

**ATA DE DEFESA DE MONOGRAFIA DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM  
DIREITO DA FACULDADE BAIANA DE DIREITO**

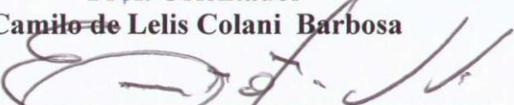
Aos **21 de julho de 2015** realizou-se, na sede da Faculdade Baiana de Direito, na Rua Visconde de Itaboraahy 989 – em Salvador/ Bahia, às, a sessão de Defesa da Monografia Final do (a) bacharelado(a) **Juliana Orrico de Oliveira**, intitulada *Proventos do trabalho pessoal e a partilha de bens no regime de comunhão parcial.*, estando presente o (a) Orientador(a) prof.(a) **Camilo de Lelis Colani Barbosa**, os demais componentes da Banca Examinadora, Prof(a) **Ermiro Ferreira Neto** e Prof(a) **Salomão Resedá** e, ainda, alunos do Curso de Direito. Os trabalhos foram iniciados e os integrantes da Banca Examinadora passaram a arguir o aluno (a). Após a arguição, a Banca Examinadora deliberou nos seguintes termos:

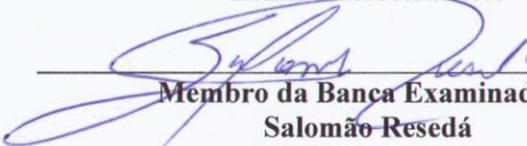
Banca Examinadora	Notas	Indicação de alteração do texto para a entrega da versão final
<b>Camilo de Lelis Colani Barbosa</b>	7,0	
<b>Ermiro Ferreira Neto</b>	7,0	
<b>Salomão Resedá</b>	7,0	

Nada mais havendo a tratar, o (a) Senhor (a) Presidente declarou encerrada a sessão, sendo lavrada a presente ata que, depois de lida e aprovada, vai assinada pelos membros da Banca Examinadora.

  
\_\_\_\_\_  
**Prof. Orientador**

**Camilo de Lelis Colani Barbosa**

  
\_\_\_\_\_  
**Membro da Banca Examinadora**  
**Ermiro Ferreira Neto**

  
\_\_\_\_\_  
**Membro da Banca Examinadora**  
**Salomão Resedá**

Salvador, 21 de julho de 2015



NPJ . Núcleo de Prática Jurídica

R. VISCONDE DE ITABORAHY, Nº 116, AMARALINA  
SALVADOR - BA - CEP- 41900-010 - TEL: (71) 3276.1323  
www.faculdadebaianadedireito.com.br



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**JULIANA ORRICO DE OLIVEIRA**

**PROVENTOS DO TRABALHO PESSOAL E A PARTILHA DE  
BENS NO REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL**

Salvador  
2015

**JULIANA ORRICO DE OLIVEIRA**

**PROVENTOS DO TRABALHO PESSOAL E A PARTILHA DE  
BENS NO REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Camilo Colani

Salvador  
2015

## TERMO DE APROVAÇÃO

**JULIANA ORRICO DE OLIVEIRA**

### **PROVENTOS DO TRABALHO PESSOAL E A PARTILHA DE BENS NO REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2015

A todos que direta ou indiretamente  
contribuíram para que a conclusão  
dessa graduação fosse possível.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus e aos espíritos de luz que sempre me guiam e me confortam.

A minha mãe e a minha avó pelo amor, dedicação e orientação constante em minha vida.

Aos Professores do Curso de Graduação em Direito da Faculdade Baiana de Direito que nos ensinaram não só lições do saber, mas como lições de vida e de conduta.

Aos amigos do curso, pela compreensão, apoio e companheirismo durante esses anos.

“O bem que praticares, em algum lugar,  
é teu advogado em toda parte”.

Chico Xavier

## RESUMO

Apesar de no contexto do Código Civil prevalecer de forma expressa, no artigo 1.659, inciso VI, que são excluídos da comunhão, no regime de comunhão parcial, os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge, tal dispositivo está sendo afetado por novo entendimento. Este trabalho caracteriza-se, portanto, por objetivar a análise das disposições legais sobre o tema e as mudanças trazidas por esse novo entendimento que vem se delineando no bojo do direito de família, na qual integram a partilha de bens e os proventos do trabalho individual do cônjuge. As discordâncias doutrinárias identificadas quanto à incomunicabilidade e as implicações que tais mudanças podem trazer na partilha de bens do regime de comunhão parcial, em relação ao que seria bem comum e bem particular levam ao entendimento de que novos estudos devem se centrar nessa área. Sendo assim, este trabalho se dedica a investigar: Quais seriam as consequências jurídicas e as implicações que a integração dos proventos do trabalho pessoal podem gerar à partilha de bens? Para isso, o estudo trata de apresentar os princípios norteadores do tema, identificando as razões das alterações introduzidas, a congruência das normas que tratam do tema e a análise das implicações e consequências das alterações apresentadas. Além disso, apresentam-se as divergências dos posicionamentos a respeito da integração dos proventos do trabalho pessoal à partilha de bens, relacionando as alterações com o contexto social.

**Palavras-chave:** Partilha de Bens – Regime de Comunhão Parcial – Proventos do Trabalho Pessoal – Incomunicabilidade.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	11
<b>2 PRINCÍPIOS GERAIS E LEGISLAÇÃO</b>	15
2.1 LEGISLAÇÃO	16
2.2 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA	18
<b>2.2.1 Princípio da “ratio” do casamento e da vida conjugal</b>	19
<b>2.2.2 Princípio da igualdade dos cônjuges e dos companheiros</b>	20
<b>2.2.3 Princípio do pluralismo familiar</b>	22
<b>2.2.4 Princípio da consagração do poder familiar</b>	23
<b>2.2.5 Princípio da liberdade</b>	23
<b>2.2.6 Princípio da dignidade da pessoa humana</b>	24
<b>2.2.7 Princípio da solidariedade familiar</b>	25
<b>2.2.8 Princípio do planejamento familiar e da responsabilidade parental</b>	26
<b>2.2.9 Princípio da autonomia da vontade</b>	27
<b>2.2.10 Princípio da monogamia</b>	28
<b>2.2.11 Princípio da igualdade de filiação</b>	30
<b>2.2.12 Princípio da proibição de retrocesso social</b>	31
<b>3 REGIME DE BENS, SUA PARTILHA E A COMUNHÃO PARCIAL</b>	32
<b>3.1 REGIME DE BENS</b>	32
3.1.1 Breve histórico	32
3.1.2 Conceito	33
3.1.3 Finalidade e importância	36
3.1.4 Modalidades	37
3.1.5 Alteração do regime de bens	40
<b>3.2 PACTO ANTENUPCIAL</b>	41
<b>3.3 COMUNHÃO PARCIAL DE BENS</b>	42
<b>3.3.1 Conceito</b>	43
<b>3.3.2 Bens comuns</b>	45
<b>3.3.3 Bens particulares</b>	46
<b>3.4 SOCIEDADE ENTRE OS CÔNJUGES</b>	48
<b>4 FIM DA UNIÃO, PROVENTOS DO TRABALHO PESSOAL E A PARTILHA DE BENS</b>	52
4.1 DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL	52

4.2 PARTILHA DE BENS	57
4.3 PROVENTOS DO TRABALHO PESSOAL	58
<b>4.3.1 Remuneração</b>	61
<b>4.3.2 Salário</b>	62
<b>4.3.3 Indenização</b>	63
<b>4.3.4 FGTS</b>	65
<b>4.3.5 Férias</b>	67
<b>4.3.6 Remuneração do profissional liberal</b>	68
<b>4.3.7 Incomunicabilidade</b>	69
5 CONCLUSÃO	76
<b>REFERÊNCIAS</b>	78

## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho analisa os diferentes entendimentos acerca da partilha de bens no regime de comunhão parcial e os proventos do trabalho pessoal.

Sabe-se que o Código Civil traz de forma expressa no seu artigo 1.659, inciso VI, que são excluídos da comunhão, no regime de comunhão parcial, os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge. Ocorre que o artigo 1.660, inciso I estabelece que os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento são comuns, podendo se extrair dois entendimentos distintos dos referidos artigos. E novo entendimento vem sendo adotado acerca do tema.

Em decisão do colegiado de desembargadores da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, no julgamento do dia 24 de outubro de 2013 o entendimento foi contrário ao dispositivo supracitado. Entendeu-se que as verbas trabalhistas adquiridas na constância do casamento fazem parte do patrimônio comum do casal e, portanto, entram na partilha dos bens.

O problema em volta das mudanças apresentadas é a discordância doutrinária e às implicações que tal mudança pode trazer na partilha de bens do regime de comunhão parcial, em relação ao que seria bem comum e bem particular. Podendo gerar uma insegurança jurídica sobre o que será partilhado e até mesmo uma descaracterização do instituto do regime parcial de bens

Isso pode abrir um leque de diversas interpretações no que diz respeito ao entendimento do se consideram bens comuns e bens particulares, assim como quais os limites a essa integração, além de como esse entendimento se estende a indenizações por danos morais.

Entendendo que o Direito de Família é um dos ramos do Direito que tem extrema significância, já que sua importância está relacionada à necessidade de regular as relações existentes entre os diversos membros e as influências que exercem sobre as pessoas e bens e que sua relevância inquestionável social, ética e histórica diferenciam o direito de família dos demais ramos do direito pelo fato da família ser o núcleo principal de qualquer sociedade, a Constituição Federal consagra isso com um artigo específico: “Art.226. A família, base da sociedade, tem especial proteção

do Estado. ”

Toda mudança relacionada ao Direito de Família tem que ser analisada cuidadosamente, levando em conta o reflexo que tal fato tem na sociedade e na vida das pessoas em si.

O Direito de Família é um ramo do Direito privado, pois este regula as relações dos indivíduos entre si e todas as relações dessa natureza têm como grande norteador o princípio da autonomia privada.

Na atualidade, observa-se um grande volume de casamentos e separações e tal fato não tem reflexo somente na vida afetiva dos sujeitos, mas também se observa grande influência no fator econômico.

Daí que se percebe que há um novo entendimento que vem sendo legitimado por diversos tribunais ao se tratar do direito de família, mais especificamente ao tratar da partilha de bens e os proventos do trabalho.

Sabe-se que cabe ao casal a escolha do regime patrimonial ao qual vão se submeter, sendo o regime de bens de tão grande relevância que, na omissão, o Estado estabelece que regime vai ser aplicado. A escolha do regime de bens assegura ao casal no que diz respeito a forma que os bens são divididos e classificados, assim como as possíveis consequências da partilha de bens.

Qualquer forma de desvirtuar as características do regime de bens que um casal escolhe como norteador de suas vidas viola não só o direito privado, mas também a própria constituição e o poder conferido ao Estado, que de forma alguma é ilimitado.

Por tais motivos, observa-se importante a análise em todos os sentidos do entendimento inovador que está sendo consagrado nesse ramo do direito.

Daí justifica-se o interesse pelo estudo dessa temática, que é de extrema relevância social e acadêmica.

A motivação pessoal para a realização deste estudo, elegendo como objeto de pesquisa “a partilha de bens no regime de comunhão parcial e os proventos do trabalho pessoal” é, evidentemente afinidade com a disciplina, assim como a sua importância na vida das pessoas, e também por ter uma grande incidência prática

O interesse pessoal pelo tema alia-se à sua importância social e às questões ainda em aberto no debate acadêmico sobre o mesmo.

Diante do acima exposto, chega-se ao problema de pesquisa em torno da seguinte questão: **Quais seriam as consequências jurídicas e as implicações que a incomunicabilidade dos proventos do trabalho pessoal à partilha de bens podem trazer?**

Partindo de questões orientadoras, dentre elas: O que é partilha de bens? Qual o histórico das leis relativas à partilha? O que são e quais os tipos de regime de bens? O que são proventos do trabalho pessoal? Quais os princípios constitucionais aplicados ao tema? Dentre outras, o trabalho tem como **objetivo geral a análise das consequências das mudanças trazidas por esse novo entendimento que vem se delineando no bojo do direito de família na qual integra a partilhas de bens os proventos do trabalho individual do cônjuge, entendimento esse que contraria dispositivo legal do Código Civil.**

Os **objetivos específicos** giram em torno de a) apresentar os princípios norteadores do tema, identificar as razões das alterações introduzidas; b) analisar a congruência das normas que tratam do tema, c) analisar as implicações e consequências das alterações apresentadas, d) apresentar as divergências dos posicionamentos a respeito da integração dos proventos do trabalho pessoal à partilha de bens e e) relacionar as alterações com o contexto social.

A presente monografia está constituída de três capítulos, conforme descrição a seguir.

O **primeiro capítulo**, intitulado *“Princípios gerais e legislação”*, apresenta, inicialmente, alguns conceitos e institutos básicos do direito de família, assim como o entendimento de alguns doutrinadores a respeito do tema. Em seguida, abordam os princípios gerais do Direito de Família, situando a questão de que estes são, segundo Maria Berenice Dias (2015, p.40), bem diferentes das regras, por dois motivos: pelo alto grau de generalidade e por serem mandatos de otimização, mostrando os valores basilares e as diretrizes. Para discutir as temáticas abordadas, foram utilizadas como referência autores como Maria Berenice Dias (2015), Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2014), Carlos Roberto Gonçalves (2014), Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2002) e Camilo de Lelis Colani Barbosa (2006).

O **segundo capítulo** tem como título *“Regime de bens, sua partilha e a comunhão*

*parcial*". Este capítulo situa o regime de bens como uma consequência jurídica do casamento ou da união, ressaltando sua importância, já que, mesmo não optando por um regime de bens, a lei trata de fazer esse enquadramento, não existindo assim uma família sem um regime de bens. Para melhor entendimento, faz-se um breve histórico dos regimes de comunhão de bens já existentes no Brasil, além da conceituação e desenvolvimento de temas como pacto antenupcial, comunhão parcial de bens, tipos e partilhas de bens, etc. As discussões levantadas neste capítulo embasaram-se nos estudos de Paulo Lôbo (2011), Maria Berenice Dias (2011), Carlos Roberto Gonçalves (2006), Rolf Madaleno (2013), dentre outros.

O **terceiro capítulo**, "*Fim da união, proventos do trabalho pessoal e a partilha de bens*", resalta que, com o fim da união, se dá início a um processo de partilha de bens, marcado muitas vezes por intensos conflitos, sendo esse um dos principais motivos de brigas judiciais. Neste capítulo, apoiando-se teoricamente nos estudos desenvolvidos por Maria Helena Diniz (2011), Rolf Madaleno (2013), Arnaldo Wald e Priscila M. P. Correa da Fonseca (2013, p. 181) e de outros estudiosos do tema, serão discutidos os diversos aspectos envolvidos na dissolução da sociedade conjugal, principalmente os relacionados à partilha de bens e proventos do trabalho pessoal.

Nas Considerações finais, apresentar-se-á uma síntese dos estudos realizados, objetivando a exposição dos achados da pesquisa bibliográfica.

A expectativa é que este estudo contribua para o avanço nas investigações que têm sido feitas com relação à temática estudada, contribuindo para o delineamento das consequências jurídicas e as implicações que a integração dos proventos do trabalho pessoal pode gerar à partilha de bens.

## 2 PRINCÍPIOS GERAIS E LEGISLAÇÃO

Preliminarmente, é importante compreender alguns conceitos e institutos básicos do direito de família, assim como o entendimento de alguns doutrinadores a respeito do tema. Logo, esse estudo se inicia com os princípios e a legislação, já que nem todos os autores consideram que os princípios apontados são enquadrados nessa categoria, e veremos essas divergências ao longo do estudo.

Maria Berenice Dias (2015, p. 40) aponta a importância dos princípios e das regras para o ordenamento jurídico positivo. Mostra a autora que os princípios estão acima das regras legais e que alguns até trazem a exigência de justiça e valores éticos, o que confere “coerência interna e estrutura harmônica a todo sistema jurídico”, ideia essa trazida também por Daniel Sarmento. Então os princípios permitem uma congruência, um norte para as condutas de todos, pois expressam os objetivos gerais que devem ser seguidos.

É de suma importância apontar que existem princípios gerais, que são diretrizes usadas em todos os ramos do direito e Maria Berenice Dias (2015, p. 43) mostra que os princípios constitucionais devem ser usados como fios condutores da interpretação jurídica, conduzindo todos os trabalhos. Têm ainda os princípios específicos ou especiais como a autora se refere, que são aqueles específicos do direito de família e que são aplicados nas relações que envolva a família. Ambas as categorias se aplicam ao direito de família.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2014, p. 34) dispõem sobre as fontes do direito das famílias, que a fonte principal do Direito de Família é sem dúvida a norma constitucional, e esta se divide em princípios e regras, que são a base da sociedade brasileira.

Apontam ainda que o “tecido normativo infraconstitucional” obedece aos princípios, a diretrizes básicas e como exemplo podemos apontar a Lei de Investigação de Paternidade, o Estatuto do Idoso, Lei Nacional de Adoção, entre outras. Mostram-se de grande importância essas diretrizes para impedir interpretações divergentes ou dissonantes, promovendo para o homem uma proteção real, diferente das proteções anteriores ao Código Civil atual.

Deve-se observar que Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2014, p. 39)

tem uma abordagem esclarecedora quanto a relação dos princípios e das regras, mostrando uma mudança significativa no pensamento atual da importância dos princípios, pois alguns chegam a entender que são mais importantes que as regras e que a violação a eles é muito mais gravosa, seria até uma “insurgência contra todo o sistema”. Contudo não se pode considerar uma natureza inferior as regras, tendo em vista que estamos diante de um modelo normativo dicotômico. Tanto os princípios quanto as regras cumprem seu papel, mas os autores afirmam e de fato é o que se observa, que existe uma predominância das regras, fazendo com que o sistema brasileiro seja um pouco mais regulador. Não existindo assim, entre elas hierarquia, não pode-se falar que uma é superior ou mais importante que outra.

Os autores divergem quanto aos princípios e cada um faz uma classificação diferente na tentativa de lista-los, não se chegando assim a um consenso.

