão nobre quando constituído o matrimônio.

Com o passar do tempo, a mulher despontou no cenário econômico, demonstrando toda sua capacidade laboral e, por consequência, passando a auferir maior renda e patrimônio, equilibrando e equacionando assim a relação homem e mulher no plano familiar.

Em consonância com esse movimento, o conjunto normativo inerente ao Direito de Família caminhou no sentido de promover as alterações irrefutáveis de modo a atender a nova sistemática. O silêncio das partes ao contrair matrimônio agora ensejava na aplicação da comunhão parcial de bens. A evolução traduzia o caráter de igualdade entre os casados, que agora se submetiam, caso não dispusessem ao contrário, ao regime que primava pelo patrimônio comum, ou seja, constituído após o casamento e com esforço de ambos.

O Estado democrático de Direito chancelado pela Constituição da República de 1988, exprimia a igualdade mencionada, assim como promovia o respeito a outros direitos fundamentais inarredáveis. Desse modo, persistiu-se a metamorfose social, o que ensejou no surgimento de novas hipóteses de formação de agrupamentos familiares, refletindo a necessidade de adaptar novamente a legislação.

O Direito de Família não mais dispunha de suas características retrogradadas, sendo agora tratado como Direito das Famílias³, devido ao reconhecimento de novas estruturas de família geradas pela sociedade.

2.3 Histórico normativo

Apontados os breves traços históricos sociais quanto à família, imprescindível indicar as modificações normativas introduzidas ao longo desse período, além de destacar a nova ordem constitucional instaurada em 1988, partindo-se da regulamentação inerente ao casamento, forma tradicional de constituição da família.

Dito isto, restringe-se o sucinto esboço a apresentar o conjunto normativo construído e disposto nos séculos XX e XXI vigente no Brasil, a fim de contextualizar de forma singela a sistemática inerente ao tema. De início, aponta-se para o Código Civil de 1916, que se caracterizou pelo fato de atender mais aos anseios individuais do que aos coletivos. O patriarcalismo imperava nas relações familiares em detrimento dos demais membros da família, outrora bastante clássica.

Ao contrair o matrimônio, o silêncio das partes quanto à questão patrimonial conduzia a aplicação automatizada da comunhão universal de bens, sendo este o regime instituído por expressa previsão legal à época, nos termos dos arts. 258 e 259 do mencionado texto.

Desse modo, comunicava-se todo o patrimônio pretérito e futuro dos cônjuges, assim como suas dívidas, refletindo-se em uma unidade patrimonial familiar. Não se pode olvidar que naquele tempo, grande parte da sociedade se submeteu ao mencionado comando normativo, vez que aplicável automaticamente na ausência de manifestação distinta dos nubentes.

A imposição legal implicava em uma feroz e contundente intervenção estatal, uma vez que o casamento criava laços não só de ordem conjugal/afetiva, mas também, de cunho patrimonial, cujos reflexos seriam percebidos ao longo da vida e por definitivo. Isto, pois na época em comento, imperava o princípio da irrevogabilidade ou imutabilidade do regime de bens, impedindo-se que os cônjuges, depois de celebrado o casamento, respeitados os requisitos legais impostos, promovessem sua alteração sob o argumento de proteger o interesse dos próprios contraentes, assim como os de terceiros. A escolha do regime de bens era imutável e irrevogável, não tendo valor qualquer cláusula, mesmo no pacto antenupcial, que visasse alterá-lo, subordinando-o a condição ou a termo. (PEREIRA, 2015, p. 120).

Ademais, o patriarcalismo e a postura submissa da mulher predominavam na relação familiar. Todavia, a hegemonia masculina foi rompida parcialmente no ano de 1962, em razão da edição da Lei n. 6.121. O denominado Estatuto da Mulher Casada permitiu que a mulher desenvolvesse suas capacidades a fim de colaborar na administração da sociedade conjugal.