## 2.1 LEGISLAÇÃO

Como discorrem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2014, p. 34-40), as regras diferentemente dos princípios são “relatos descritivos de conduta, com um conteúdo objetivo, certo e específico, a partir dos quais, mediante uma atividade de verdadeira subsunção, haverá o enquadramento de um fato cotidiano à previsão abstrata da norma, atingindo-se um objetivo”, as regras são verdadeiros comandos imperativos, não existe meio termo, nem relativização, nem ponderações, ou se cumpre a regra ou não se cumpre.

A Constituição da República norteia qualquer matéria referente as regras, pois nela além de conter os princípios, tem as regras básicas e fundamentais que devem ser observadas por todos os ramos do Direito, e para o Direito de Família não é diferente. No referente às famílias, os artigos 226 e 227 são guias para todo ordenamento, e os mesmos apontam que a família é a base da sociedade, tendo ela proteção do Estado, e por ser uma norma norteadora do ordenamento não pode ser considerar regra, pois não tem conteúdo determinado. Toda regra, apesar de ser mandados de definição como mostram os autores, devem ser interpretadas conforme os princípios, deve-se entender a intenção do ordenamento como um todo e aplicar conforme isso. Não podendo ser aplicada a norma inválida, ou seja, caso

confronte o Texto Constitucional ou os princípios norteadores.

Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 26-27) mostra que a regulamentação do Direito de família visa na verdade conferir certeza e estabilidade para as relações jurídicas familiares. Por se tratar de questões importantes, e por predominar normas de ordem pública, tem quem defenda a inclusão do Direito de Família como direito público, outros, entretanto entendem que seria um direito “sui generis”(um formato único, próprio) ou até direito social. Mas o autor mostra que apesar das particularidades do Direito de família seu enquadramento mais adequado é outro, sendo que “seu correto lugar é mesmo junto ao direito privado, no ramo do direito civil, em razão da finalidade tutelar que lhe é inerente, ou seja, da natureza das relações jurídicas a que visa disciplinar”.

O supracitado autor (2014, p. 34-35) ainda discorre sobre a relação da Constituição Federal de 1988 com o Código Civil de 2002, mostrando que houve mudança nas relações familiares e por isso se fez necessário um novo código, e tal código tem uma divisão, trazendo um título para o direito pessoal e outro para o direito patrimonial da família.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2002, p. 32) não veem na prática uma importância tão grande na distinção de direito pública e direito privado, considerado que seria útil mais para uma visão didática sobre o tema, do que uma questão prática.

Camilo de Lelis Colani Barbosa (2006, p. 40-48) discorre sobre a legislação do Direito de Família e mostra que na Constituição Federal são os artigos 226 ao 230 que tratam do tema, e no Código Civil são os artigos 1.511 a 1.783. Fora eles, existe legislação esparsa sobre o tema. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2014, p. 35) aponta uma legislação infraconstitucional sobre o tema que seria o próprio Código Civil de 2002, a Lei de Divórcio, a Lei de Investigação de Paternidade, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei Nacional de Adoção, o Estatuto do Idoso, a Lei Maria da Penha, a lei que discorre sobre alienação parental, etc.

Camilo de Lelis Colani Barbosa (2006, p. 41) ainda ressalta a importância de perceber que a proteção que essas legislações abarca foi ampliada, protegendo um maior número de famílias com as mais diversas configurações.

## 2.2 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

Os princípios, para Maria Berenice Dias (2015, p. 40) são bem diferente das regras, por dois motivos: ter alto grau de generalidade e serem mandatos de otimização, mostram eles os valores basilares e as diretrizes. Os princípios que seguem são os que a maioria da doutrina aponta como tais.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2014, p. 41), apontam que os princípios são normas abertas e que deve-se aplicar a eles uma “técnica de balanceamento ou técnica de ponderação de interesses”, que deve ser aplicada em casos concretos e quando existe um conflito entre eles, deve-se ressaltar que o conflito apontado aqui se refere a dois ou mais princípios, ou seja, normas de mesmo patamar.

Essa proposta foi feita diante da insatisfação com as antigas técnicas que se mostraram insuficientes. Pode-se considerar que se trata de uma técnica de decisão, obviamente devido a sua aplicação a casos práticos como supracitado, sendo que primeiramente deve-se pensar em qual dos princípios respeita mais a dignidade da pessoa humana e tal princípio indicará qual deve preponderar.

Luís Roberto Barroso (2002,p.356) mostra a técnica acima como três etapas, sendo que a primeira vai caber ao intérprete na identificação do conflito insuperável pela subsunção, a segunda etapa seria o exame das circunstancias, dos detalhes importantes do caso concreto, dos fatos relevante e sua relação com o identificado na etapa anterior, e a terceira etapa e mais importante é onde se examina as normas e sua relação com o caso concreto e se atribui o grau de importância para os diferentes elementos, toda essa etapa é realizada levando em conta o princípio da proporcionalidade.

Maria Helena Diniz (2011) faz uma divisão dos princípios mostrando que tem princípios do Direito de Família e princípios do direito matrimonial, mas essa divisão não é seguida por todos, por esse motivo trata-se aqui de princípios gerais do Direito de Família sem essa distinção.

Rolf Madaleno (2013, p. 43-45) antes de adentrar no tema dos princípios fala dos

direitos fundamentais, que são entendidos como direito que toda e qualquer pessoa deve ter, sendo que o fundamental, seria uma “situação jurídica essencial à realização da pessoa humana”. O objetivo maior é a efetivação dos direitos fundamentais, sendo o Direito de Família essencial para isso, dando efetividade aos princípios.

### **2.2.1 Princípio da “ratio” do casamento e da vida conjugal**

Maria Berenice Diniz (2011, p.33) traz uma explicação simples e satisfatória para esse princípio ao apontar que ele mostra como fundamento básico do casamento a “afeição entre os cônjuges ou conviventes e a necessidade que perdure a completa comunhão de vida”. O que esse princípio mostra é que a razão, o que leva duas pessoas a se casarem é justamente o desejo de comunhão das vidas, de união das vidas delas, sendo o afeto contundente para o reconhecimento da família. Trazendo esse princípio também a impossibilidade de qualquer pessoa interferir na comunhão de vidas que a família institui.

Eduardo Oliveira (2005, p. 51) dispõe que antes as finalidades do casamento eram a prole (ou procriação), fides (ou fé que os cônjuges devem votar um no outro) e sacramentum. Hoje, no entanto, se observa que essas finalidades perderam a legitimidade devido à evolução da sociedade e das pessoas. Aponta que atualmente, a intenção de viverem juntos, como marido e mulher, o amor e o companheirismo são finalidades fundamentais determinadoras de uma comunhão de vida. Assim, observam-se agora três finalidades: intenção de viverem juntos, que é sem dúvida o elemento decisivo na indissolubilidade do vínculo, o amor, que independe da mera atração sexual e encontra sua manifestação mais veemente na afeição, solidariedade, cumplicidade, atração mútua e afinidades pessoais e, por fim, o companheirismo, calcado num projeto comum, capaz de atender e satisfazer ideias e interesses comuns.

Rolf Madaleno (2013, p. 98-99) denomina de princípio da afetividade, observando que:

O afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana. A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto. Necessariamente

os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, podendo até ser afirmada a prevalência desses sobre aqueles. O afeto decorre da liberdade que todo indivíduo deve ter de afeiçoar-se um ao outro, decorre das relações de convivência do casal entre si e destes para com os filhos, entre os parentes, como está presente em outras categorias familiares, não sendo o casamento a única entidade familiar.

Aponta ainda que o afeto é tão importante nas relações que é visto na igualdade de filiação, assim como nos vínculos de adoção, sendo esse um valor fundante junto com a solidariedade.

Paulo Lôbo (2011, p. 71-72) destaca ainda a diferença entre afetividade e afeto, pois a afetividade é “dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles”. Com relação aos cônjuges a afetividade seria o pressuposto da convivência, e a afetividade, assim como a solidariedade se desdobram em dever de assistência, que vai além da convivência.

### **2.2.2 Princípio da igualdade dos cônjuges e dos companheiros**

Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 23) mostra que esse princípio é uma superação ao patriarcalismo, supera o sistema de “encapsulamento da mulher”, na qual a mulher era tida como inferior ao marido não podendo ter voz nem vontade própria. Esse é um tema que já foi muito visto e é de conhecimento geral que atualmente o marido e a mulher vivem em um “sistema de congestão”, sendo mutualmente responsáveis pela manutenção da família, ou seja, vistos agora como iguais, com iguais responsabilidades.

Paulo Lôbo (2011, p. 65) mostra o status de direito fundamental do referido princípio, consagrado no artigo 5º da Constituição, igualdade teria um caráter amplo, aplicando-se aos filhos, aos idosos, aos companheiros.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2014, p. 89) apontam que a superação a esse modelo é definitiva, tendo inclusive proteção constitucional com o objetivo de evidenciar a igualdade substancial entre homem e mulher. Ressaltam ainda que o que está proibido é o tratamento jurídico diferenciado entre pessoas em situações iguais, pois antes existia uma distinção entre as obrigações e deveres do marido e as obrigações e deveres da mulher, sendo hoje um só instituto. Entretanto,

quando existir um motivo relevante para o tratamento de forma distinta, essa é possível. Deve-se levar em conta que ao tratar da isonomia pode-se levar a um situação de tratamento igual ou desigual a depender do caso, logo caso exista uma situação desigual deve-se também tratar com desigualdade justamente como o objetivo de promover a igualdade.

Maria Berenice Dias (2015, p. 48) ainda levanta a questão da necessidade do intérprete observar essas regras, não bastando a previsão legal, pois caso o juiz em casos concretos estabeleça privilégios seria uma afronta direta a esse princípio. O juiz teve atribuir direitos as situações que mereçam tutela.

Rolf Madaleno (2013, p. 47-50) aponta esse princípio como maior sustentador do princípio da igualdade formal e substancial, impedindo discriminações por gêneros sexuais. Evidencia que esse princípio tem um caráter muito mais abrangente, pois a igualdade referida aqui não é só dos cônjuges, e sim das pessoas em geral, não precisando nem ser casado para merecer tal tratamento.

Constata ainda que essa igualdade ainda se encontra muitas vezes distante da grande maioria das famílias, permanecendo ainda nos tempos atuais uma sutil e silenciosa opressão a mulher, tendo como exemplo a Lei Maria da Penha de proteção a violência doméstica. Mostrando que “ainda pende o modelo cultural de dominação masculina dentro da sociedade afetiva e ainda pende o modelo de discriminação etária no núcleo familiar”. Os novos valores implantados na sociedade de famílias formados por afeto e na realização pessoal ainda não é visto na realidade, tendo muitas pessoas constituindo uniões com base no dinheiro, fomentando assim desigualdades. Rolf Madaleno conclui de forma esclarecida:

Ora, enquanto persistirem essas notórias diferenças, num jogo de dar e de receber, onde as relações humanas de amor e de afetividade, de altruísmo e de abnegação, facilmente cedem espaço para a inexorável regência do poder econômico, e, enquanto prosseguir a indissimulada discriminação da mulher dentro de um mercado de trabalho que privilegia a mão de obra masculina, continuaremos testemunhando apenas a utopia da propalada igualdade e, certamente, continuaremos deparando com um codificador que teima em proteger os septoagenários que se casam, proibindo que encolham livremente o seu regime de bens conjugal.

Observa-se então que não adianta a tentativa legislativa de promover a igualdade se não existe a mudança no pensamento, nos valores das pessoas e da sociedade. O referido autor considera esse princípio muito importante, fazendo uma subdivisão

muito mais apurada que os demais autores quanto ao tema.

### **2.2.3 Princípio do pluralismo familiar**

É notório que o casamento não é mais a única forma de se constituir uma família, e com a mudança da realidade o Direito de Família teve que acompanhar tal acontecimento, tal costume, conferindo proteção não só às famílias que são montadas tendo por início com o casamento, abarcando as outras “modalidades”. A proteção então será ampliativa, alcançando toda entidade familiar por ser essa a base da sociedade.

Em artigo feito por Lilian Patrícia Casagrande (2011), discorre que legislação prevê a possibilidade de “novos arranjos familiares” com a ampliação da proteção observado na não conceituação da família, possibilitando com isso a análise do caso concreto a fim de analisar se é ou não uma família.

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2014, p. 62) esse princípio trouxe uma interpretação de que a família não é só a tradicional, fundada no casamento, indo além, sendo outras estruturas familiares também reconhecidas devido ao fato de cumprir a função destinada a família, merecendo com isso igual proteção. Mostrando casos dessa ampliação, como é o caso das famílias homoafetivas, famílias monoparentais, etc.

Maria Berenice Dias (2015, p. 49) mostra a importância de referido reconhecimento pois quando ele ainda não existia as uniões eram tratadas como sociedade de fato e conseqüentemente aplicava-se o direito obrigacional e não o direito de família. Isso era, em sua visão, uma convivência com a injustiça.

Rolf Madaleno (2013, p. 98) dá uma denominação distinta, chamando o princípio de diversidade familiar. Existia um dilema, pois a realidade das relações familiares era muito distinta as limites constitucionais, mas isso foi superado e foi reconhecido novas entidades familiares, sendo marcante o julgamento da ADPF 132 e da ADIM 4.277, não podendo mais uniões homoafetivas serem deslocadas para o direito obrigacional.

#### **2.2.4 Princípio da consagração do poder familiar**

Maria Helena Diniz (2011, p. 37) considera que tal princípio consagra a substituição do poder familiar em detrimento ao material e ao paterno, sendo esse um dever. Mostra a semelhança com a lei francesa que no lugar de falar pátrio poder, usa o termo autoridade parental. Ela é uma das poucas autoras que classifica esse princípio.

#### **2.2.5 Princípio da liberdade**

O princípio da liberdade é considerado pela maioria como um dos primeiros a serem reconhecidos como direito fundamental.

Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 23) conceitua esse princípio, como a liberdade de constituir comunhão de vida, que pode ser tanto pelo casamento, quanto pela união estável. Aponta ainda que a intervenção do Estado nesse sentido é muito pequena, sendo somente para “propiciar recursos educacionais e científicos ao exercício do direito”.

Para Maria Berenice Dias (2015, p. 46) esse princípio é um modo de garantir o respeito à dignidade da pessoa, mostrando que só existe liberdade se existir igualdade. Existe ampla liberdade de escolha do par, podendo ser de mesmo sexo inclusive. Para Maria Berenice a opção legislativa de regime de bens obrigatório a maiores de 70 (setenta) anos seria uma inconstitucionalidade e uma violação à liberdade de escolha.

Relacionado com esse princípio Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2014, p. 103-107) apontam também o princípio da facilitação da dissolução do casamento, que apesar de não terem denominado de liberdade tem forte relação com ele e por isso deve ser entendido conjuntamente, pois é clara a origem de ambos na autodeterminação afetiva.

Preliminarmente não existe limite à quantidade de divórcio que uma pessoa pode fazer, o que antes existia e se limitava a um. Outro avanço foi a possibilidade de dissolução por vias administrativas, desde que seja consensual e sem interesse de incapaz envolvido. Antes se exigia a separação judicial além de imposição de vários prazos, existia muitas dificuldades no momento que um casal não desejavam mais

viver juntos, tudo isso com o objetivo de desestimular essa conduta, só que hoje isso não mais se justifica, sendo que o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, independentemente de qualquer lapso temporal.

Essa mudança vem para respeitar a vontade das pessoas e não só isso, ajuda com a diminuição da burocracia que antes existia. Foi extinto do sistema a separação, mas as pessoas que estavam separadas continuam com o mesmo estado civil e podem converter para divórcio, bastando o desejo delas para a conversão, entrando com uma ação para isso. É evidente que a ligação que mantém o casamento atualmente não é outro que não a vontade de permanecer com esse vínculo, os autores afirmam que “a base fundante do Direito de Família é o afeto”, logo a liberdade de amar é protegido pelo Estado e é um dos valores que direcionam as ações, os comportamentos de todos.

Luiz Edson Fachin (2003, p. 195) chama essa liberdade de casar e de não permanecer no casamento de “espelho invertido”.

Sobre esse princípio Rolf Madaleno (2013, p. 92-93) fala que “da liberdade necessita o homem para poder desenvolver todas as suas potencialidades, fazendo ou deixando de fazer alguma coisa por vontade própria, quando não for em virtude de lei”.

Evidencia ainda que tal princípio não é absoluto, como nenhum outro, e devido a isso comporta restrições até pela existência de outros princípios. Tal princípio é um direito fundamental de primeira classe, que são as liberdades civis básicas e clássicas, é uma liberdade em sentido geral de livre manifestação de pensamento, de locomoção, de expressão, entre outras. Sendo no Direito de Família é evidente a existência desse princípio, se manifestando na livre constituição de unidade familiar, livre planejamento familiar, liberdade de escolha entre divórcio ou separação.

### **2.2.6 Princípio da dignidade da pessoa humana**

Esse é o primeiro princípio que Rolf Madaleno (2013, p. 45-46) trata, constatando que esse foi o princípio fundamental na Constituição Federal, mostrando correlação com o planejamento familiar, da paternidade responsável, de amparo as pessoas idosas, sendo todas essas formas de promover a dignidade da pessoa humana. Mostra que “a família passou a servir como espaço e instrumento de proteção à

dignidade da pessoa”.

Para Maria Berenice Dias (2015, p. 44) deixa claro que esse é um dos princípios norteadores, é mais que isso, é fundante, é o mais universal que dos demais, mostra que a sua importância é tamanha que foi consagrado como valor nuclear da ordem constitucional e é aplicado em uma infinidade de casos. O que de essencial se absorve neste princípio é a pessoa humana no centro, sendo o protegido pelo direito.

O Estado, assim como as partes tem que atuar efetivando esse princípio, sendo que para o Estado a obrigação de efetivação é ainda maior, tendo ele a obrigação de atuar positivamente para efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana. Sendo a família muito importante para efetivação deste, o “solo apropriado para florescer”, isso para permitir o desenvolvimento pessoal e social dos que dela fazem parte. Então o sentido maior, superando possíveis contradições ou incertezas, é a proteção da dignidade da pessoa humana, é a igual dignidade para todos do núcleo familiar.

Paulo Lôbo (2011, p. 60-61) classifica o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundantes e diz que tal princípio impõe um “dever geral de respeito, proteção e intocabilidade”. O Estado promove a proteção da família não para uma tutela da família em si, mas como instrumento de “realização existencial de seus membros”. Maria Helena Diniz (2011, p.37) nota que o referido princípio busca garantir a afetividade, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os membros da família, em especial a criança e o adolescente.

Regina Beatriz Tavares, em artigo sobre o tema defende que na família “a tutela da dignidade da pessoa humana, em todo o alcance dessa expressão, deve ser assegurada tanto no curso das relações familiares como diante de seu rompimento, cabendo ao Direito oferecer instrumentos para impedir a violação”.

### **2.2.7 Princípio da solidariedade familiar**

Paulo Lôbo (2011, p. 63) aponta como um dos princípios do Direito de Família o princípio da solidariedade familiar. Mostra que ao viver em sociedade acabamos agindo com individualidade, ou seja, sobrepondo os interesses pessoais e individuais. Tal princípio seria então a superação desse pensamento, desse modo de agir, impondo à pessoa uma cooperação, um amparo, uma ajuda, um cuidado

com sua família. Então o que se absorve desses princípios é que na atualidade existe a busca do equilíbrio entre o interesse individual e a interação das pessoas. Não se trata de uma relação obrigacional, esse pensamento deve ser superado apesar de existir alguns deveres decorrentes desta relação, a ideia aqui é de que o lar seria um lugar de colaboração. “A solidariedade do núcleo familiar deve entender-se como solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto a assistência moral e material”.

Assim como Paulo Lôbo, Maria Berenice Dias (2015, p. 48-49) também aponta esse princípio trazendo uma conceituação prontamente: “Solidariedade é o que cada um deve ao outro”. Esse princípio compreende tanto a fraternidade quanto a reciprocidade, como exemplo tem-se o dever de assistência aos filhos, assim como o dever de amparo as pessoas idosas, que são claramente a concretização de tal princípio.

O princípio da solidariedade familiar como chama Rolf Madaleno (2013, p. 93-94), está logo no artigo 1.511 do Código Civil quando demonstra que o casamento importa em comunhão plena de vida, pois sem isso não existe também o “*affectio*”, sem essa vontade de estar juntos. Considera que a “solidariedade é o princípio e o oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário”. A solidariedade também é vista no âmbito dos alimentos, no dever de mútua assistência.

Muitos autores, como Carlos Roberto Gonçalves, Maria Helena Diniz não classificam a solidariedade como princípio do Direito de família.

### **2.2.8 Princípio do planejamento familiar e da responsabilidade parental**

Esse é um princípio que é apontado por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal (2014, p. 103-104) que mostram que foi uma opção do ordenamento pela responsabilidade familiar como diretriz de todas as relações familiares, mostrando que esse princípio é essencial para não se formar famílias sem condições de se sustentar e se manter, e de fato isso deve ser pensado para evitar um crescimento populacional desordenado. Entretanto, no texto legal fica evidente que essa escolha

é do casal, o Estado pode e deve criar políticas públicas para incentivar ou desestimular alguma conduta, mas jamais usar a coerção para atingir seus objetivos. Os artigos que preveem esse princípio é o 226, §7º da CF, sobre a liberdade de escolha do casal é o artigo 1565, §2º do CC.

Esse princípio também se relaciona com a o comportamento de cada ente familiar, sendo que a Lei 12.318/10 aponta para uma conduta de interferência psicológica da formação da criança ou do adolescente, que é a alienação parental. Ela pode ser cometida por qualquer indivíduo que tenha autoridade sobre a criança, não necessariamente os pais, como pode-se observar no artigo 2 da referida lei. Essa conduta, mais especificamente, seria a manipulação de informações, notícias ou imposição do ponto de vista pessoal para induzir a criança a pensar de alguma forma. Lembrando também que é importante ter muito cuidado por parte dos juízes no momento de verificar uma situação dessa, tendo que estar fundamentados por laudos periciais para não provocar nenhum tipo de injustiça ou se deixar levar por depoimentos.

Rolf Madaleno (2013, p. 176) não aponta o planejamento familiar como um princípio mas fala da sua importância, mostrando que existe a previsão no artigo 1.565 do Código Civil e que o planejamento tem como fundamento a dignidade humana. Existe unanimidade dos autores quanto a liberdade da própria família decidir em última posição sobre o assunto, não cabendo ao Estado essa interferência.

### **2.2.9 Princípio da autonomia da vontade**

Para Arnoldo Wald e Priscila M.P. Corrêa da Fonseca (2009, p. 144-147), esse seria o princípio básico do regime de bens. Esse princípio traz a liberdade de escolha do regime de bens, o casal então tem duas opções, ou escolhe um dos modelos já existentes ou modifica-los de acordo com seu desejo e necessidades. Essa escolha contudo deve ocorrer antes do casamento, e sem ele não produzirá efeitos. Esse princípio também mostra a possibilidade de mudança do regime de bens na constância do casamento, desde que se demonstre razões relevantes para tal.

Outros autores, como a exemplo de Maria Berenice Dias considera que a ideia desse princípio está inclusa no princípio da liberdade, fazendo uma divisão distinta

da supracitada. Mas o objetivo que o princípio mostra para ela também existe, seria apenas distinção de classificação.

Denominação distinta a essa é a que Rolf Madaleno (2013, p. 91), ao falar em princípio da autonomia privada. Mas para ele um não se mistura ao outro, ou seja, autonomia da vontade não é a mesma coisa que autonomia privada, mas reconhece que são interligados. Mostra que a distinção se dá ao fato da autonomia privada não se referir somente a capacidade de estabelecer acordos eminentemente judiciais, seria o exercício de forma plena da liberdade da pessoa. Isso é visto, por exemplo, na possibilidade de dissolução da sociedade conjugal através de escritura pública caso não tenha menor envolvido. Uma crescente ampliação da liberdade de ação dos cônjuges.

#### **2.2.10 Princípio da monogamia**

Em simples explicação a monogamia é o indivíduo ter um único parceiro. Na verdade esse princípio é uma “proibição de múltiplas relações matrimoniais, constituídas sob chancela do Estado” como mostra Maria Berenice Dias (2014, p. 42) A referida autora ainda afirma que não tem como se considerar que estamos falando de um princípio constitucional, pois não existe essa previsão e inclusive é possível ver traços de convivência com o fato da existência de outras relações, como a não discriminação dos filhos nascidos de traições, sendo todos os filhos recebendo o mesmo tratamento pelo ordenamento.

Para ela a monogamia tem uma função ordenadora da família, pois serve muito mais para questões matrimoniais, sucessórias e econômicas. Para ela não cabe ao Estado fazer essa escolha, decidir sobre essas questões, mas de fato o modelo da sociedade ocidental contemporânea sem dúvida é fundada neste princípio.

Não se tem dúvida que o referido princípio é de fato orientador em nossa cultura, Rodrigo da Cunha Pereira, que é presidente do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), aponta que mudar isso resultaria em outro código moral em para as relações amorosas. Ressalta também que devemos ficar atentos para o fato do princípio da monogamia não ser a mesma coisa que fidelidade, a fidelidade para ele é um código moral entre o casal, a monogamia já caminha mais para a formação de uma família paralela. Podendo então existir monogamia sem fidelidade.

Mostra ele que o Direito tem como objetivo vedar a prática de uma determinada conduta e que o desejo de praticá-la sempre vai existir. O Estado tende a se afastar dessas questões, cabendo ao casal determinar sobre a fidelidade ou não, cabendo ao casal terminar questões de foro íntimo, um exemplo disso foi a desclassificação do adultério como crime, que era uma coisa absurda os dias atuais, não condizendo mais com a realidade.

O princípio da monogamia não significa que uma eventual família paralela não terá direitos reconhecidos, ou seja, esse princípio não deve ser interpretado isoladamente, e sim conjugado aos demais, e isso vale para todos os outros princípios.

Não são todos os autores que consideram que a monogamia é um princípio, então não existe consenso quanto a isso.

Rolf Madaleno (2013, p. 94-95) aponta que existem princípios que são escritos e outros que não são, mas isso não significa que não existem. O princípio da monogamia é um exemplo de princípio não escrito e é um princípio sobre o qual se assenta todas as formas de família. Ele aponta que muitos duvidam da existência desse princípio como intocável e fundamental no nosso sistema atualmente, pois para os que defendem isso existe a prevalência do princípio da afetividade.

Atualmente uma questão que tem sido muito debatida é sobre o poliamor que Regina Beatriz Tavares em artigo sobre o tema conceitua como “relações interpessoais amorosas de natureza poligâmica, em que se defende a possibilidade de relações íntimas e duradouras com mais de um parceiro simultaneamente”, o que a autora considera de importante sobre o tema é a existência ou não de efeitos jurídicos para o Direito de Família.

A existência de dois casamentos válidos não é possível, seria bigamia, no qual o ordenamento jurídico veda. Nossa sociedade ainda não admite a poligamia, não sendo admitida o reconhecimento de uniões estáveis na constância do casamento, e pelo fato da nossa Constituição Federal equiparar a união estável ao casamento, também não se admite o reconhecimento de duas uniões estáveis ao mesmo tempo. Como estipula o Código Civil no artigo 1.727. “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”, essas relações são relações de concubinato. O STJ, assim como o STF, tem jurisprudência

consolidada nesse sentido. Defende ainda a autora que atualmente é até difícil defender um relação putativa, de uma boa fé de terceiro, pois com as redes sociais, e as novas configurações virtuais dificilmente uma pessoa casada consegue sustentar outra relação sem que o terceiro ou terceira venha a saber da existência do casamento.

### **2.2.11 Princípio da igualdade de filiação**

Rolf Madaleno (2013, p. 99) discorre que existia distinções entre os filhos fruto do casamento (legítimos) e os filhos fruto de relações que não do casamento (ilegítimos). Essa distinção foi superada pela CF/88, esquecendo a lei a filiação socioafetiva, mas não é completamente esquecida devido a algumas distinções que ainda existem, como por exemplo da presunção de paternidade somente para os filhos fruto do casamento ou da união estável e quando opta por apenas o marido da mulher casada ter que impugnar a paternidade de filhos gerados por sua esposa. É do artigo 227 que se extrai o princípio: “§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

O referido autor (2013, p. 100-101) ainda aponta como princípios do Direito de Família o princípio da proteção da prole e o princípio da proteção do idoso. A criança e o adolescente recebem uma proteção maior, sendo eles prioridade devido à sua circunstância de vulnerabilidade e por se encontrarem em fase de formação, sendo papel não só da família, mas também da sociedade e do Estado impedirem qualquer forma de exploração, negligência, violência, discriminação, exploração, crueldade, opressão. A questão do idoso é regulamentada pelo Estatuto do Idoso, sendo eles destinatários com prioridade e imediata aplicação dos direitos fundamentais.

Diferente da divisão que Rolf Madaleno faz, Maria Berenice Dias (2015, p. 50) congrega esses valores em um só princípio, que ela chama de princípio da proteção integral à criança, adolescentes, jovens e idosos. Ela mostra que em “face da garantia à convivência familiar, há toda uma tendência de buscar o fortalecimento dos vínculos familiares e a manutenção de crianças e adolescentes no seio da família natural “. O que busca o princípio é sempre o respeito à dignidade e ao

desenvolvimento integral, que não necessariamente ocorrerá na família biológica. Sobre a proteção ao idoso, Maria Berenice Dias ainda mostra a necessidade de políticas públicas de amparo aos mesmos.

Essa ideia também é apontada por Paulo Lôbo (2011, p.75) ao tratar do princípio do melhor interesse das crianças, mostrando que tanto na elaboração, quanto na aplicação do direito, a criança e do adolescente devem ser tratados como prioridade. O surgimento desse princípio se deu porque antes o filho era tratado em segundo plano nas separações prevalecendo sempre os interesses dos pais, e atualmente isso não é mais permitido.

### **2.2.12 Princípio da proibição de retrocesso social**

Quem aponta esse princípio é Maria Berenice Dias (2015, p. 51), mas outros autores não contemplam esse princípio, a autora discorre que algumas das diretrizes supracitadas tem mais obstáculos para retroceder, por serem garantias constitucionais, ou seja, alguns avanços conquistados pela sociedade, como por exemplo a igualdade entre os cônjuges, as liberdades, entre outros avanços, por serem consagrados como diretrizes não podem mais ser retiradas, deve-se colocar obstáculos para que isso ocorra. O Estado deve adotar uma postura de garantidor dessas conquistas, não só atuando de forma positiva, mas também tendo uma postura a assegurar tais realizações. E o juiz tem um papel importante aqui, impedindo o retrocesso em casos práticos, interpretando e aplicando a lei de acordo com os avanços já implementados que por vezes o texto legal não consegue acompanhar, um exemplo claro disso é a interpretação extensiva as uniões estáveis, quando a lei somente se refere ao casamento.

### 3 REGIME DE BENS, SUA PARTILHA E A COMUNHÃO PARCIAL

É importante nesse momento especificar um pouco mais o objeto de estudo deste trabalho chegando as questões mais específicas e que de fato começam a gerar inquietação.

#### 3.1 REGIME DE BENS

O regime de bens, inegavelmente é uma consequência jurídica do casamento ou da união estável. Mesmo não optando por um regime de bens, a lei trata de fazer esse enquadramento, não existindo assim uma família sem um regime de bens.

##### 3.1.1 Breve histórico

Para entender melhor o tema deve-se observar a evolução que o mesmo sofreu ao longo do tempo. Maria Berenice Dias (2011, p. 218 - 219) dispõe que Código Civil de 1916 a configuração da família era outra, pois o casamento era considerado indissolúvel, o regime era o de comunhão universal de bens que resultava na mancomunhão (condomínio), pouco importava a origem dos bens muito menos a data de aquisição dos mesmos. Nota-se também o regime dotal, no qual o marido recebia os bens da mulher para administrá-los.

Em 1962 veio o Estatuto da Mulher Casada que trouxe os bens reservados, que eram aqueles obtidos pela mulher como fruto de seu trabalho, que eram considerados incomunicáveis, porém isso foi extinto.

Em 1977 a Lei de Divórcio que trouxe várias mudanças e inovações, entre elas a alteração do regime legal base de bens, que de comunhão universal passou a ser de comunhão parcial.

O Código Civil vigente, que atualmente é de 2002 alterou algumas coisas como aponta Maria Berenice Dias (2015, p. 297), entre as mudanças ocorridas uma delas

foi a retirada do regime dotal que já não era visto na prática, caindo em desuso, assim como a inclusão do regime de participação final nos aquestos e a possibilidade de mudança do regime de bens durante o casamento. Percebe-se aqui uma forma de efetivação de princípios como a liberdade e igualdade entre os cônjuges. Outro ponto importante implementado foi a adoção da comunhão parcial para as uniões estáveis com a opção do casal de dispor de forma distinta a essa por meio de um contrato de convivência.

Sobre essa nova legislação Paulo Lôbo (2011 p. 340) ressalta que:

No direito brasileiro vigora a regra de sobredireito da eficácia imediata da lei nova, respeitando o direito adquirido (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º), segundo a formulação doutrinária de consideração dos fatos passados, pendentes e futuros (*facta praeterita, pendentia, futura*). A eficácia imediata da lei nova não alcança os fatos pendentes, em virtude da vedação de retroatividade. Alcança, todavia, a parte posterior dos fatos pendentes e os fatos futuros; nisso distingue-se a eficácia imediata (sobre o presente) do efeito retroativo (sobre o passado). Dessa forma, mantém-se intocada a validade dos atos, como foram constituídos segundo a lei antiga, e submetem-se sua eficácia futura à nova lei, fórmula esta adotada pelo art. 2.035 do Código Civil, também incidente sobre o casamento e respectivo regime de bens, por ser ato jurídico.

Entende-se então que os casamentos anteriores a entrada em vigor do novo Código Civil de 2002 podem ter seus regime de bens alterados, mas os efeitos disso serão produzidos a partir da mudança, não prejudicando atos praticados anteriormente, continuando válidos.

### 3.1.2 Conceito

Ao falar de regime de bens observam-se as relações econômicas, a questão patrimonial que o casamento gera tanto para os nubentes, quanto para terceiros. Com o casamento existe um entrelace de patrimônios e é de suma importância que se defina todas as questões relacionadas aos bens afim de não gerar insegurança sobre tais efeitos futuros.

Maria Helena Diniz (2011, p. 169-170) conceitua o regime matrimonial de bens:

De forma que o regime matrimonial de bens é o conjunto de normas aplicáveis às relações e interesses econômicos resultantes do casamento. É

constituído, portanto por normas que regem as relações patrimoniais entre marido e mulher, durante o matrimônio. Consiste nas disposições normativas aplicáveis à sociedade conjugal no que se concerne aos seus interesses pecuniários. Logo, trata-se do estatuto patrimonial dos consortes, que começa a vigorar desde a data do casamento (CC, art. 1639, §1º) por ser o matrimônio o termo inicial do regime de bens, decorrendo ele da lei ou de pacto; logo, nenhum regime matrimonial pode ter início em data anterior ou posterior ao ato nupcial, pois começa, por imposição legal, a vigorar desde a data do casamento.

Carlos Roberto Gonçalves (2006, p. 138-139) aponta também como princípios básicos, específicos dos regimes de bens o princípio da imutabilidade absoluta à mutabilidade motivada, sendo a imutabilidade uma forma de proteção do interesse de terceiros, contra a possibilidade de mudança do regime de bens com má-fé, ao contraposto de tal imutabilidade comportar exceções desde que motivadas e por autorização judicial. Outros princípios específicos do regime de bens são os da variedade de regimes e a livre estipulação já mencionadas anteriormente no capítulo anterior.

Como mostra Maria Berenice Dias (2015, p. 297), o casamento faz nascer diversas obrigações, são direitos e deveres impostos que vão muito além do simples afeto, sendo as obrigações bem parecidas com as das uniões estáveis.

Preliminarmente deve-se ter uma distinção entre regime de bens e comunhão de bens, pois nem todo regime de bens existe a comunhão de bens. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2013, p. 333) de forma clara e direta discorre acerca do conceito de regime de bens, pois ele vai abarcar as aquisições e as perdas de propriedade pelos cônjuges, a administração e o gozo do patrimônio do casal, a disponibilidade dos bens, a responsabilidade sobre a dívida perante a terceiros, nota-se que o regime de bens tem uma ampla abrangência.