Não dispondo as partes em contrário e por meio de pacto antenupcial, dispensou-se a autorização marital para o trabalho da esposa e instituiu-se os bens reservados da mulher, que consistiriam pelo fruto do seu trabalho, não sendo incluídos nas dívidas pelas quais o marido respondesse, salvo as que em benefício da família. O pacto antenupcial constitui um contrato formal e solene pelo qual as partes regulamentam as questões patrimoniais relativas ao casamento. (RODRIGUES, 2006, p. 137).

Com o advento da denominada Lei do Divórcio (Lei n. 6.515 de 1977), a separação e o divórcio foram regulamentados, além de outros temas que aqui não serão esmiuçados. Tratava-se de um diploma que dispunha de normas de cunho material e processual, estabelecendo os comandos para que se pusesse fim à sociedade conjugal, assim como a ruptura do vínculo conjugal. Entretanto, o que se destaca com a referida produção é mais uma modificação promovida no Código Civil, cuja redação quanto ao regime de bens passou a dispor que não havendo convenção, ou sendo esta nula, vigoraria, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

Dessa forma, o regime oficial de bens selecionado pelo legislador no art. 258 foi alterado pelo art. 50 da Lei do Divórcio, passando a vigorar o regime da comunhão parcial de bens. Neste regime, apenas os bens adquiridos na constância do casamento são considerados comuns, e, portanto são objeto de partilha, excluindo-se assim os bens advindos de doação, sucessão ou os sub-rogados em seu lugar, sendo estes caracterizados como bens particulares e não comunicáveis.

O regime da comunhão parcial é o regime legal ou supletório, que valerá e terá eficácia para o casamento se silentes os cônjuges ou se nulo ou mesmo ineficaz o pacto antenupcial, conforme aduz o artigo 1.640 do Código Civil. (TARTUCE, 2015, p. 159).

Destaca-se também que até então, o ordenamento jurídico pátrio não tutelava, a contento, as relações extrapatrimoniais, as relações extrapatrimoniais decorrentes de adultério ou união de fato entre pessoas não casadas, sendo essa prática rejeitada pela sociedade, pelo legislador e até mesmo pelo Poder Judiciário. Do mesmo modo, outros agrupamentos entre pessoas não eram objeto de tutela.

³ No que se refere ao termo direito das famílias, Maria Berenice Dias destaca: [...] a expressão direito das famílias melhor atende à necessidade de enlaçar, no seu âmbito de proteção, as famílias, todas elas, sem discriminação, sem preconceitos. (DIAS, 2011, p.28).

Ocorre que, posteriormente, após a promulgação da Constituição da República de 1988 novos parâmetros foram traçados em relação ao Direito das Famílias, consagrando inúmeros preceitos de ordem fundamental às demandas sociais e a realidade do seu tempo, nos moldes estabelecidos pelo disposto no texto constitucional, art. 226 e parágrafos. O patriarcalismo não mais constituía a base da família, que teve reconhecida sua natureza plural, assim como a igualdade de seus membros, em todos os contextos e cenários a que estão submetidos.

Em aparente consonância com o diploma constitucional e suas premissas, em 2002 editou-se o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002)⁴, passando a vigorar em 2003, trazendo uma releitura de institutos, a fim de dar proteção ao ser humano de modo abrangente, defendendo a dignidade e primando por direitos num âmbito familiar cada vez mais complexo e dinâmico.

O regime da comunhão parcial de bens foi mantido como o regime aplicável no silêncio dos nubentes. Esse mesmo regime agora se aplicaria também às uniões de fato, denominadas uniões estáveis⁵, reconhecidas como entidades familiares. Desse modo, passou-se a tutelar interesses que anteriormente encontravam-se à margem do alcance do ordenamento jurídico.

A alteração do regime de bens também passou a ser possível mediante autorização judicial e pedido motivado de ambos os cônjuges, resguardados direitos de terceiros.⁶ Nesse viés histórico, menciona-se que súmulas e enunciados foram editados pelos órgãos do Judiciário, assim como novos diplomas legais e emendas à Constituição pelo legislador, a fim de preencher lacunas e elucidar algumas das questões não abrangidas ou devidamente atendidas pelo ordenamento vigente.

Insta citar que, com o intuito de promover “maior” adequação entre a norma e seus destinatários, encontra-se em construção o denominado Estatuto das Famílias, PL n. 6.583/13. Entretanto, o referido projeto de lei é bastante controverso, uma vez que traz evoluções no plano das famílias, mas também apresenta-se antiquado no que diz respeito a algumas de suas previsões. De todo modo, não se tem o propósito de esmiuçar esse tema, mas apenas destaca-lo, de modo a evidenciar a existência de propostas voltadas para o fim específico desse debate.

3. O REGIME DE BENS OFICIAL E SUA INADEQUAÇÃO E INCOMPATIBILIDADE COM AS FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS

É lícito aos nubentes, antes de celebrado o negócio jurídico, estipular quanto aos seus bens o que lhes aprouver. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará quanto aos bens entre cônjuges o regime da comunhão parcial. Neste regime, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dispostas em lei.

Também se aplica o regime supramencionado às uniões estáveis, conforme se verifica pelo disposto no art. 1.724 do Código Civil, que o elege, no que couber, às relações patrimoniais entre os companheiros, salvo nos casos em que estes estabeleçam de modo diferente.

O casamento e a união estável, previstos no texto constitucional e devidamente reconhecidos como família, efetivam-se por meio de relações entre homossexuais e heterossexuais. Dito isto, não se pode negar que nos últimos anos houveram inúmeros avanços no plano da tutela da família, promovidos principalmente pela nova ordem constitucional e, por que não, pela nova legislação civil.

Todavia, a aparente consonância do arcabouço normativo para com a latente demanda social não reflete as discrepâncias entre o regime vigente e as expectativas, necessidades e realidades de seus tutelados. Com o passar do tempo, a sociedade evolui, se modifica, sofre transformações. Neste passo, exige-se que o conjunto normativo instituído em um Estado democrático de Direito acompanhe esse movimento, a fim de regular as relações sociais oriundas desse fenômeno.

Infelizmente, o Estado não fomenta os integrantes das famílias contemporâneas a realizarem um planejamento antes de estabelecerem seus vínculos. A falta de informação e conhecimento prévios faz com que muitos acabem ingressando numa relação cujos efeitos patrimoniais certamente serão ditados à margem da vontade dos indivíduos, uma vez que o silêncio destes impera quando se trata de debater as questões patrimoniais da família, gerando incompatibilidades e inadequações.

No âmbito do Direito da Família e Sucessório, não há incentivo para que se faça um planejamento, utilizando-se de institutos vetores de pacificação, como o pacto antenupcial, o contrato de convivência, o testamento, dentre outros. Se as ferramentas acima fossem utilizadas com critério, discernimento e orientação profissional, as famílias contemporâneas não estariam envolvidas em tantos debates, litígios e desgastes relacionados ao seu plano econômico.

A falta de informação, a ausência de conhecimento prévio de seus direitos e deveres, a falta de estruturação e a dinâmica das constituições e desconstituições das famílias exige que os personagens desse movimento não sejam submetidos por força de lei a um regime patrimonial, mas sim, que se preserve seu *status quo ante*, ou seja, mantendo-se as partes e seu patrimônio isentos de interferências e repercussões em razão do casamento ou da união de fato, sendo essa sistemática a mais adequada ao contexto.

Ademais, essa mesma ignorância impede que seja eleito regime distinto do automático, que impera em nossa sociedade como o de maior aplicação prática, ensejando em inúmeras demandas em razão disso. Constata-se que o Estado tem o dever de proteger a base da sociedade, ou seja, a família. No entanto, ao eleger o regime supletivo às partes, desprovidas do conhecimento necessário para discernirem

4 O Projeto do Código Civil foi aprovado pela Câmara dos Deputados em 1984, após longos debates de 1.063 emendas. Depois, fora enviado ao Senado Federal, que ali permaneceu até Novembro de 1.997, quando fora aprovado com outras 332 emendas. Foi publicado no Diário Oficial da União, em 11 de Janeiro de 2002, sob a nomenclatura de Lei 10.406/2002, que “institui o Código Civil”. (YOKOHAMA, 2005).