Os referidos autores dispõem também sobre as situações que não são abarcadas pelo regime de bens como, por exemplo, as obrigações alimentícias, o usufruto, a administração de bens de filhos menores e a sucessão hereditária, ou seja, tais situações os nubentes não podem dispor como serão através do regime de bens, são situações dispostas em lei como se dará. Eles consideram que poderia ser chamado, o regime de bens, de “estatuto econômico-base ou estatuto mínimo das relações patrimoniais” devido ao seu conteúdo patrimonial.

Mostram ainda que os efeitos que o regime de bens gera não estão ligados aos efeitos pessoais, pois em qualquer regime de bens os efeitos pessoais, de direitos e deveres recíprocos estão plenamente mantidos. É mantida a plena comunhão de vida, a mutua assistência, a responsabilidade pela criação dos filhos, a subsistência da família, a cobertura dos custos e gastos, etc.

O legislador brasileiro estabelece alguns modelos de regimes de bens, são modelos que devem ser optados antes do casamento, ou até mesmo pode ser criado um novo modelo ou mesclar com os modelos já apresentados. Não existe casamento que não tenha um regime de bens a ser aplicado a ele, e por decorrência disso o legislador estabelece um regime de bens base, que no silêncio acerca de qual regime será aplicado será imposto esse, que atualmente é o regime de comunhão parcial. Existem casos específicos que essa possibilidade de escolha do regime não se estabelece, são casos em que o legislador impõe o modelo do regime de bens ao qual o casal vai se submeter.

Rolf Madaleno (2013, p. 698) quando dispõe sobre o tema aponta que a situação jurídica dos bens conjugais é um tema de muita divergência, pois tem os mais diversos entendimentos. Alguns identificam esses como condomínio por metade de bens móveis, imóveis e créditos, mas o mesmo autor aponta que não aceita esse entendimento por pelo fato dos bens seguirem registrados em nome do cônjuge que o adquiriu.

A outra corrente entende que a situação jurídica dos bens conjugais é de patrimônio de afetação, unidos por vínculo de direito, porém existem críticas a esse entendimento pois não existe um passivo específico da sociedade, sendo o patrimônio de afetação uma universalidade jurídica que tem como características principais a fungibilidade dos bens e a preferência dos credores para as dívidas de seu passivo, característica essa que não se observa no patrimônio matrimonial visto que cada cônjuge somente vai responder por dívidas com bens próprios.

De forma esclarecida sobre o tema o autor aponta ainda que os diferentes regimes de bens são reflexos dos tempos e das mudanças sócias que se amoldam no tempo, observando-se maior ou menor liberdade. Observa-se uma crescente participação da mulher na construção matrimonial e tal fato reflete diretamente nos regimes de bens matrimônios, percebe-se inclusive que aqui existe forte inclinação a adoção pelo regime de separação de bens.

### 3.1.3 Finalidade e importância

O regime de bens tem relevante importância na sociedade, pois tem como principal finalidade a regulação acerca dos bens, acerca dos patrimônios dos cônjuges. Esse assunto não se limita as partes envolvidas, observando-se também efeitos sobre terceiros.

Na atualidade se observa um grande volume de casamentos e separações, esse fato tem grande influência no fator econômico e um novo entendimento vem tomando conta dos tribunais ao se tratar do direito de família, mas especificamente ao se tratar da partilha de bens e os proventos do trabalho.

De acordo com Maria Berenice Dias (2011, p. 148) o casamento tem dois significados, primeiramente pode ser considerado um ato de celebração do matrimônio, assim como também significa relação jurídica. E é justamente dessa relação jurídica que se origina a relação matrimonial.

Observando-se a relação matrimonial esta melhor se expressa pela noção de comunhão de vidas ou comunhão de afetos, ou seja, a partir do ato do casamento cria-se um vínculo entre quem se casa. Existe uma plena comunhão de vidas, que é o principal, o primordial efeito do casamento.

Por ser um tema que pode suscitar muitos conflitos, se faz necessário a definição do regime de bens para o legislador saber como deve atuar e quais as regras que se aplicam ao caso ao qual ele foi requerido a solucionar. Nota-se então um princípio basilar da legislação brasileira que é o da segurança jurídica, e por esse motivo deve-se buscar ao máximo a clareza no momento de definir o regime jurídico para evitar possíveis lides que tem como origem, como raiz a falta de informação e de orientação adequada.

A legislação brasileira protege a família como tem disposto no artigo 226 “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado da Constituição Federal.”

Nesse mesmo sentido Camilo de Lelis Colani Barbosa (2006, p. 35) discorre em seu livro que é nas regras que dizem respeito ao casamento que se “encontrará a passagem da família de seus aspectos naturais de sobrevivência física e

reprodutiva, e ainda, num segundo momento, de sua concepção social, para a categoria de entidade jurídica”.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 309) afirmam que, na prática, os maiores e mais graves litígios do âmbito matrimonial são os que envolvem o patrimônio. Apontam três princípios fundamentais relacionados ao regime de bens: a liberdade de escolha, variabilidade e mutabilidade. Logo existe liberdade no momento de escolher o regime de bens, não cabendo ao Estado intervir nessa decisão. Assim como os regimes de bens são variáveis, existem tipos, diversidade de regimes. E com o advento do Código Civil de 2002, passou a existir a possibilidade de modificação, de alteração do regime de bens no curso do casamento e a qualquer tempo.

Conclui-se então que a finalidade do regime de bens é promover a segurança jurídica das relações, tanto para os cônjuges quanto para a sociedade, assim como a proteção ao próprio casamento.

#### 3.1.4 Modalidades

O artigo 1528 do Código Civil estabelece como dever do oficial do registro esclarecer os nubentes a respeito dos fatos que podem ocasionar a invalidade do casamento, bem como sobre os diversos regimes de bens.

Ocorre que na prática isso dificilmente é visto e por diversas vezes tem pessoas casadas que desconhecem os direitos e deveres que possuem, assim como a forma que a legislação dispõe os bens, o que conseqüentemente leva a escolhas que não são boas para a sua realidade. Essa falta de conhecimento é a origem de diversos problemas que ocorrem no momento da separação ou até mesmo na constância do casamento.

Acerca das modalidades de regimes de bens não há muitas dúvidas doutrinárias nem mesmo discussões, e de fato não deve-se ter, pois o Código Civil prevê de forma muito clara que são quatro as modalidades de regime de bens. Sobre o regime de comunhão parcial tratam os artigos 1658 ao 1666, sobre o regime de comunhão universal os artigos 1667 ao 1671, sobre o regime de participação final nos aquestos dos artigos 1672 ao 1686 e a última modalidade de regime de bens

que é o da separação de bens tem apenas dois artigos, que são os artigos 1687 e 1688.

Cabe ao casal, de comum acordo, a escolha do regime patrimonial ao qual vão se submeter, o regime de bens é de tamanha importância que na omissão o Estado estabeleceu qual será o regime a ser aplicado. A escolha do regime de bens confere segurança jurídica a ambos os lados sobre as possíveis consequências patrimoniais que uma separação pode trazer.

O regime de bens base é o da comunhão parcial de bens, também chamado de regime legal supletivo, e é o que muitas vezes por falta de informação a maioria se submete a tal regime. Quando os nubentes escolhem opção diversa a essa, ou seja, escolhem outro regime que não o da comunhão parcial, existe a necessidade de fazer a lavratura de pacto antenupcial, sendo o mesmo facultativo e necessário para a escolha do regime de bens. O pacto é um acessório ao casamento, e conseqüentemente, por ter essa natureza, se o casamento for considerado nulo o pacto também será.

A comunhão universal era o regime de bens anteriormente aplicado como regime base devido ao contexto histórico da sociedade, mas mesmo assim pose se uma opção para quem quer usar. Atualmente, é difícil as pessoas optarem por esse modelo.

Como Maria Berenice Dias (2015, p. 319) afirma que o regime de comunhão universal é o único que existe a troca da titularidade do patrimônio sem registro nem necessidade do pagamento de imposto de transmissão. Considera a autora que esse regime é uma “doação feita pelos cônjuges entre si”. Atenta também para o fato de que as dívidas não são adquiridas.

Participação final dos aquestos, como aponta a maioria dos doutrinadores, é um regime de bens misto, híbrido. Como mostra Rolf Madaleno (2013, p. 703), que elenca nesse regime três massas de bens, os bens que são do marido, os bens que são da esposa e os bens comuns adquiridos durante o casamento.

Maria Berenice Dias (2011, p. 243) faz forte crítica ao referido regime de bens por ter normas de difícil entendimento causando com isso grande insegurança, de incerteza e de dificuldade de execução. Aponta a existência de bens particulares, bens comuns e os aquestos que são “os bens próprios de cada um dos cônjuges

amealhados durante o casamento e mais os bens que foram adquiridos por eles em conjunto no mesmo período”.

Outro regime de bens é o da separação convencional ou absoluta, Carlos Roberto Gonçalves (2006, p. 153) fala sobre ele apontando que nesse regime é conservada a plena propriedade, a integral administração e fruição de seus próprios bens, tendo com isso liberdade para dispor dos mesmos da forma que bem entender, fala ainda que “Envolve todos os bens presentes e futuros, frutos e rendimentos, e confere autonomia a cada um na gestão do próprio patrimônio”.

Para Maria Alice Zaratin Lotufo (2002, p. 102), o objetivo do regime de separação de bens tem como essência o objetivo de não existir um patrimônio comum do casal pois cada um será o único dono dos próprios bens, não importando o momento em que foram adquiridos. Ou seja, sendo adquiridos antes ou após o casamento não vai importar em uma futura partilha. A referida autora também salienta que os nubentes que pretendem se casar sobre esse regime devem ser orientados de que não basta a declaração que a opção foi pelo regime de separação, há necessidade ainda que se declare que os aquestos também não se comunicam ou que o regime é de separação absoluta de bens. É indispensável que se deixe bem claro que a separação de bens é total, para que não haja surpresa de estarem casados sob um regime que não lhe convenha.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 324) discorre acerca do regime de bens apontando que nem sempre existe a liberdade total para fazer a escolha do regime de bens pois existem algumas limitações legais, a lei nesses casos impõe o regime de bens aos nubentes. As hipóteses em que obriga-se a separação de bens está instituída no artigo 1641 do Código Civil, os autores ainda apontam que tal dispositivo de forma alguma poderá ser interpretado de forma extensiva, ampliativa ou análoga pois traduzem restrição a autonomia privada. Trazem ainda outra questão da completa impossibilidade de aplicar essa restrição supracitada às uniões estáveis por falta de legislação impeditiva, e como é notório no mundo acadêmico, o ramo do direito privado: o que não está proibido por lei, está permitido.

### 3.1.5 Alteração do regime de bens

O silêncio quanto ao regime de bens leva a aplicação do regime base, que é o de comunhão parcial. Porém existe a possibilidade de, no curso do casamento ser alterado o regime de bens. Vale ressaltar que antes não existia essa possibilidade, somente com o atual código tornou-se possível. Maria Berenice Dias (2011, p. 252) aponta que apesar da lei usar a palavra “alterar”, entende-se que existe liberdade para os nubentes modificarem o que for do seu desejo, não podendo interpretar somente como uma possibilidade de mudar de uma modalidade para outra. Essa possibilidade é abarcada pela união estável, na qual também pode-se alterar por meio de contrato de convivência o regime de bens.

Como o artigo 1.641 do Código Civil determina que as pessoas submetidas ao regime de separação obrigatória não podem fazer a alteração aqui mencionada. Seria uma incongruência tal mudança e a jurisprudência acompanha esse raciocínio.

As discussões em relação a mutabilidade do regime de bens são antigas devido a importância do Direito ser um reflexo das necessidades da sociedade de cada época.

Apesar do Código Civil prever a alteração do regime de bens, mediante autorização judicial, assim como dispõe o artigo de lei. Não pode-se falar que é um tema pacificado pois ainda existem opiniões divergentes, contra a mutabilidade tem-se Sílvio Rodrigues e Caio Mário da Silva Pereira e opoem-se a eles, a favor da mutabilidade tem-se Orlando Gomes e Carvalho Santos.

Para os contrários, o argumento mais relevante é a insegurança jurídica perante a terceiros, ficando estes em uma situação de instabilidade. Ao fazer um negócio jurídico com pessoas casadas por exemplo o risco que se corre é bem maior devido a possibilidade de alteração.

Quem se configura como desfavorável aponta ainda que não existe uma igualdade dos cônjuges no âmbito material e emocional, sobretudo sobre aqueles patrimônios que são transmitidos via herança.

De outro lado tem a posição favorável à mutabilidade do regime de bens, pois atualmente predomina de forma inquestionável a igualdade entre os nubentes, a igualdade entre homem e mulher ao se tratar de casamento, como já visto nos princípios.

Com a possibilidade de mudança no regime de bens ao qual estão inseridos ampliou-se consideravelmente a liberdade dos cônjuges, isso não significa que as mudanças podem ocorrer de forma indiscriminada nem aleatória. São basilares os princípios da segurança jurídica, e todas as medidas para preservação de terceiros devem ser observadas e adotadas devidamente.

Sobre o tema, Rolf Madaleno (2013, p. 717) mostra que alguns temem a possibilidade de mudança do regime de bens por dois motivos, o primeiro motivo são as fraudes que podem ocorrer, o segundo seria a credulidade conjugal, mas em contraponto a isso fica claro que “Os cônjuges nunca tiveram a salvo da fraude ou do engodo em qualquer regime de mutabilidade ou no sistema da imutabilidade do regime patrimonial”. A fraude que se sugere aqui é uma fraude entre os cônjuges, mas também existe a possibilidade de tentar fraudar um terceiro, que são coisas distintas, mas não deixam de ser importante, cabendo aos juízes nos casos concretos fazer essa análise.

### **3.2 PACTO ANTENUPCIAL**

O pacto é um negócio jurídico e como tal existe a imposição da autonomia privada, isso diz muita coisa sobre a liberdade que terão as partes no pacto, que apesar de ser principalmente patrimonial, pode conter cláusulas diversas com variadas finalidades, devendo apenas observar os direitos fundamentais de cada um, nem atentar contra norma de ordem pública.

Segundo Maria Alice Zaratini (2002, p. 99), o pacto antenupcial é um contrato um pouco diferente daqueles disciplinados pelo direito das obrigações, pois passa a vigorar somente após o casamento tendo sua eficácia a ele condicionado. Assim, os efeitos do pacto ficam suspensos até que se realize a condição suspensiva, qual seja, o casamento.

Para celebrar o pacto, exige-se a capacidade das partes, que deverão ter atingido a maioridade civil ou, havendo atingida apenas a matrimonial, a assistência dos seus representantes legais. Discute-se se os nubentes, os menores púberes, após a obtenção da certidão de habilitação, para qual, certamente, necessitariam da anuência dos seus representantes legais, ainda dela não principiariam. Outro

aspecto a ser abordado é a respeito do conteúdo do pacto que, estaria circunscrito à esfera patrimonial ou nele também se poderia reconhecer filhos, convencionar sobre educação, crença religiosa, entre outras coisas.

Outra vedação que é imposta ao pacto antenupcial na qual Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2013, p. 382) apontam é sobre a possibilidade de estipulação de indenização por um dos cônjuges ao outro caso ocorra a dissolução nupcial, porém deve-se levar em conta que o pacto antenupcial é um negócio jurídico especial que não está regido pelo direito obrigacional. Apontam que tal situação seria uma punição, logo não seria admitida no pacto antenupcial e caso elas existam são consideradas nulas.

É fundamental a escritura pública do pacto, assim dispõe o artigo 1.653 “é nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento”. Além da escritura pública é necessário o registro em Cartório de Imóveis, tendo em vista a produção de efeitos perante terceiros.

Uma importante observação quanto ao pacto antenupcial é a possibilidade de mescla dos regimes de bens, pelo que já foi falado sobre o pacto, conclui-se que quanto a esse tema existe liberdade para os nubentes casos desejem mesclar características das quatro modalidades de regime que existe na legislação.

Eduardo de Oliveira Leite (2005, p. 319) aponta que apesar de existir autonomia, a liberdade do pacto em questão não é plena, é limitada. Como cláusulas nula do pacto antenupcial ele aponta um exemplo de alteração da vocação hereditária, ou seja, ele aponta como nulas as cláusulas que dispõe de forma contrária ao texto legal.

A partir do momento que se celebra o casamento começa também a vigorar os efeitos do regime de bens escolhido, o fim deles, obviamente será com a dissolução do casamento

### 3.3 COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

Sem sombra de dúvidas o regime parcial de bens é o muito usado por ser aplicado a um maior número de casamentos e também por ser um regime intermediário aos

outros, tem autores que afirmam que seria o mais justo. Esse regime é o regime legal de bens, que Rolf Madaleno (2013, p. 740) conceitua como aquele que “na falta de manifestação dos cônjuges na escolha por um determinado regime de bens, dentre os previstos em lei, ou sendo nulo o pacto, ou vindo a ser anulado, irá prevalecer o regime de comunhão parcial”. Esse também é o regime de bens ao quais as uniões estáveis estão submetidas, elevando assim sua importância e aplicabilidade.

Sobre esse regime de bens Eduardo Oliveira Leite (2005, p. 325-326) mostra como se deu a implementação do supracitado:

A noção de regime de bens, como agudamente apreciaram Oliveira de Muniz tem estreita relação com os princípios dominantes na sociedade, em determinado período histórico. Assim, a opção pelo regime da comunhão universal, no início do século XX, refletia integralmente a ideia de hierarquia nas relações entre os cônjuges. Se o marido era o chefe da sociedade conjugal, era “natural” que a predominância do marido sobre a mulher, nas relações pessoais, também se repetisse no terreno das relações patrimoniais.

No momento, porém que o relacionamento assimétrico tende à igualdade, fenômeno visível a partir da segunda metade do século XX, a noção de comunhão universal (estrutura na assimetria e na ideia de hierarquia masculina sobre a mulher) tende a ser substituída por regime mais compatível com a nova tábua de valores que passa a dominar as relações maritais, especialmente no terreno patrimonial.