5 A união de fato, nos moldes do art. 1.723 do Código Civil de 2002, é reconhecida como entidade familiar, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Aplica-se atualmente às relações fáticas heteroafetivas e homoafetivas.

6 § 2º do art 1.639 do Código Civil: É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

sobre as questões patrimoniais na constituição de suas famílias, impõe-se um ônus ao cidadão, que sofre as consequências nefastas desse ato invasivo.

Verifica-se que ao estabelecer o instituto do casamento no art. 1.511 do Código Civil, que o institui como a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, o mesmo diploma traz a proibição de qualquer pessoa, seja de direito público ou de privado, de intervir na comunhão de vida instituída pela família.

Porém, não é o que ocorre na prática. O Estado, ao eleger a comunhão parcial de bens àqueles que se silenciam quanto ao regime no momento em que se casam, interfere e atinge frontalmente os direitos dos envolvidos, em flagrante incompatibilidade com a própria legislação citada e com o contexto social. Isto porque, em regra, grande parte dos nubentes não são devidamente orientados quanto aos desdobramentos de ordem patrimonial após o casamento, levando-os involuntariamente a aceitar e declarar o regime automático. No “silêncio” das partes não é razoável haver qualquer modificação na esfera patrimonial dos cônjuges, uma vez que, inertes, deveriam permanecer da mesma forma que ingressaram no casamento, ou seja, titulares únicos e exclusivos de seu patrimônio. O mesmo raciocínio se aplica às uniões de fato, principalmente as não reconhecidas judicialmente ou por contrato.

É dessa exagerada interferência estatal que nascem inúmeras fraudes, uma vez que, infelizmente, há pessoas que se utilizam do instituto do casamento e da união de fato para obter vantagem econômica quando do divórcio ou da dissolução e consequente partilha de bens comuns.

Nesse raciocínio encontra-se o dever do oficial do registro em esclarecer aos nubentes a respeito dos fatos que podem ocasionar a invalidade do casamento e sobre os diversos regimes de bens, disposto no art. 1.528 do diploma em comento, que por sua vez e infelizmente não se traduz em efetiva informação e elucidação de questões essenciais a quem, pela falta de sapiência, não tem conhecimento dos efeitos patrimoniais que irá absorver após contrair o matrimônio.

Ainda nesse sentido, destaca-se a Lei n. 11.441/07, que promoveu a desjudicialização de procedimentos, quais sejam: inventário, partilha, separação e divórcio, trazendo ao cidadão mais uma opção para tratar de temas intrinsecamente ligados ao Direito das Famílias e Sucessório.

A fim de corroborar com os ditames fundamentais presentes no texto constitucional, extirpando-se a burocracia involucra nos feitos daqueles interessados em dissolver o matrimônio, editou-se também a Emenda Constitucional 66, promulgada em 2010. O dispositivo em comento permite a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo-se o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

Desta feita, majoritariamente entende-se que a separação perdeu sua aplicabilidade no cenário prático, uma vez que não mais precederia ao divórcio, que passou a ser uma opção mais adequada, não havendo requisitos a serem cumpridos, bastando a vontade de uma das partes.

Detectado o fim do afeto que unia o casal, não há sentido em se tentar forçar uma relação que não se sustentaria mais. Inere-se, pois, com tranquilidade que, tendo em mira o realce na proteção avançada da pessoa humana, o ato de casar e o de não permanecer casado constituem, por certo, o verso e o reverso da mesma moeda: a liberdade de auto-determinação afetiva. (FARIAS;ROSENVALD, 2009, p.277).