Como mostrado no trecho destacado, o regime de bens base tem influência direta do momento histórico que vivemos. As diretrizes do Direito de Família são a liberdade, a igualdade jurídica entre os cônjuges, entre outros, houve a necessidade de um modelo que efetivasse tais garantias, por isso a opção do regime de comunhão parcial como regime legal de bens.

### **3.3.1 Conceito**

O entendimento do funcionamento desse regime é de relevante importância. Caso não exista pacto antenupcial celebrado, caso o casamento seja nulo, caso seja ineficaz o regime aplicado, serão aplicados a esses casos o regime base, ou seja, passa a existir uma comunhão a partir da celebração do casamento para o futuro.

Rolf Madaleno (2013, p. 744) ao discorrer sobre o tema observa que esse regime faz nascer três massas de bens, que são os bens do marido, os bens da mulher e os bens comuns. Todos os bens anteriores a união e os sub-rogados permanecem aos respectivos cônjuges, assim como doações e sucessões.

No regime de comunhão parcial se mostra relevante a referência dos dois primeiros artigos a respeito do tema, que são os artigos 1.658 e 1.659, que dispõe que nesse regime se comunicam os bens que sobrevivem ao casal, na constância do casamento com exceções expressas dos bens que cada cônjuge possuir ao casar e os que lhe sobrevier, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar; dos bens adquiridos com valores exclusivamente pertencente a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares; as obrigações anteriores ao casamento; as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em provento do casal; dos bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge e as pensões, meios soltos, montepios e outras rendas semelhantes.

Maria Berenice Dias (2011, p. 235) observa em sua análise que esse regime de bens busca evitar o enriquecimento sem causa de nenhum dos cônjuges, trazendo um comportamento ético de “o que é meu, é meu, o que é teu é teu e o que é nosso, metade para cada um”. Outros autores ainda apontam a colaboração recíproca como norteador desse regime. Mostra-se ainda que o fato de ter escolhido o regime de comunhão parcial de bens não é proibida a formulação de pacto antenupcial para dispor de coisas como por exemplo, a administração de bens particulares.

Um dos principais problemas ao se tratar do regime de comunhão parcial é no que tange aos bens comuns e aos bens particulares, tem questões que são realmente questionáveis. Temos como exemplo o FGTS, pois o mesmo caso permaneça na conta não é partilhado, caso compre algo com esse valor é considerado bem comum e por tanto partilhado. Isso pode levar as pessoas a condutas muitas vezes questionáveis como por exemplo, não gastar, não adquirir bens justamente para evitar que o cônjuge venha a ter acesso a eles, leva as pessoas a terem uma conduta individualista, o que é incompatível com o casamento e incompatível com o regime de bens sobre o qual o casamento está regido.

### 3.3.2 Bens comuns

Após a celebração do casamento a regra que vai vigorar entre o casal é a de comunicação do patrimônio incorporado na constância do casamento, a lei elenca tais bens como já supracitado. O artigo 1.662 ainda determina como bem comum os bens móveis que não existia prova do momento em que foi adquirido, presumindo-se então que seria bem de ambos.

Diogo Leite de Campos (2008, p. 394) de forma semelhante dispõe que a regra geral para esse regime de bens é que são comuns todos os bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento e são próprios de cada um os bens levados por eles ao casamento ou adquiridos onerosamente ou a título gratuito depois do casamento.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2013, p. 388) discorre ainda sobre o tema afirmando que os bens comuns não são apenas adquiridos onerosamente durante a convivência, também elenca o mesmo como bens comuns e consequentemente geram direitos a meação e bens adquiridos por fato eventual, independentemente de concurso de trabalho nem despesa anterior.

Como um exemplo de fácil visualização do que se fala em relação aos valores adquiridos por concurso de loteria, por avulsão ou por prêmio diverso concedido por programa de televisão. Apontam ainda como integrante do patrimônio comum os frutos decorrentes de bens particulares, como o aluguel ou reformas. A presunção que existe para esses casos é da existência de esforço comum para o melhoramento do bem.

Corroborando com o falado Paulo Lôbo (2001, p. 342)

Os bens adquiridos por fato eventual após o casamento, ou seja, os que não se enquadram na aquisição mediante negócio jurídico oneroso, são também comunicáveis. O fato eventual tanto pode ser natural como por ato humano, inclusive do cônjuge. São exemplos de fato naturais eventuais a avulsão, a aluvião, a formação de ilhas, o abandono do álveo, que são espécies de aquisição por acessão de imóveis. São exemplos de fatos eventuais, em que há participação do homem, a posse sobre bem móvel ou imóvel alheio, as plantações e construções, e, no caso de bens móveis, a ocupação, o achado do tesouro, a especificação, a confusão, comissão e adjudicação.

Apesar dos bens particulares não se comunicarem, todas as benfeitorias que são feitas neles durante a constância do casamento se comunicam, pois se presume que ambos são responsáveis por essas melhoras, ambos ajudaram, em comunhão de esforços.

Tendo em vista o falado é exigida a vênua conjugal para alienar bens particulares objetivando a preservação dos interesses do outro, que pode ser prejudicado, mesmo o bem não sendo dele, pois como já falado ele também tem uma conexão com tais bens. Também existe a comunicação dos bens recebidos por doação, herança ou legado em favor de ambos os cônjuges. Paulo Lôbo (2001, p. 343) ainda afirma que nas hipóteses em que não foi discriminada a parte de cada cônjuge, presume-se que é de ambos, em partes iguais.

### **3.3.3 Bens particulares**

Na concepção de Rolf Madaleno (2013, p. 744) os bens incomunicáveis são os que o mesmo chama de bens aprestos, no qual a aquisição ou propriedade antecede ao casamento, e qualquer bem recebido por um dos consortes por doação ou herança, também são bens incomunicáveis os bens que se sub-rogam. Ou seja, caso exista bens incomunicáveis e esses são vendidos, por exemplo, e compra-se outro com os valores do bem incomunicável essa nova aquisição também será incomunicável pois se sub-rogou. Porém existe um limite de valor, sobre o excesso, ou seja, sobre o que for superior ao valor do antigo bem existe sim a comunicabilidade e o ônus para provar essa sub-rogação é que quem alegar.

A doação entretanto pode ser realizada a favor de ambos os cônjuges e nessa hipótese existe a comunicabilidade, essa comunicabilidade não se dá em razão do direito de família, em razão do regime de bens, tendo em vista que ambos foram beneficiados com a doação, como supracitado.

Aponta-se ainda que as obrigações anteriores ao casamento, contraídas antes do matrimônio e sem relação com a outra parte também não se comunicam, assim como os bens de uso pessoal, os livros, instrumentos de profissão.

Paulo Lôbo (2001, p. 344) ao falar de bens, valores e obrigações excluídos da comunhão de bens mostra:

A primeira espécie é a dos bens particulares, ou seja, que cada cônjuge já possuía ao casar. O direito brasileiro distingue a posse da propriedade, atribuindo-lhe natureza e consequências próprias. A posse é estado de fato, consistindo em “exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”. Ainda que não seja direito subjetivo seus efeitos são tutelados pelo direito, em virtude de sua utilidade social. Em princípio, a posse é corolário do direito de propriedade ou domínio quando o titular detém aquele a este. Contudo, a posse pode ser exclusiva em contraposição ao titular do direito de propriedade. Portanto, a exclusão legal há de ser interpretada em razão de suas finalidades, atribuindo-se ao termo “possuir” o significado abrangente de posse e propriedade, inclusive quando esta estiver contraditada pela posse de outrem. Se o cônjuge apenas detém a posse do bem, ao casar, mantém-se assim como bem particular seu, não se alterando se vier a adquirir a propriedade pela usucapião, após o casamento. Se o cônjuge detém apenas o direito de propriedade, desacompanhado da posse, aquele será bem particular seu, incluído no âmbito do termo “possuir”. Em virtude da convenção, a posse pode ser cindida em posse direta, cujo titular é o contratante (por exemplo, o locador e o comodatário), e a posse direta, retida pelo titular da propriedade; nesta hipótese, não apenas a posse e a propriedade, mas a relação obrigacional não se comunicam.

Para Maria Berenice Dias (2011, p. 237) os bens recebidos por doação ou sucessão somente por um dos cônjuges são excluídos da comunhão, porém os frutos não são, pois os mesmos vão se comunicar. Os bens incomunicáveis para ela são os bens de uso pessoal, que inclusive existe discussão doutrinária sobre joias e adornos de uso pessoal. Não vendo razão sobre a exclusão dos livros e instrumentos da profissão assim como dos proventos do trabalho pessoal não são considerados fruto ou rendimento do trabalho e diante disso são partilhados.

Rolf Madaleno (2013, p. 748-749) não questiona a incomunicabilidade dos bens de uso pessoal, e mostra que esses são “bens de caráter personalíssimo ou atribuídos *intuito personae*, como são os bens de uso pessoal e ingressam na mesma categoria aqueles direitos derivados da função, cargo, emprego, distinções ou condecorações”. Porém é ressaltado também que existem alguns bens de uso particular, que apesar de ser usado por apenas um dos cônjuges são considerados comuns devido ao valor econômico, o exemplo mais significativo é a aquisição de um carro.

Por sua vez Diogo Leite de Campos (2007, p. 47) fala que existem bens próprios por natureza que seria prêmios de concurso desportivo, condenações; por disposição de lei, que seriam os previstos no artigo 1.733 e ainda os por vontade dos nubentes, que poderiam mudar algumas coisas caso desejem.

Maria Berenice Dias (2007, p. 47) deixa claro seu posicionamento ao falar que embora em alguns casos não exista a participação efetiva dos dois cônjuges, deve existir a partilha do patrimônio comum, independentemente de quem o tenha adquirido. Aponta como norteador a mútua assistência, a conjugação de esforços para a aquisição. Firma entendimento que não só o ônus como também o ônus de ser compartilhado. Afirma a autora em artigo sobre o tema, que se trata de desastrosa e desarrazoado entendimento de excluir da universalidade dos bens comuns os proventos do trabalho pessoal.

Apesar de não ser muito lembrado, os bens adquiridos após, anteriores ao casamento também não se comunicam como ressalta Paulo Lôbo (2001, p. 347), cabendo ao cônjuge interessado a comprovação que a causa da aquisição era anterior ao dissolução do casamento, então será observado no caso concreto, mas via de regra não existe comunicabilidade.

Sobre os bens móveis Paulo Lôbo (2001, p. 347) comenta que existe presunção legal de comunicabilidade, ou seja, caso não comprove a origem do bem, a data de aquisição, se considera que tais bens foram adquiridos na constância do casamento. O autor faz uma crítica a pouca importância que é atribuída aos bens móveis, devido ao fato de existir pouca legislação, porém estes podem ser de grande valor e alvo de brigas, não justificando assim o tratamento que é dado.

Via de regra também são excluídos da comunhão os proventos do trabalho de cada cônjuge, isso é o que dispõe o inciso VI do artigo 1.659 do Código Civil. Essa disposição vem gerando divergências que serão vistos no próximo capítulo.

### 3.4 SOCIEDADE ENTRE OS CÔNJUGES

Não se pode deixar de falar do Direito Empresarial nos assuntos que envolvem os cônjuges e as questões patrimoniais sendo totalmente pertinente abordar o assunto para ter melhor compreensão sobre ele. Tal tema se mostra importante justamente pelo fato de possíveis reflexos na partilha de bens.

O modelo atual brasileiro adota a teoria da empresa como norteador, no qual o artigo 977 do Código Civil dispõe que: “faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação”. O objetivo da previsão é na verdade garantir a pluralidade de sócios, pois ao casar nos regimes apontados existe o patrimônio comum, ou seja, existe uma mistura dos patrimônios, não tendo na prática uma pluralidade plena de sócios.

Percebe-se que essa justificativa é viável para a comunhão universal, porém não é satisfatória para a separação obrigatória. Para a separação obrigatória na verdade a justificativa é outra, pois o objetivo é evitar possíveis fraudes, para essas pessoas é necessário um distanciamento patrimonial, sendo que a sociedade poderia ser usada para burlar isso, passando bens para a sociedade e se misturando ao patrimônio do outro cônjuge.

Apesar do artigo também impedir que se contrate sociedade com terceiro, a maioria não concorda com isso, porém tem quem interprete o artigo literalmente e afirme que também não será possível. Porém a doutrina e a jurisprudência entende que é possível contratar com terceiro

Maria Berenice Dias (2011, p. 636-637) dispõe que é vedado aos cônjuges casados pelo regime de comunhão universal ou pelo regime de separação obrigatória serem sócios entre si ou com terceiros. Por se tratar de restrição a qualidade dos sócios e não a opção do regime de bens tem-se um prazo para promover as necessárias adaptações para os que se enquadravam na situação disposta.

Arnoldo Wald e Priscila M. P. Correa da Fonseca (2013, p. 178) discorrem sobre o tema ao falar que é possível paralelamente ao regime de bens o marido e a mulher serem sócios de uma sociedade comercial. Historicamente existia uma forte negação a essa possibilidade da sociedade entre cônjuges, era somente permitido a constituição de uma sociedade anônima.

Os motivos apontados para a impossibilidade de tal pleito em primeiro lugar e não mais aplicável era que se tornariam sócios em igualdade de condições ou tendo ambos poderes de gerencia, logo como o homem era visto sempre como chefe se tornava inviável a aceitação de tal igualdade, volto a apontar que tal motivo não se sustenta mais. Depois tem-se a confusão patrimonial que existia, não se apontando

vantagens para os cônjuges nem para terceiros. O terceiro motivo era o possível desvirtuamento do regime de bens que deveriam ser separados pelo pacto.

Com a evolução da sociedade, a jurisprudência passou a aceitar com algumas restrições, e com a implementação de alguns princípios do direito societário o entendimento mudou e os juízes passaram a entender que tal fato seria plenamente legal.

A sociedade em foco só era considerada abusiva e suscetível de anulação quando objetivava meios fraudulentos para a aplicação de golpes como fraude a credores, usando-se da proteção patrimonial do casal para evitar execuções.

Porém existe vedação legal para a sociedade formada entre marido e mulher ou até deles com terceiros sempre que o regime de bens for o de comunhão universal de bens.

Arnoldo Wald e Priscila M. P. Correa da Fonseca (2013, p. 180) consideram que isso tudo foi um retrocesso e um absurdo maior ainda foi a vedação destes formarem sociedade com terceiros.

O STJ tem entendimento acerca da possibilidade de contratação de sociedade civil entre os cônjuges e nesse sentido o Agravo de Instrumento em destaque corrobora para comprovar o mencionado:

Processo AgRg no Ag 601922 / SP

Ementa: PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO NO AGRAV DE INSTRUMENTO. SOCIEDADE DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. EXECUÇÃO FISCAL. INEXISTENCIA DE PLURALIDADE DE SUJEITOS NO POLO PASSIVO. IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 191 DO CPC.

1. A tendência da jurisprudência é de admitir a sociedade limitada entre os cônjuges, desde que não constitua um instrumento de fraude. O art. 977 do novo Código Civil faculta aos cônjuges contratar sociedade entre si, desde que não sejam casados sob o regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória.

2. Nas hipótese de execuções fiscais ajuizadas contra a empresa, em que não há discussão acerca da desconsideração de sua personalidade jurídica, não há possibilidade de se atingir o patrimônio dos sócios. Quem figura no pólo passivo da demanda não são os sócios, mas a sociedade? Pessoa jurídica de direito privado.

Parte da doutrina sustenta a inconstitucionalidade do artigo 977 por entender que viola o direito de livre associação, porém deve-se observar que de fato existe uma lógica para tal opção que pode até ser equivocada, mas não a ponto de ser

inconstitucional.

Rolf Madaleno (2013, p. 193) mostra que a Súmula número 377 do STF suaviza o rigor da separação obrigatória ao aceita a partilha dos aquestos, ainda considera o autor que tais proibições são discriminatórias, mostrando que existe uma relativização da capacidade das pessoas com mais de 70 anos, não tendo uma razão de ser do impedimento de livre escolha do regime de bens, como para as outras pessoas.

O autor não ver necessidade dessa previsão de total incomunicabilidade. Rolf Madaleno aponta que o objetivo da Súmula supracitada é “evitar o enriquecimento ilícito verificado pela não divisão dos bens amealhados durante o casamento, e que deveriam representar o óbvio resultado da mútua colaboração”.

## **4 FIM DA UNIÃO, PROVENTOS DO TRABALHO PESSOAL E A PARTILHA DE BENS**

Com o fim da união se dá início a um processo de partilha de bens, que nem sempre é fácil, sendo esse um dos principais motivos de brigas judiciais

De acordo com Código Civil os proventos que o trabalho pessoal de cada cônjuge em regra não se comunicam, ou seja, não entram na meação em caso de divórcio. Entretanto não é o que se observa na prática, pois a doutrina e a jurisprudência vem entendendo de forma distinta a essa, partilhando o que tem incomunicabilidade prevista em lei, no artigo 1.659, II, do Código Civil.

### **4.1 DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL**

Apesar de considerar que todo casamento nasce repleto de afeto, e na grande maioria das vezes com intenções sinceras, deve-se reconhecer porém que nem sempre essa harmonia permanece, logo, objetivando a garantia de liberdade humana e da autonomia, a dissolução foi reconhecida. Trata-se de uma evolução, um direito reconhecido que cada pessoa tem de não mais permanecer casada, como visto no capítulo referente aos princípios.

O casamento não tem somente efeitos afetivos, faz nascer também um conjunto patrimonial do casal, e que com o fim da união terá que ser partilhado conforme o regime de bens a que estão submetidos. E a Lei 6.515/1977 regula os casos de dissolução, mostra a referida lei que o casamento válido se dissolve somente com a morte ou com o divórcio.

Maria Helena Diniz (2011, p. 264) ainda mostra a distinção entre casamento e sociedade conjugal:

O casamento é, sem dúvida, um instituto mais amplo que a sociedade conjugal, por regular a vida dos consortes, suas relações e suas obrigações recíprocas, tanto as morais como as materiais, e seus deveres para com a família e a prole. A sociedade conjugal, embora contida no matrimônio, é um instituto jurídico menor do que o casamento, regendo, apenas, o regime matrimonial de bens dos cônjuges, os frutos civis do trabalho ou indústria de ambos os consortes ou de cada um deles. Daí não se poder confundir o vínculo matrimonial com a sociedade conjugal.