Urge destacar que, mesmo com o advento da Emenda n. 66, persistem as diferenças entre o divórcio e a separação. (TEPEDINO;BARBOZA;MORAES, 2014, p.129). Fato é que, apesar da intenção do legislador ter sido a de facilitar o trâmite de procedimentos ligados ao casamento e às uniões de fato, o que ocorre na prática é uma banalização dos institutos mencionados, uma vez que se estabelecem e dissolvem vínculos sem a observância devida das consequências patrimoniais nesse intersício.

Pelo exposto, constata-se que o atual regime de bens supletivo permite “golpes” por parte de um cônjuge ou convivente com fins meramente patrimoniais na relação. A incompatibilidade do regime supletivo é ainda mais flagrante na união estável não precedida de contrato particular ou escritura pública, e, na prática, diz respeito a não exigência de outorga uxória ou marital do convivente, agindo esse como se separado fosse.

A outorga uxória⁷ ou marital aqui mencionada são autorizações em que um dos cônjuges permite que o outro pratique determinados atos. Essa autorização se chama outorga uxória, se da mulher ao marido, e outorga marital, se do marido à mulher. Genericamente, pode dizer-se vênua ou outorga conjugal. É o que seria adequado nos casamentos homoafetivos. (FIUZA, 2014, p. 1180)

Bem, e por qual razão deve-se então aplicar a comunhão parcial? A sistemática não se demonstra harmônica e igualitária. Outrossim, o atual regime supletivo também atinge muitos negócios jurídicos e obrigacionais, que por sua vez deixam de ser celebrados ou são indevidamente realizados por estarem adstritos ao intervencionismo estatal no patrimônio da família. Num país de dimensões continentais, particularidades regionais e realidades distintas, quanto menor a intervenção estatal na vida do cidadão e das famílias, maior será a harmonia de suas relações.

Desta feita, exige-se do Estado dispositivos normativos menos invasivos, afim de que se estabeleça maior adequação e compatibilidade da legislação junto aos seus endereçados. Nesse sentido, Maria Berenice Dias *apud* Rodrigo da Cunha Pereira: “É preciso demarcar o limite de intervenção do direito na organização familiar para que as normas estabelecidas não interfiram em prejuízo da liberdade do “ser” sujeito”. (DIAS, 2011, p. 30).

Porém, nem sempre o legislador consegue absorver todas as exigências originadas desse cenário, afastando-se da realidade e pecando na produção de regramentos adequados. Sobre essa deficiência, Maria Berenice Dias assevera:

O legislador não consegue acompanhar a realidade social nem contemplar as inquietações da família contemporânea. A sociedade evolui, trans-

7 Uxor, em latim, significa esposa.

forma-se, rompe com tradições e amarras, o que gera a necessidade de constante oxigenação das leis. A tendência é simplesmente proceder à atualização normativa, sem absorver o espírito das silenciosas mudanças alcançadas no meio social, o que fortalece a manutenção da conduta de apego à tradição legalista, moralista e opressora da lei. (DIAS, 2011, p. 29).

O raciocínio remete ao comando automático da separação de bens como o mais adequado à família contemporânea, e impõe proposta para que se altere a legislação vigente a fim de modificar o ordenamento jurídico, adequando-o e compatibilizando-o à realidade.

4. DA SEPARAÇÃO DE BENS COMO REGIME SUPLETIVO

No plano do Direito das Famílias, o atual regime de bens supletivo não atende às exigências oriundas aos agrupamentos familiares contemporâneos, não se amoldando a estes. Partindo dessa constatação, a alteração do regime oficial eleito pelo legislador é medida imperiosa para que se instaure o regime da separação de bens como o supletivo regente no silêncio das partes.

A referida modificação implicaria em consequências nos mais diversos terrenos relacionados ao tema, alterando-se disposições quanto ao casamento, à união estável, outros agrupamentos familiares, bem como quanto à sucessão.

4.1 Quanto ao casamento

No que tange ao casamento, dever-se-ia alterar alguns dispositivos diretamente ligados ao instituto em questão, mantendo-se a maioria do disposto na atual legislação, não impactando em maiores intervenções. Todavia, excluir-se-iam outros regramentos que já se encontram em dissonância com a realidade e o texto constitucional, mas que por sua vez não constituem objeto específico da proposta em tela, e por isso não serão aqui pormenorizados.

Retomando-se, o art. 1.640 passaria a dispor que, não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da separação de bens. Manter-se-iam as possibilidades de confecção de pacto antenupcial, nos moldes já estabelecidos e vigentes.

Outra importante consequência da proposta de alteração diz respeito à denominação atualmente que o regime da separação obrigatória recebe. Mormente conhecida como separação legal, deixaria de ser nomeada dessa forma, uma vez que a separação legal passaria a figurar como regime oficial e supletivo, ou seja, no silêncio das partes, vigoraria o regime da separação de bens (não mais a comunhão parcial), mas não o obrigatório, acima mencionado.

Portanto, a fim de não serem confundidos os mencionados institutos, a denominação legal reportar-se-ia apenas ao regime da separação, sendo este agora o oficial e supletivo. Promover-se-ia uma maior adequação do texto civil aos ditames constitucionais, extirpando-se debates de ordem prática atualmente pujantes quanto a constitucionalidade desses institutos, principalmente no que tange aos maiores de 70 anos de idade serem obrigados a se casarem conforme o Estado estabelece, nos termos que exara o artigo 1.641, II.

4.2 Quanto à união estável e homoafetiva

Às uniões de fato se aplica o disposto nos arts. 1.723 a 1.727 do Código Civil. Devidamente reconhecidas como entidades familiares, recebem a tutela jurídica derivada da nova ordem constitucional. Permite-se aos companheiros na união estável que celebrem contrato a fim de que acordem quanto às questões patrimoniais inerentes à relação. Na ausência desse pacto, rege a comunhão parcial de bens.

Ocorre que, conforme já explanado, não há lógica na aplicação desse regime nos casos de ausência de contrato e silêncio entre os companheiros. Dito isto, a proposta em questão afetaria a união estável, de modo a alterar o dispositivo previsto no art. 1.725, para que na ausência de contrato escrito entre os companheiros vigore o regime da separação de bens, não intervindo o Estado na esfera patrimonial dos personagens desse contexto.

Manter-se-iam as possibilidades de confecção de contrato escrito, seja particular ou por meio de escritura pública, em respeito aos regramentos já existentes.

4.3 Quanto a outros agrupamentos familiares

No que diz respeito aos demais agrupamentos familiares, em princípio, não se vislumbra maiores consequências ou modificações, uma vez que as disposições inerentes ao casamento e à união estável disciplinam e orientam os demais arranjos familiares existentes.

O que se verifica é uma menor intervenção estatal na esfera patrimonial dos cidadãos e das famílias, permitindo-se a estes maior mobilidade para tratar dessas questões, exigindo-se cada vez mais um planejamento condizente com a complexidade dos arranjos familiares atuais, mormente dinâmicos e peculiares.

4.4 Quanto à sucessão e os demais diplomas vigentes

Na esfera sucessória, a medida proposta encontra-se em consonância com o disposto na legislação pátria, frise-se, muito pouco didática quanto ao tema. Neste cenário destaca-se o disposto no art. 1.829 do Código Civil, que em seu inciso I diz:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

Diante dessa premissa, o que se verifica num primeiro momento é a possibilidade de revogação das disposições contrárias à proposta em foco, qual seja, a de que o regime da separação seja o automático e oficial no silêncio das partes. Quanto aos demais diplomas vigentes, também seriam revogadas as disposições contrárias à modificação proposta, a fim de adequar e compatibilizar todo o ordenamento jurídico ao novo regime supletivo.

Do mesmo modo e principalmente, o Estatuto da Família, ainda em construção, já traria em seu bojo as alterações para que se instaure um novo regime de bens oficial eleito pelo Estado, por meio do legislador, em harmonia com os agrupamentos familiares contemporâneos. Desse modo, construir-se-ia uma legislação mais atual, adequada e compatível aos novos parâmetros sociais.