A supracitada autora mostra que a morte real ou presumida dissolve a sociedade conjugal e também o vínculo matrimonial, podendo o sobrevivente casar novamente. E ainda chama atenção também para a diferença de dissolução e sentença de nulidade do casamento, pois são coisas que não se podem confundir. No caso de existir sentença de nulidade do casamento, não teve casamento, então não se pode falar de dissolução de algo que sequer chegou a existir. No caso da sentença de anulação também não poderia ser tecnicamente considerada como dissolução, mas é nítido que ambas as sentenças colocam fim a sociedade conjugal, isso significa que as pessoas podem casar novamente.

Com a dissolução da sociedade conjugal vai existir o encerramento do regime de bens, pouco importando por qual motivo se deu a dissolução, por falecimento, por nulidade ou anulação, por separação ou divórcio. Observa-se que a separação de fato gera a cessação da vida em comum e os efeitos da comunhão ainda persiste. Rolf Madaleno (2013, p. 199) fala sobre o paradoxo da separação de fato, pois “pessoas separadas de fato e mesmo de direito, embora estejam impedidas de contraírem novas núpcias, não estão, a contrário senso, proibidas de constituírem uma união estável”.

Quando a separação é de comum acordo, amigável, podendo ser judicial ou extrajudicial são as próprias partes que decidem como se dará a partilha e que parte cabe a cada um. Ao contrário dessa, na separação (no caso da separação litigiosa) a lei confere ao juiz o poder de partilhar os bens. Maria Helena Diniz (2011, p. 265) chama atenção para o fato de que na separação, o vínculo ainda existe, não podendo os cônjuges casarem novamente, então existe a dissolução da sociedade conjugal mas se mantem o vínculo matrimonial. Ela ainda mostra que o divórcio rompe com ambos os vínculos, tanto o matrimonial quanto o da sociedade conjugal. Chegando à conclusão que “pode haver dissolução da sociedade conjugal sem a do vínculo matrimonial, mas que todo rompimento do vínculo acarreta, obrigatoriamente, o da sociedade conjugal”.

Arnoldo Wald e Priscila M. P. Correa da Fonseca (2013, p. 181) observam ainda que, caso o casamento seja declarado nulo, e observada à má-fé dos consortes, o casamento não produzirá nenhum efeito patrimonial, voltando para o estava que estava antes da celebração do casamento. Porém caso os mesmos encontrem-se de boa-fé existe mudança dos efeitos para os que assim se encontram, sendo o

casamento considerado como putativo e o cônjuge culpado perderá todas as possíveis vantagens em face do que era “inocente” mas mesmo assim está obrigado a cumprir as promessas que foi feita no contrato antenupcial. Ou seja, neste caso o cônjuge de boa-fé poderá pedir a partilha dos bens comuns exatamente como se o casamento tivesse sido válido.

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2013, p. 415) o direito à dissolução é um direito fundamental. Aponta-se que, quando existe a dissolução da sociedade conjugal pela morte, alguns efeitos do matrimônio permanecem assim, como o parentesco por afinidade em linha reta e o impedimento matrimonial dele decorrente, ou seja, o cônjuge que sobrevive não pode casar com os parentes por afinidade em linha reta. Outro efeito que se mantém é o direito da utilização do sobrenome de casado, que é na verdade um direito da personalidade, assim como existe a possibilidade de se retornar ao sobrenome anterior. Um dos principais pontos é a titularidade de direitos sucessórios e direito real de habilitação, observando preliminarmente o regime de bens ao qual se aplicava aos mesmos.

Rolf Madaleno (2013, p. 213) dispõe sobre o fim da sociedade conjugal no qual determina que o casamento válido só pode ser realmente dissolvido pela morte de um dos cônjuges, ou pelo divórcio. A anulação do casamento assim como sua invalidação é considerado como se não tivesse nem existido o casamento, o mesmo estava contraminado por vícios de formação. Observa-se então que a separação judicial não extingue o vínculo do casamento, ficando os cônjuges autorizados a separação de corpos, autorizando-se o rompimento do convívio, da vida em comum.

Existia a exigência de cumprimento de prazos entre a separação e o divórcio, prazo de um ano contados da separação judicial, e dois anos contadas da separação de fato para obter o divórcio. Com a Emenda Constitucional de número 9/1977 foi instituído o divórcio. Maria Helena Diniz (2011 p. 265) traça a principal diferença entre a separação e o divórcio, fora os prazos que terão que ser cumpridos, a separação não acaba com o vínculo matrimonial, já o divórcio dissolve a sociedade conjugal e também o vínculo matrimonial, na prática isso gera a possibilidade de constituir novo casamento.

Essa mudança não levou à extinção da separação, a mesma continua existindo, apesar de na prática a maioria dos casais optarem pelo divórcio, por ser direto e objetivo. Rolf Madaleno (2013, p. 210) mostra que uma argumento para se manter o

instituto da separação “reside no fato de ser viável que ambos os cônjuges não queiram o divórcio e prefiram enfrentar uma separação judicial, mesmo sendo litigiosa e nela discutirem suas culpas e desculpas, ou até mesmo terem a livre opção de promoverem sua separação consensual judicial, ou por escritura pública”. São dois caminhos possíveis, se separando para depois se divorciando (um pouco mais lento e burocrático) ou se divorciando (mais rápido e prático).

O artigo 1571 do Código Civil descreve as possibilidades de dissolução da sociedade conjugal. A primeira hipótese apontada é morte de um dos cônjuges, colocando o sobrevivente na condição de viúvo. Maria Berenice Dias (2015, p. 235) faz uma crítica a esse “rótulo” de viúvo por considerar uma violação ao direito à intimidade, mas reconhece que isso tem como objetivo a determinação patrimonial da pessoa nessas circunstâncias. O cônjuge sobrevivente tem a opção de permanecer com o sobrenome do marido, caso tenha mudado, ou voltar ao nome anterior ao casamento. Por se tratar, a morte, de uma dissolução da sociedade conjugal e também do vínculo matrimonial, o sobrevivente por constituir novo casamento.

A morte tratada pelo artigo pode ser tanto a morte real, quanto a morte presumida, como expõe Maria Helena Diniz (2011, p. 268-269). Sendo permitida a morte presumida sem declaração de ausência, com a justificação admitida pelos juízes togados, ou com a declaração judicial de ausência depois da abertura da sucessão definitiva, a autora ainda acrescenta:

Todavia, será necessário lembrar que nesse ponto o novo Código Civil inova, pois no direito anterior a morte presumida de um dos consortes só produzia efeitos de ordem patrimonial ou sucessória, por mais longo que fosse o período do desaparecimento, não dissolvendo, portanto, o casamento, ficando o outro cônjuge num estado de semivivez, sem direito a nova união matrimonial, não sendo, porém considerados “adulterinos” os filhos que porventura tivesse. Não havia no direito brasileiro qualquer ação direta para a dissolução de vínculo matrimonial por ausência do cônjuge, que mesmo declarada judicialmente não tinha o condão de produzir *ipso iure* a dissolução do casamento.

Caso a pessoa venha a reaparecer, seu estado civil será de solteiro, pois como visto, foi dissolvida a sociedade conjugal. Para Maria Berenice Dias (2015, p. 236) essa é a interpretação mais adequada da situação, já que a lei nada fala sobre o reaparecimento.

A segunda hipótese de fim da sociedade conjugal são os casos de nulidade e anulação do casamento, que já foi brevemente tratado. Maria Berenice Dias (2015, p. 195) lembra que “em sede de invalidade de casamento, cabe lembrar que não dá para invocar regras fora do direito das famílias. Assim, a desconstituição do casamento somente pode ser proclamada via ação judicial, e não pode ser decretada *ex officio* pelo juiz”.

A sentença que declara a nulidade do casamento, como o próprio nome já deixa claro, é declaratória, isso significa que não promove alterações, apenas declara o que já existia, portanto não pode-se falar que existia casamento. Maria Berenice Dias (2015, p.195) afirma que “a nulidade preexiste, sendo reconhecida e proclamada em juízo. O casamento não chegou sequer a se constituir juridicamente por infringência a uma proibição legal”. Apesar da sentença de anulação do casamento ser de natureza constitutiva negativa, não tem efeitos distintos a ação de nulidade, ambas dissolvem o casamento como se não tivesse existido, tendo a sentença efeito retroativo.

A terceira forma de dissolver a sociedade conjugal é a separação judicial, que não acaba com o vínculo matrimonial, não podendo existir casamento. Maria Helena Diniz (2011, p. 302) conceitua a separação judicial como uma “medida preparatória da ação do divórcio. A separação se divide em consensual (mútuo consentimento) e litigiosa (iniciativa de um dos cônjuges diante das causas previstas em lei que tornam insuportável a vida em comum), como supracitado. A autora ainda aponta (2011, p. 348) a hipótese de separação extrajudicial consensual, “há uma permissão, dada por lei, para os interessados optarem pela via judicial ou extrajudicial e nada obsta a que venha a desistir da ação judicial para promover a sua separação extrajudicial, sendo-lhes vedado seguir, simultaneamente, com ambas”, a escritura poderá ser lavrada no tabelionato de notas.

A quarta e última hipótese é o divórcio, Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 285) expõe que questões correlatas podem ser tratadas aqui sem prejuízos, como por exemplo a guarda dos filhos.

Rolf Madaleno (2011, p.211) ao se manifestar sobre a separação e o divórcio, entende que:

A separação de direito e o divórcio não conseguem atuar lado a lado, como se fosse uma via de duas mãos, sem flagrante incompatibilidade, pois a

separação judicial litigiosa não se sustenta senão pelo consenso do casal que queira de comum acordo escorraçar o intuito do divórcio, no entanto, esse casal sequioso por buscar por consenso os restritos efeitos de uma separação amigável ficaria numa espécie de *limbo*, por não conseguir jamais converter sua separação em divórcio, diante da supressão dos prazos e do próprio instituto da conversão com a alteração do artigo 226, §3º, da Carta Federal de 1988 pela Emenda Constitucional n. 66/2010. Trata-se da efetividade dos direitos fundamentais, que parte de uma presunção de liberdade em favor do cidadão e se existe um conflito de normas, porque o divórcio é mais abrangente do que a separação, e não invasivo como era a separação, não há como olvidar do direito de maior hierarquia constitucional.

Extinguindo a comunhão, acaba também a responsabilidade sobre as dívidas contratadas pelo outro, ressalvando evidentemente que se as mesmas forem contraídas no interesse de ambos.

#### 4.2 PARTILHA DE BENS

Com o fim da união, do vínculo afetivo o que causa maior problema sem dúvida são as questões patrimoniais, a união aqui pode ser tanto o casamento quanto a união estável.

E essas questões patrimoniais, como mostra Maria Berenice Dias (2015, p. 338) devem ser resolvidas para possibilitar uma nova união, é importante resolver antes para não virar uma confusão patrimonial gerando mais problemas ainda. Para aqueles que se encontram em partilha somente podem se casar em regime de separação de bens. A autora aponta as desvantagens da união estável aqui, devido à dificuldade prática, sendo mais difícil certas imposições pois o vínculo é mais instável do que a das pessoas casadas na qual o Estado pode impor e fiscalizar algumas obrigações ou restrições.

Na partilha de bens pode-se tratar de bens de conteúdo econômico mas não necessariamente, podem ser discutidos aqui questões como por exemplo animais de estimação, como mostra Maria Berenice Dias (2015, p. 339). A primeira coisa que deve ser levada em conta no momento da partilha é o regime de bens do casal, esse é o ponto de partida para saber quais os bens terão que ser divididos, quais pertence a cada um.

Existe a possibilidade da partilha ser feita de forma extrajudicial como dispõe o artigo 1.124-A do CPC, transcrito abaixo:

Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento. (Incluído pela Lei nº 11.441, de 2007).

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis. (Incluído pela Lei nº 11.441, de 2007).

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial. (Incluído pela Lei nº 11.441, de 2007).

§ 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei. (Incluído pela Lei nº 11.441, de 2007).

Maria Berenice Dias (2015, p.340) demonstra ainda que na regime de comunhão parcial, assim como na união estável “o patrimônio adquirido durante o período de convívio pertence a ambos em partes iguais. A presunção é que foram adquiridos pela comunhão de esforços para amealha-los.”

A comunhão não se refere somente aos bens, mas também possíveis dívidas, que serão partilhadas. A separação de fato é que inicia o fim da mancomunhão, que terá como próximo passo a partilha, a divisão dos bens.

#### 4.3 PROVENTOS DO TRABALHO PESSOAL

O Código Civil de 2002, ao tratar do regime de comunhão parcial, exclui da comunhão os proventos do trabalho pessoal no inciso VI do artigo 1.662. Ocorre que uma interpretação distinta a essa vem se aplicando na prática. Para entender melhor o tema se faz necessário um estudo dos proventos do trabalho pessoal.

Os frutos civis do trabalho são as remunerações decorrentes do exercício do vínculo empregatício, a retribuição pelo trabalho prestado, de natureza pessoal. Não apenas o salário propriamente dito.

Ao falar de proventos do trabalho pessoal, deve-se compreender também alguns institutos do Direito do Trabalho, começando pelo próprio entendimento, de forma breve, deste ramo do Direito.

Começando pelo pensamento de Mauricio Godinho Delgado (2012, p. 51) que aponta a existência de uma divisão interna do Direito Material do Trabalho, sendo ele dividido em Direito Individual do Trabalho e Direito Coletivo do Trabalho, essa divisão é apontada por outros autores também, não existindo divergências grandes quanto a isso. Aponta que essencialmente o Direito do Trabalho é voltado para o empregado, e deixa claro que “todas as relações empregatícias estabelecem-se sob sua normatividade”.

Luciano Martinez (2013, p. 66) ao falar da função do Direito do Trabalho mostra que esse ramo tem como função de “regular a autonomia da vontade de modo a estabelecer padrões mínimos e a promover a melhoria da condição social da classe trabalhadora. Extraem-se desta função ampla duas funções estritas: a tutelar e a civilizatória”.

Já Alice Monteiro de Barros (2013, p. 78) aponta outras funções do Direito do Trabalho, que são as funções tutelar (seria a proteção do empregado visto sua hipossuficiência), econômica (vantagens econômicas ao trabalhador), conservadora (seria o meio usado para evitar manifestações ou greves) e coordenadora (foi funciona para equilibrar e coordenar interesses). Mas o importante é observar que o que se busca é tutelar as relações empregatícias, protegendo o hipossuficiente da relação, que é o empregado, que durante muito tempo foi explorado, garantindo com isso que o Estado Regulador efetive direitos, garantindo a dignidade da pessoa humana.

Luciano Martinez (2013, p. 138) aponta a amplitude dos contratos de trabalho de uma forma geral em sendo:

Sendo o trabalho qualquer atividade humana que visa ao sustento próprio do trabalhador e, se for o caso, o de sua família, há de concluir-se que o seu universo é, realmente, extremamente amplo. Afinal, sob o rótulo “trabalho” se encontram atividades prestadas “por conta própria” (inclusive para autossustentação) ou “por conta alheia” (com sentido econômico); de modo

“autônomo” ou “subordinado”; de forma “eventual” ou “não eventual”. Enfim, do mesmo tronco comum surgem diversas ramificações com suas particularidades, não obstante todas elas tenham o idêntico propósito de garantir a sobrevivência humana.

Mostra o autor que existem várias formas de trabalho, vários tipos de contratos de trabalho, podendo ser autônomo, eventual, avulso, etc.

É importante também, antes de compreender o que vem logo mais, que trabalho e emprego não são a mesma coisa. Trabalho é um gênero, na qual emprego é uma das espécies, como aponta Alice Monteiro de Barros (2013, p. 172-173), mas ambas as relações são tuteladas pelo Direito. A autora deixa isso de forma bem clara ao discorrer que “Existem relações de trabalho *lato sensu* que não se confunde com a relação de emprego, considerada relação de trabalho *stricto sensu*”. A relação de emprego tem características próprias que distingue ela das demais, via de regra o empregado tem que executar suas atividades pessoalmente, ser subordinado, não podendo a prestação ser eventual além de receber uma remuneração pelo trabalho desenvolvido. Existem algumas exceções a isso como por exemplo o empregado tem cargo de confiança. Luciano Martinez (2013, p. 145) ainda aponta como uma das características da relação de emprego a não assunção dos riscos da atividade, qualquer eventual dificuldade na atividade não afetará a sua esfera de direitos, como por exemplo se no mês não tiver lucros, mesmo assim sua remuneração será devida.

Mauricio Godinho Delgado (2012, p. 314-315) afirma que emprego e trabalho não se confundem, mas ambas tem uma “dinâmica social” próxima, mas não tem os elementos supracitados, a falta de um dos elementos já desclassifica a relação, ou seja, para ser emprego tem que conter todas as características apontadas.

Ao se firmar um contrato de trabalho, assim como alguns outros contratos, nascem para ambas as partes direitos e obrigações. E o contrato de emprego é um tipo de contrato de trabalho, que assim como ele faz nascer esses deveres e obrigações contrárias. Uma das obrigações inegáveis dessa relação é a retribuição pelo serviço, é o direito a receber uma remuneração, uma contraprestação, ter um salário.

Sobre o tema, Mauricio Godinho Delgado (2012, p. 707) discorre que:

A onerosidade consiste em um dos elementos fáticos-jurídicos componentes da relação empregatícia. Ela se manifesta no contrato de trabalho por meio do recebimento pelo empregado de um conjunto de parcelas econômicas retributivas da prestação de serviços ou, mesmo, da simples existência da relação de emprego. Trata-se de parcelas que evidenciam que a relação jurídica de trabalho formou-se com intuito oneroso por parte do empregado, com intuito contraprestativo, com a intenção obreira de receber retribuição econômica em virtude da relação laboral estabelecida. A esse conjunto de parcelas retributivas conferem-se, regra geral, os epítetos de remuneração ou de salário.

É importante fazer essa distinção do que é remuneração, salário ou indenização, pois essa distinção terá interferência direta na partilha de bens. Alguns doutrinadores, dentro do Direito de Família e até no Direito do Trabalho, fazem essa distinção a fim de saber qual das supracitadas parcelas serão alvo da meação.

Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 479) indica que a utilização da expressão proventos foi com a intenção da interpretação em sentido mais abrangente, como sendo qualquer remuneração. Destaca também que a incomunicabilidade seria somente quanto ao direito aos aludidos proventos, e uma vez recebida a remuneração não há que se falar mais em incomunicabilidade sobre esses valores, mas o direito de receber a remuneração não pode ser partilhado.

O entendimento restrito da lei nesses casos pode gerar um “desequilíbrio no âmbito financeiro das relações conjugais”, incentivando condutas egoístas em um ambiente de comunhão de vidas, de solidariedade, e esse foi a intenção do legislador ao criar o dispositivo.

#### **4.3.1 Remuneração**

Mauricio Godinho Delgado (2012, p. 708-709) aponta que dentro do Direito do Trabalho a palavra remuneração tem três possíveis sentidos. O primeiro sentido vem equiparando remuneração a salário, tratando como se sinônimas fossem, como se não existisse distinção entre elas, e isso de fato se observa na prática. O segundo sentido já teria uma distinção entre as mesmas, nesse sentido “Remuneração seria o gênero; salário, a espécie mais importante das parcelas contraprestativas empregatícias.” O terceiro sentido tem como base a própria CLT que no artigo 457 dispõe: “Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber”.

Existem duas interpretações para isso, a primeira dizendo que a única intenção do artigo apontado seria a inclusão das gorjetas no âmbito salarial, mas a outra interpretação aponta a criação de dois tipos legais distintos: um o salário (seria aquilo pago pelo empregador), e outro distinto, que é a remuneração (pago diretamente por terceiros). A remuneração não teria os mesmos efeitos que o salário, não compondo ele, mas inevitavelmente teria relação com reflexos contratuais, isso significa que a remuneração tem reflexos previdenciários, no FGTS e para fins de cálculo do décimo terceiro também.

Remuneração tem um sentido mais amplo, sendo que “ela abrange o salário, com todos os seus componentes, e ainda gorjetas, que são pagas por terceiros”, como descreve Alice Monteiro de Barros (2012, p.591). Mostra também que esse pagamento tem que ser de forma habitual e em virtude do contrato de trabalho, sendo que o FGTS, o décimo terceiro e as férias são calculadas de acordo com a remuneração.

#### **4.3.2 Salário**

Salário é a retribuição que o empregado recebe pelos serviços prestados, não sendo a mesma coisa que remuneração, como mostra Alice Monteiro de Barros (2012, p. 591), que conceitua o salário:

Por todas essas razões, preferimos conceituar o salário como a retribuição devida e paga diretamente pelo empregador ao empregado, de forma habitual, não só pelos serviços prestados, mas pelo fato de se encontrar à disposição daquele, por força do contrato de trabalho. Como o contrato é sinalagmático no conjunto e não prestação por prestação, essa sua característica justifica o pagamento do salário nos casos de afastamento do empregado por férias, descanso semanal, intervalos remunerados, enfim, nas hipóteses de interrupção do contrato.

Nessa passagem destacada, temos ainda que observar que não necessariamente será devido o salário caso exista alguma prestação, podendo o empregado ter salário também quando está somente a disposição ou quando o seu contrato é interrompido.

A CLT, no artigo 47 dispõe que: “Salário mínimo é a contraprestação mínima devida

e paga diretamente pelo empregador a todo trabalhador, inclusive ao trabalhador rural, sem distinção de sexo, por dia normal de serviço, e capaz de satisfazer, em determinada época e região do País, as suas necessidades normais de alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte.”

Luciano Martinez (2013, p. 453) aponta que tudo que não puder ser considerado como retribuição do trabalho, mas que tem como motivo o contrato de emprego, será considerado como não salarial, que seriam quatro modalidades: indenizações, penalidades, ressarcimentos e não salariais por força de lei.

Alice Monteiro de Barros (2012, p. 592) mostra que existem diversas teorias que tentam entender a natureza jurídica do salário, defendendo ser ele o preço do trabalho, como indenização, de natureza alimentícia, de natureza de contraprestação pelo serviço prestado e por último como um dever de retribuição. A autora ressalva que por se tratar de um contrato sinalagmático, mostra mais equivalência com prestação e contraprestação, apesar de não poder ser interpretado isso de forma absoluta. Maurício Godinho Delgado (2012, p. 707-712) já vai diretamente ao ponto e afirma que o salário tem caráter de contraprestação, e são todas as parcelas devidas e pagas diretamente pelo empregador.

Não existe dúvidas que o salário é uma remuneração, sendo ele a contraprestação por um serviço prestado.

### **4.3.3 Indenização**

Luciano Martinez (2013, p. 453) ao tratar de salário, aponta a existência de parcelas de natureza não remuneratórias, e entre elas está a indenização, que o mesmo conceitua em sendo:

A palavra “indenização” é formada pela aglutinação dos vocábulos “indene” (que significa “ileso”, “incólume”) e “ação” (procedimento por meio do qual se buscará um resultado), sendo entendida como a atuação tendente a tornar ileso, vale dizer, a restituir o anterior estado das coisas ou, quando isso for impossível, a compensar tal impossibilidade.

Existem, portanto, indenizações reparatórias (que objetivam o restabelecimento do status quo ante) e compensatórias (que visam ao oferecimento de uma contrapartida diante da inviabilidade da reparação).

Alice Monteiro de Barros (2012, p. 592-593) mostra que na tentativa de entender a natureza jurídica do salários, alguns interpretaram este como sendo uma indenização pelas energias gastas no cumprimento do contrato de trabalho. Mas essa interpretação não aceita, sendo que indenização não se confunde com salário. A indenização nas palavras da autora é “uma importância devida na ralação de emprego quando há perda ou lesão de um direito provocada de forma dolosa ou culposa pelo empregador ou seus prepostos ou, ainda, pelo fato de desenvolver atividade de risco”.

Maurício Godinho Delgado (2012, p. 722-723) classifica as parcelas de natureza indenizatórias, assim como Luciano Martinez, em dois tipos, o primeiro seria a indenização que busca cobrir despesas reais gastas em função da relação empregatícia, o outro tipo de indenização busca ressarcir direito trabalhista não fruído ou reparar garantia jurídica desrespeitada, entrando aqui indenizações por dano moral e material, e também as indenizações por acidente de trabalho. Como exemplo dessa categoria aponta o FGTS, indenização por férias não gozada, aviso-prévio indenizado, entre outras.

A depender da natureza da verba ela poderá entrar na meação ou não, existe um consenso no entendimento de apontar que verbas indenizatórias não podem ser partilhadas, mas que verbas salariais podem.

Sobre as indenizações recebidas tendo como fato fundador o contrato de trabalhado, o STJ, vem entendendo pela incomunicabilidade de tais verbas, como mostra o Ministro João Otávio de Noronha no Resp. 848.998/RS, que aponta como única exceção para a incomunicabilidade das indenizações a hipótese de recebimento de lucros cessantes, pois esses seriam para acréscimo patrimonial:

A Portanto, indiscutivelmente, que, em se tratando de seguro de pessoas, a indenização visa recompor uma perda e não tem por fim a formação de patrimônio. O estado de invalidez é pessoal e quem o sofre é tão-somente o recorrido; por certo que quaisquer amenizações de tal estado lhe cabem e a mais ninguém. Portanto, a indenização de que se cuida não constitui frutos ou rendimentos do trabalho que possam ajustar-se às disposições do inciso VI do art. 271 do Código de Civil de 1916. O mesmo se diz com relação à indenização que o recorrido visa receber diretamente de seu ex-empregador, alegando acidente do trabalho.

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015, p. 323) falam da indenização e do FGTS conjuntamente apontado que a orientação contemporânea seria a comunicabilidade de ambos caso a situação que deu causa a aquisição das referidas verbas forem na constância do casamento.

Existe ainda a possibilidade da comunhão ocorrer até mesmo após a ruptura do casamento, caberia ao interessado provas que a causa de aquisição tem relação com o período que ambos viviam em comunhão de vidas.

#### **4.3.4 FGTS**

O Direito do Trabalho, como aponta Maurício Godinho Delgado (2012, p. 1261-1264), tem como diretriz os princípios da continuidade da relação de emprego e da inserção do trabalhador na empresa, logo sempre se busca efetivar esses princípios, buscando meios para isso. Um desses mecanismos foi a estabilidade para o empregado que completasse 10 anos de serviço na empresa. Isso era alvo de constantes críticas e insatisfação por parte dos empregadores, se mostrando como um forte obstáculo a vontade da empresa, sem se importar inclusive com circunstâncias financeiras, nem tecnológicas que pudesse interferir diretamente no contrato de emprego. A Lei 5.107/66 criou o FGTS, como sistema alternativo ao supracitado, tendo que ter uma opção escrita por esse modelo. Isso foi alvo de algumas críticas também. O regime do Fundo de Garantia logo que surgiu não era obrigatório, convivia com a estabilidade, existia a opção por dois modelos, existe crítica a isso pois na prática essa opção de escolha não era respeitada, o empregador tinha preferência pelo FGTS e os que optavam pelo outro modelo não era contratado.

Com a CF/88 o FGTS passou a ser obrigatório, quem já tinha 10 anos ou mais empregado continuava gozando da estabilidade por ser direito adquirido. O Fundo de Garantia explicado por Alice Monteiro de Barros (2012, p. 798):

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço é constituído de uma conta bancária formada pelos depósitos feitos pelo empregador em nome do trabalhador, na qual o primeiro deposita em nome deste último, mensalmente, 8% da sua remuneração, salvo se se tratar de contrato de aprendizagem, cuja alíquota será reduzida a 2% (art. 15, § 7º, da Lei

n.8.036). Este valor é depositado na Caixa Econômica Federal, que o atualiza, com juros e correção monetária, sendo ela o agente operador.

E como supracitado, se calcula o FGTS com base na remuneração e não no salário, e incide também sobre várias outras parcelas, como hora extra, aviso-prévio, entre outros. Esse modelo tem vantagens que antes não tinha como mostra Mauricio Godinho, pois mesmo quando o empregado pede demissão o direito de depósito existe, só não pode ser sacado, além disso tem a possibilidade de saque na aposentadoria ou em caso de falecimento do empregado, que passaria para os herdeiros obviamente.

A Lei de número 8.036/90 também estabelece uma indenização de 40% sobre o FGTS nos casos de demissão sem justa causa, como forma de desestimular essa conduta e efetivar os princípios do Direito do Trabalho, como indica Luciano Martinez (2013, p. 642-643).

Mauricio Godinho Delgado (2012, p. 299-300) aponta que existe dificuldade de estabelecer qual a natureza jurídica do FGTS devido à sua “natureza multidimensional, complexa”, tendo traços trabalhistas, de contribuição social, por isso alguns apontam que seria imposto, indenização, entre outras coisas. Finaliza mostrando que:

Na verdade, há, no mínimo, uma tríplice dimensão de estrutura e objetivos no Fundo de Garantia, apta a gerar relações jurídicas próprias, distintas, embora obviamente combinadas. Existe a relação empregatícia, vinculando empregado e empregador, pela qual este é obrigado a efetuar os recolhimentos mensais e, as vezes, também obrigado com respeito ao acréscimo pecuniário da rescisão. Em contrapartida, desponta nessa relação, como credor, o empregado.

Há, por outro lado, o vínculo jurídico empregador e Estado, em que o primeiro tem o dever de realizar os recolhimentos, ao passo que o segundo, o direito de os ver adimplidos, sob pena de, compulsoriamente, cobrá-los, com as apenações legais.

Existe, ainda, a relação jurídica entre o Estado, como gestor e aplicador dos recursos oriundos do fundo social constituído pela totalidade dos recursos do FGTS, e a comunidade, que deve ser beneficiária da destinação social do instituto, por meio do financiamento às áreas de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana.

Nesse caráter multidimensional do instituto é que se revela sua precisa natureza jurídica.

Alice Monteiro de Barros (2012, p. 802) ao tratar do FGTS e da partilha de bens é

categórica ao dispor que por não existir comunicabilidade dos proventos do trabalho pessoal, e ser o FGTS e a multa de 40% um provento do trabalho pessoal, não integram a partilha de bens.

Rolf Madaleno (2013, p. 752) entende que o FGTS é uma “remuneração adicional”, podendo ter várias utilidades, não podendo ser considerada uma indenização e conseqüentemente incomunicável.

Maria Berenice Dias (2015, p. 345) mostra existe mesmo muita divergência quanto ao FGTS, se esse seria fruto civil, se a natureza é indenizatória ou remuneratória. Mostra que tais valores enquanto depositados são incomunicáveis, porém se for comprado um apartamento, por exemplo, esse será bem comum, não podendo ser considerado como sub-rogação.

Finalizando, a jurisprudência vem entendendo de acordo com a Ministra Nancy Andrighi, que no Recurso Especial de número 758.548/MG, destaca a necessidade de entender preliminarmente a natureza no FGTS, seguindo assim o entendimento apontado por Sérgio Pinto Martins que entender que o FGTS é uma compensação pelo tem de serviço do empregado, reparando uma dispensa sem justa causa, não podendo ser considerado como indenização. A Ministra então mostra que “Em julgados deste Tribunal, embora sob base empírica distinta, entendeu-se que a comunicação das verbas trabalhistas entre cônjuges é admitida desde que nascidas e pleiteadas na constância do matrimônio”, ou seja, se partilha O FGTS referente ao tempo da constância do casamento.

#### **4.3.5 Férias**

Alice Monteiro de Barros (2012, p.581) conceitua férias: “As férias constituem um direito de empregado de abster-se de trabalhar durante um determinado número de dias consecutivos por ano, sem prejuízo da remuneração e após cumpridas certas exigências, entre elas a assiduidade.”

As férias, como mostra a referida autora, é uma questão de saúde do trabalhador, para que o mesmo durante o período de gozo possa restituir suas energias. Sendo ela um direito do empregado e um dever de não trabalhar para outro empregador, para o empregador as férias constituem como dever do empregador de conceder. E sobre as férias não se recolhe o FGTS.

Mauricio Godinho Delgado (2012, p.982, 999 e 1000) mostra que as vantagens do contrato de trabalho ainda continuam durante as férias, ou seja, as verbas remuneratórias continuam sendo pagas, mesmo as não salariais. Quanto a remuneração das férias o autor é direito ao mostrar que de fato é uma remuneração, mas mostra que pode ser uma remuneração simples ou dobrada. Sendo as férias gozadas no curso do contrato teria natureza, inquestionável, salarial. A remuneração dobrada será na hipótese das férias vencidas, ou seja, o empregador tem prazo para concessão das férias, caso esse não cumpra terá que pagar em dobro. A “dobra”, como chama o autor, caso pagas na rescisão não tem natureza salarial, e sim indenizatória, pois são penalidades. Porém quando pagas durante o contrato tem quem defenda que seria remuneração, assim como o restante do pagamento das férias, mas outros apontam que é inquestionável que de fato é indenização pois claramente é uma reparação ou penalidade. Sobre essa divergência o autor firma entendimento quanto que a natureza de fato é punitiva, logo, é um indenização e não um salário.

Conclui-se que férias gozadas tem natureza salarial, podendo fazer parte da meação, e as férias indenizadas não poderiam devido à sua natureza de indenização.

#### **4.3.6 Remuneração do profissional liberal**

São profissionais liberais médicos, advogados, jornalistas, dentistas, psicólogos, entre outros profissionais, uma grande parcela da população se enquadra nessa categoria. A questão levantada aqui é como seria a comunicabilidade para esses, como ocorreria a partilha de bens nesses casos.

Ao falar de bens, valores e obrigações excluídos da comunhão Paulo Lôbo (2011, p. 346):

Também são excluídos da comunhão os rendimentos provenientes de trabalho de cada cônjuge. A lei utiliza o termo “proventos como gênero, do qual são espécies: a) as remunerações de trabalho assalariado público ou privado; b) as remunerações decorrentes do trabalho prestado na condição de empresário; c) as remunerações de aposentadoria, como trabalhador inativo; d) os honorários do profissional liberal; e) o pro labore do serviço prestado. Sua origem etimológica autoriza a abrangência, pois vem do latim *proventus*, com sentido de ganho, provento, resultado obtido ou lucro no

negócio. No sentido estrito do termo, proventos tem sido empregado para remuneração de aposentadoria. Os rendimentos concernem a qualquer atividade desenvolvida pelo cônjuge, seja agrícola, liberal, industrial, comercial.

No trecho destacado, apesar do entendimento não ser o mais adequado sobre o tema, traz um conceito importante sobre o que seria os proventos para entender esse tema. Observa-se que provento tem um conceito amplo, e caso se entenda que os proventos do trabalho se comunicam, os profissionais liberais também não podem se esquivar dessa determinação, comunicando também o que esses profissionais recebem pelo ofício exercido.

Eduardo de Oliveira Leite (2005, p. 330) classifica os proventos do trabalho em bens incomunicáveis, reafirmando o entendimento que salário, remuneração, aposentadoria, pro labore, honorários decorrentes de atividade profissional são proventos do trabalho pessoal, porém o autor defende a incomunicabilidade das referidas verbas.

Então a remuneração dos profissionais liberais, são também proventos, sendo proventos, deve-se entender pela comunicabilidades para aqueles que estão sob o regime de comunhão parcial, pois a intenção do regime é de comunhão de esforços, construindo ambos os consortes o patrimônio conjuntamente.

#### **4.3.7 Incomunicabilidade**

É com o fim da união, com a separação, a partilha de bens que questões como essa são de fato evidenciadas, do que será partilhado ao não, do que é bem comum ou particular. Apesar do artigo 1528 do Código Civil estabelecer como dever do oficial do registro esclarecer, para os nubentes a respeito dos fatos que podem ocasionar a invalidade do casamento, bem como sobre os diversos regimes de bens, na prática essas informações acerca do regime de bens não ocorre, e isso, conseqüentemente gera muitos conflitos no momento da partilha. Não só isso gera conflitos, mas também algumas incongruências legislativas, e um ponto específico vem gerando divergências de pensamento mais acentuado, que é sobre os proventos do trabalho pessoal. A partilha ou não dos proventos faz muita diferença, muda a configuração patrimonial totalmente.