5. A SEPARAÇÃO DE BENS COMO O REGIME OFICIAL MAIS ADEQUADO E COMPATÍVEL COM A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

De estalo, remete-se ao disposto no texto constitucional que traduz em capítulo próprio, especificamente em seu art. 226, *caput*, a família como a base da sociedade, sendo a ela dispensada proteção especial por parte do Estado. O dispositivo citado deve ser interpretado com cautela, face às particularidades implícitas em seu conteúdo.

Tendo em vista a amplitude do que se considera família na atualidade, ao estabelecê-la como a base da sociedade, deve a prática estatal com intuito protetivo abranger todo e qualquer cidadão que se encontre contextualizado nesse plano, sem discriminações de quaisquer naturezas, sendo imperiosa a produção normativa adequada e compatível.

Dito isto, verifica-se que a separação de bens como regime supletivo oficial é medida que prima pela autonomia da vontade no âmbito da família, desestimulando o litígio patrimonial.

O princípio da autonomia privada, evolução do antigo princípio da autonomia da vontade, consiste na liberdade de as pessoas regular, através de contratos, seus interesses, respeitados os limites legais. A autonomia privada é a esfera de liberdade em que às pessoas é dado estabelecer normas jurídicas para reger seu próprio comportamento. (FIUZA; OLIVEIRA, 2012).

A alteração de regime proposta não desampara ou desprotege os cônjuges, companheiros ou conviventes, mas sim, os estimula a elaborar um planejamento familiar e sucessório prévios, educando esses personagens, moldando a sociedade.

Com o propósito de medida de justiça, assevera Maria Berenice Dias quanto à separação de bens: “Como ambos os cônjuges devem concorrer para a manutenção da família na proporção de seus bens (CC 1.688), comunicam-se as dívidas ou empréstimos contraídos na compra do necessário à economia doméstica (CC, 1.643e 1.644).” (DIAS, 2011, p. 246). Ou seja, a separação de bens não inibe ou exime o cônjuge de participar na manutenção de sua família.

É o que corrobora Ana Paula Corrêa Patiño, que em sua obra quanto ao direito de família traduz: “Os cônjuges podem, no pacto antenupcial, estipular como cada um irá contribuir para a manutenção do lar. Na falta de convenção, cada cônjuge contribui na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens (CC, art. 1.688)”. (PATIÑO, 2012, p. 66).

Desta feita, verificam-se deveres e obrigações dos cônjuges na manutenção da família, independentemente do regime de bens. O mesmo raciocínio se aplica às uniões de fato. Noutra senda, rompido o vínculo conjugal, os debates que por ventura permanecerem quanto às questões patrimoniais restarão amparados por planejamento estratégico, na forma de pactos antenupciais, contratos, escrituras públicas e até mesmo testamentos, instrumentos pouco utilizados atualmente pela sociedade brasileira em razão do regime da comunhão parcial automático que não incentiva o uso dessas ferramentas, e muitas vezes as dispensa.

Outra consequência positiva da alteração proposta diz respeito à desnecessidade de outorga uxória ou marital por parte dos integrantes da família, uma vez que estes manterão sua autonomia e liberdade para realizarem seus negócios, havendo outros institutos já dispostos em lei para que se protejam direitos de terceiros. Nesse mesmo sentido, há mecanismos de proteção daquele familiar que sofre as consequências de eventuais atos praticados em desconformidade com a proteção à família e seus integrantes. É o caso dos instrumentos de contrato, procurações, testamentos, usufrutos, cláusulas específicas de proteção, cessões de direito e de crédito, testamentos, contratos de seguro, dentre outros.

Nesse diapasão, em respeito aos novos preceitos normativos, também seriam estabelecidos divórcios, dissoluções, inventários e partilhas mais céleres e menos litigiosos, já que a alteração em tela prestigia a estruturação patrimonial familiar e sucessória, minimizando os impactos da ruptura do vínculo entre os personagens da família.

Não obstante, manter-se-ia a possibilidade de mutabilidade quanto ao regime de bens, respeitados os requisitos já existentes para promoção dessa medida, pela via judicial. Em termos práticos, fomentar-se-ia a consultoria junto a profissionais da advocacia, não mais para litigância, mas sim, em busca de orientação e consultoria, no intuito de realizar o planejamento familiar e sucessório, uma vez que o debate quanto a essas questões não mais se instalaria como tabu e de difícil e delicada abordagem.

6. CONCLUSÃO

A família contemporânea se caracteriza pela sua mutabilidade e pelas facetas que apresenta, reinventando-se constantemente e exigindo que o regramento pertinente acompanhe esse movimento.

O patriarcalismo não mais constitui a base da família, que teve reconhecida sua natureza plural, assim como a igualdade de seus membros, em todos os contextos e cenários a que estão submetidos.

Em aparente consonância com o diploma constitucional e suas premissas, editou-se o novo Código Civil, trazendo novos institutos a fim de dar proteção ao ser humano de modo abrangente, defendendo a dignidade e primando por direitos no âmbito familiar, cada vez mais complexos e dinâmicos.

Todavia, obsoleta, a legislação civil em vigor manteve o regime da comunhão parcial como o aplicável no silêncio das partes, não levando em consideração todas as hipóteses de constituição de família e seus agentes, apesar de consagrar o princípio da igualdade entre homens e mulheres.

A sociedade e seus novos personagens formam novas entidades familiares, cuja intervenção estatal exacerbada não corresponde mais aos anseios e ao melhor tratamento jurídico exigível.

Por todo exposto, o que se verifica atualmente é a inadequação do regime oficial, qual seja, o da comunhão parcial de bens, ao contexto social, além de sua incompatibilidade com a família contemporânea, caracterizada por ser extremamente mutável e suscetível ao intervencionismo estatal.

O Estado, ao eleger a comunhão parcial de bens àqueles que se silenciam quanto ao regime no momento em que se casam, interfere e atinge frontalmente os direitos dos envolvidos em flagrante incompatibilidade com a própria legislação e o contexto social.

O raciocínio remete ao comando automático da separação de bens como o mais adequado à família contemporânea, e impõe proposta para que se altere a legislação vigente a fim de modificar o ordenamento jurídico, adequando-o e compatibilizando-o à realidade.

Tal modificação, em termos práticos, ainda iria fomentar a consultoria junto a profissionais da advocacia, não mais para litigância, mas sim, em busca de orientação e consultoria, no intuito de realizar o planejamento familiar e sucessório, uma vez que, o debate quanto a essas questões não mais se instalaria como tabu, e de difícil e delicada abordagem.

Dito isto, verifica-se que a separação de bens como regime supletivo oficial é medida que prima pela autonomia da vontade no âmbito da família, desestimulando o litígio patrimonial.

Noutra senda, a alteração de regime proposta não desampara ou desprotege os cônjuges, companheiros ou conviventes, mas sim, os estimula a elaborar um planejamento familiar e sucessório prévios, educando esses personagens, moldando a sociedade.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Lei nº 10.406, de 11 de janeiro de 2002. Institui o código civil. Brasília, 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 março 2014.
- BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2005.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FIUZA; césar; OLIVEIRA, Guilherme Abreu Lima de. Principiologia contratual por uma nova compreensão de velhos princípios. In: célia Barbosa Abreu; Roberto Senise Lisboa; Elcio Nacur Rezende. (Org.). *Direito civil*. Florianópolis/Sc: FUNJAB, 2012, v., p.127-151.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- PATÍÑO, Ana Paula Corrêa. *Direito civil: direito de família*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituição de direito civil*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Código Civil da família anotado*. Curitiba: Juruá, 2009.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Direito de Família*. 28. ed. 3. São Paulo: Saraiva, 2006.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito de família*. 10. ed., São Paulo: Método, 2015.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- YOKOHAMA, Izaura Uliana. Os princípios dos regimes de bens no NCC. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 553, 11 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6167>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

Recebido em: 27/11/2015

Aprovado em: 31/01/2016