Toda essa passagem pelo Direito do Trabalho serve como embasamento para

melhor compreender os entendimentos dos doutrinadores quando o tema é a incomunicabilidade/comunicabilidades de proventos do trabalho na comunhão parcial de bens.

Como já apontado no capítulo anterior, a intenção do regime de comunhão parcial, é desde o início da união, uma conjugação de vidas, é o casal construir juntos, fazer conquistas juntos, e o que é construído na constância do casamento é de ambos, os dois tem participação nas construções.

De acordo com Maria Berenice Dias (2011, p. 148):

Casamento tanto significa o ato de celebração do matrimônio como a relação jurídica que dele se origina: a relação matrimonial. O sentido da relação matrimonial melhor se expressa pela noção de comunhão de vidas, ou comunhão de afetos. O ato de casamento cria um vínculo entre os noivos, que passam a desfrutar do estado de casados. A plena comunhão de vidas é o efeito por excelência do casamento. São de tal ordem as sequelas de natureza patrimonial que não corre prescrição entre cônjuges.

Os proventos do trabalho, por força da lei, não são partilhados, porém doutrina e jurisprudência começaram a questionar a mudar o entendimento sobre esse tema. Rolf Madaleno (2013, p. 749) discorre de forma muito esclarecida sobre o assunto, apontando como injusta a disposição do inciso VI do artigo 1.659, vale ressaltar a passagem:

Antes tivesse o legislador abortado a ressalva de incomunicabilidade dos proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge em qualquer regime de comunhão de bens, quando é sabido que, de regra, provirem do labor pessoal de cada cônjuge os recursos necessários à aquisição dos bens conjugais. Premiar o cônjuge que se esquivou de amealhar patrimônio por ter preferido conservar em espécie os proventos do seu trabalho pessoal é incentivar uma prática de evidente desequilíbrio das relações conjugais econômicas-financeiras, mormente porque o regime matrimonial de bens serve de lastro para a manutenção da célula familiar.

Rolf Madaleno (2013, p. 750) comprova o que ele defende mostrando a crítica de diversos autores, entre elas a feita por Alexandre Assunção, que mostra que essa disposição torna quase todos os bens do regime de comunhão parcial incomunicáveis, visto que os proventos não se comunicam, nem os sub-rogados, e proventos é um termo amplo, que abarca qualquer rendimento. Rolf Madaleno firma seu entendimento no sentido de não aceitar a sub-rogação do proventos do trabalho

pois levaria a quase inexistência de patrimônios comuns, seria injusto, prejudica a divisão de tarefas, a economia doméstica, tendo em vista que atualmente quase todos os bens são adquiridos com o provento do trabalho.

O Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior mostra que a lei deve ser analisada levando em conta seu propósito, mostrando seu entendimento no Recurso Especial de número 421.801:

Essas disposições devem ser conciliadas de modo a se alcançar solução adequada à realidade e que preserve a razão da lei. Na grande maioria dos casais brasileiros, os bens se resumem na renda mensal familiar ganha pelos cônjuges, do seu trabalho ou indústria. Se retirados tais frutos da comunhão, esse regime praticamente desaparece, e não acredito que tal fosse o propósito perseguido pela lei, nem corresponde à consciência média da nossa sociedade, onde se tem que a renda do salário é para o sustento da família e para investir nas suas necessidades, tais como a aquisição de casa própria, de automóvel, etc. Se houver a separação, esses bens serão apenas daquele que trabalha. Como na grande maioria dos casos, quem tem a maior ou a única renda da família é o marido, isso significará que a mulher casada pelo regime da comunhão universal ficará alijada da meação, muito embora tenha contribuído - seja apenas como dona da casa, mas de maneira efetiva - para a renda e aquisição de patrimônio. A comunhão relativamente ao salário dos cônjuges, portanto, penso que deve ser reconhecida tanto no regime da comunhão universal como no da comunhão parcial, fazendo prevalecer a regra do art. 271, VI. E isso para os ganhos do homem e também para os da mulher, uma vez que a discriminação feita no art. 246 não pode prevalecer, considerando o princípio da igualdade.

Maria Helena Diniz (2011, p. 185) ao apresentar o tema, proventos do trabalho de cada cônjuge, dispõe que o produto do trabalho dos consortes e os bens com ele adquiridos, em regra, não se comunicam, discrimina eles como sendo salários, vincendos, aposentadoria, FGTS, PIS e participação no lucros. Isso significa que sobre os bens discriminados, os cônjuges teriam amplo poder de gozo e poderiam administrá-los de maneira que entendam melhor.

A exceção é em relação aos bens imóveis, visto que a alienação depende de outorga uxória. Preliminarmente observa-se vantagens para o cônjuge que somente fizer reservas da contraprestação advinda de seu trabalho, pois tais valores são próprios e incomunicáveis. Porém no entendimento da autora a incomunicabilidade seria só do direito e percepções, os mesmos, uma vez recebidos integrariam o patrimônio da casal passando com isso a ser coisa comum, e isso seria reflexos das mudanças e evoluções históricas.

Atualmente tem-se uma proporcionalidade, tanto o marido quanto a mulher vivem de seus proventos, ambos contribuindo para a manutenção da família e evidentemente usando para isso os seus rendimentos. Maria Helena Diniz (2011, p.186) firma seu entendimento a favor da comunicabilidade dos bens adquiridos onerosamente com os frutos civis do trabalho e com os proventos, ainda que em nome de um deles, Conclui apresentando que “o art. 1.659, VI, deve ser interpretado em consonância com o art. 1.660, V, prestigiando o esforço comum na aquisição de bens na constância do casamento”.

A interpretação dada ao enunciado normativo é de forma restritiva para não desvirtuar o instituto, observa-se isso no Recurso Especial de Minas Gerais, no qual o relator é o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DE FAMILIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. UNIÃO ESTÁVEL. REGIME DE BENS. COMUNHÃO PARCIAL. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE NA CANTÂNCIA DA UNIÃO. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE CONTRIBUIÇÃO DE AMBOSDOS CONVIVENTES. PATRIMÔNIO COMUM. SUB-ROGAÇÃO DE BENS QUE JÁ PERTENCIAM A CADA UM ANTES DA UNIÃO. PATRIMÔNIO PARTICULAR. FRUTOS CIVIS DO TRABALHO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INCOMUNICABILIDADE APENSA DO DIREITO E NÃO DOS PROVENTOS.

Como se vê, a própria Lei 9.278/96 ao dispor acerca da união estável, estabeleceu uma presunção de que os bens adquiridos onerosamente no curso da união são resultado de um esforço mútuo, a justificar sua partilha quando da dissolução do enlace.

Corroborando com esta presunção expressamente estabelecida, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça tem-se encaminhado, cada vez mais, na direção de afirmar que, no regime da comunhão parcial, os bens adquiridos onerosamente na constância da união se presumem sempre como resultado do esforço comum.

Isso significa dizer, de um lado, que não é necessária a comprovação de que houve colaboração de ambos os conviventes na aquisição onerosa de patrimônio no curso da união, e, de outro lado, que se mostra juridicamente inócua a despicienda a comprovação de que houve aporte financeiro de apenas um dos conviventes

Esse esforço, como é cediço, não se materializa apenas em aporte financeiro, porquanto, para a edificação de vida e de patrimônio comuns, se mostra imprescindível o suporte emocional e afetivo das pessoas envolvidas.

Deve-se observar nesse sentido os deveres pessoais decorrentes do casamento, pois um dos fundamentos para esse entendimento restrito vem dele. Em destaque sobre isso tem o artigo 1.566. Com atenção principal para o dever de mútua

assistência. As verbas trabalhistas apesar de ter caráter individual estão estreitamente ligadas ao dever de mútua assistência.

De acordo com Caio Mário da Silva Pereira (2010, p. 222):

Indaga-se, se os bens adquiridos com o resultado de economias oriundas do trabalho são também excluídos. Esse inciso induz a uma inevitável identificação de bens particulares de cada um dos cônjuges (Sondergut, Vorbehalt do art. 1.367 do BGB). Em princípio, não se excluem os bens que com eles adquiriram. Esse é o entendimento de Arnaldo Rizzado reportando-se à lição de José Lamartine de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz: “se ganhos e salários do trabalho são bens próprios devem ser os bens adquiridos com esses proventos, em atenção ao princípio da sub-rogação real. Esses bens tomam o lugar e substituem os ganhos do trabalho no patrimônio próprio do cônjuge que os percebeu”.

Alerte-se, no entanto, que é comum a disparidade de ganhos entre os cônjuges e ainda são frequentes casamentos em que o cônjuge-mulher permanece no lar conjugal cuidando dos filhos. Igualmente, cabe lembrar que é frequente a opção de se manterem as sobras do fruto do trabalho em investimentos financeiros. Em razão disso, Débora Vanessa Caús Brandão prefere considerar apenas incommunicáveis o direito ao recebimento dos proventos, porque quem trabalhou faz jus à remuneração, mas uma vez recebida a contraprestação do labor ela se comunica. Há que conceder uma interpretação mais ampla ao conceito de participação na economia familiar para que não se cometam injustiças em nome da leitura rígida da lei.

Marcos Antônio de Oliveira (2008, p. 156) destaca a importância da correta indicação dos bens particulares de cada cônjuge, principalmente com a elevação do cônjuge a categoria de herdeiro necessário. Essa distinção é importante também para garantir a segurança jurídica das relações, não causando assim incertezas sobre como vai ser partilhado o que foi construído na constância do casamento. O referido autor (2008, p. 158) aponta justamente o paradoxo existente nos artigos de lei já estudados acima, pois de acordo com os incisos VI e II do artigo 1.659 do CC os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge são exclusivos a ele, e conseqüentemente o que for adquirido com esses valores também seria, ou seja, bens particulares e excluídos da comunhão. Mas tem o inciso I do artigo 1.660 que dispõe que os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento seriam bens comuns. Isso gera uma dúvida de qual interpretação deve ser a mais adequada, sendo que ambas são passíveis de defesa de acordo com a interpretação restrita do texto legal.

Por esse motivo a doutrina se divide em quem defende a incommunicabilidade dos proventos do trabalho pessoais e os que defendem a comunicabilidade.

Apesar das divergências é unânime o entendimento que o regime de comunhão de bens tem como objetivo a comunhão de vidas, sendo consagrado na doutrina atual como o regime que melhor respeita os princípios de justiça e à finalidade do casamento, como mostram Homero Alvenis Dutra e Beatriz Helena Branganholo (2010, p. 84). A ideia central do regime é de ser bem comum do casal tudo que foi construído em comunhão de vidas, em comunhão de esforços, e de fato isso é muito justo.

Quem defende a incomunicabilidade, como destacado por Homero Alvenis Dutra e Beatriz Helena Branganholo (2010, p. 96) sustentam essa ideia:

De outra banda, encontram-se doutrinadores que sustentam o entendimento de que as verbas trabalhistas são incomunicáveis e, portanto, não devem entrar na partilha quando da separação conjugal. Essa ótica doutrinária é fundamentada principalmente no fato de possuírem os proventos um caráter personalíssimo, ou seja, por serem destinados esses numerários única e exclusivamente ao prestador do serviço que deu origem ao seu recebimento. Entre os mantenedores dessa outra lógica pertinente aos proventos se destacam Arnaldo Rizzado, Virgílio Parnagiotis Starvridis, Fábio Ulhoa Coelho, Orlando Gomes, Eduardo de Oliveita Leite, Silmara Juny Chinelato e Vicente Arruda, além de outros.

Todos consideram os proventos como incomunicáveis quando do desfazimento da sociedade conjugal, porém advertem que essa exclusão das verbas trabalhistas abrange somente o que se conserva em espécie pelo consorte que as auferiu, seja em sua posse ou aplicado em estabelecimento bancário.

Esse entendimento se mostra inadequado ao analisar o ordenamento jurídico como um todo e todos os princípios por ele prezado, destacando principalmente a solidariedade entre os cônjuges. A adoção de medidas assim podem estimular o egoísmo e o individualismo das pessoas casadas sob esse regime, além de prejudicar a afetividade que tanto o Direito de Família preza.

Como supracitado, o entendimento do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no Recurso Especial 421.81, a lei deve ser interpretada não de forma restrita, mas de acordo com a realidade, assim como de acordo com o propósito ao qual ela foi criada, preservando a razão da lei. Caso seja aplicado a incomunicabilidade dos proventos pessoais de cada cônjuge no regime de comunhão parcial, isso gera uma descaracterização do instituto, levando a uma incongruência. Deve-se observar inclusive que uma das principais diretrizes do Direito de Família é a liberdade, tendo

os consortes a liberdade de escolher o regime de bens aplicado a sua união, bem como a possibilidade de alteração do mesmo, e caso seja vontade de ambos a incomunicabilidade de bens, existe a opção pelo regime de separação total de bens.

Conclui-se então que seria inadequada a incomunicabilidade dos bens provendo do trabalho pessoal pois fere o objetivo central do regime de comunhão parcial de bens.

## 5 CONCLUSÃO

Esta pesquisa procurou identificar e analisar a comunicabilidade dos proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge no regime de comunhão parcial de bens. Concluiu-se que:

A) Os princípios do Direito de Família são diretrizes a serem seguidas, buscando sempre que possível efetivar as garantias trazidas com eles.

B) O regime de bens regula as questões patrimoniais que surgem com o casamento, assim como as questões patrimoniais surgidas com o fim da união.

C) No regime de comunhão parcial, existe a plena comunhão de vidas, que significa muito mais que a soma de duas pessoas, é uma conjunção, união de esforços para o crescimento de ambos, podendo existir entre os consortes uma divisão de tarefas.

D) Com o casamento, sob o supracitado regime, nasce uma nova categoria de bens, existindo assim bens particulares de ambos os cônjuges e os bens comuns. O Código Civil estabelece quais bens serão comunicáveis, ou seja, pertencente a ambos os cônjuges, e quais bens são incomunicáveis, pertencendo a um dos cônjuges.

E) O artigo 1659, inciso VI do CC estabelece como incomunicáveis os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge, e existem interpretações conjuntas ao inciso II do mesmo artigo, que defendem que até os bens sub-rogados com os valores dos proventos seriam incomunicáveis.

F) A existência do inciso I do artigo 1660 do CC estabelece que os bens comuns, pertencentes a ambos os cônjuges, são os adquiridos onerosamente na constância do casamento, contrariando o artigo 1659. Fazendo gerar uma dúvida sobre qual interpretação deve ser seguida.

G) Os proventos do trabalho pessoal tem um caráter abrangente, significando não só o salário, mais remunerações de um modo geral. Sendo pacífico o entendimento de que indenizações não podem ser consideradas como bens comuns pois não tem caráter remuneratório. Os pagamentos que os profissionais liberais recebem também são considerados como remuneração, seguindo o entendimento dos proventos do trabalho.

H) Apesar da dificuldade de determinar a natureza do FGTS, tendo o mesmo várias facetas, a maioria segue o entendimento inovador da Ministra Nancy Andriahi, que entende como comuns tais verbas, desde que nascidas e pleiteadas na constância do casamento.

I) A interpretação da dissonância entre os artigos mencionados, como aponta o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, deve ser de acordo com o ordenamento jurídico como um todo, deve-se levar em conta principalmente a intenção do legislador ao criar a lei. O instituto da comunhão parcial tem como objetivo a comunhão de esforços, sendo intenção de tal regime a existência de uma massa patrimonial comum aos cônjuges. O que não ocorrer caso se interprete pela incomunicabilidade dos proventos do trabalho pessoal, tendo em vista que atualmente a maioria dos bens inegavelmente são constituído com os proventos do trabalho. Essa disposição praticamente muda o regime, tornando-o quase semelhante ao regime de separação de bens ao fazer a partilha.

J) Está correta a interpretação de quem defende que existe a comunicabilidade dos proventos do trabalho pessoal, mas não do direito de receber tais valores. Porém, caso o cônjuge deixe tais valores em espécie, o entendimento atual é de não comunicabilidade, entendimento esse que necessita ser revisto. Isso abre a possibilidade para o cônjuges fraudar a comunhão plena de vidas, deixando de adquirir bens pensando em um futuro divórcio. Por ser o Direito de Família regido pela solidariedade, comportamentos assim devem ser evitados e desestimulados devido a sua incongruência com o instituto. Conclui-se necessária uma reformulação da legislação que trata do tema, diante de sua total incongruência.

## REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2012
- BARBOSA, Camilo Colani de Lelis Colani. **Casamento**, Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas, 6 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF: Senado 1988
- CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito civil fa família e das sucessões**. Edições Almeida AS, 2008.
- CAMARGO, Marco Antônio de Oliveira. Da comunicabilidade de bens no regime da comunhão parcial de bens e a justa interpretação do art. 1659 do Código Civil. **Revista de Direito Privado**. São Paulo. n. 34, p.153-168, abr-jun/2008
- CASAGRANDE, Lilian Patrícia. **O pluralismo familiar: as novas formas de entidades familiares do artigo 226 da Constituição de 1988**. Disponível em<  
<http://jus.com.br/artigos/20105/o-pluralismo-familiar-as-novas-formas-de-entidades-familiares-do-artigo-226-da-constituicao-de-1988>  
<Acessado em 26/04/2015
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11 ed. São Paulo, LTr 2012
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- DICIONÁRIO ELETRÔNICO HOUAISS DA LÍNGUA PROTUGUESA. Ed. Objetiva, 009.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro 5: direito das famílias**. 26 ed., São Paulo, Saraiva, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. **Princípios do Direito de Família**. Disponível em>  
<http://abadireitodefamilia.blogspot.com.br/2009/12/pricipios-do-direito-de-familia.html> > Acessado no dia 24/04/2015.
- DUTRA, Homero Alvenis; BRAGANHOLLO, Beatriz Helena. A Incomunicabilidade dos Proventos do Trabalho Pessoal de cada cônjuge nos regimes de comunhão. **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre, v.1, n.1, p.75-103, fev/mar./2010.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias** 3ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **CURSO DE DIREITO CIVIL 7**. ed., São Paulo: Athas , 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias** 3. Ed. Edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, volume VI: Direito de família- As famílias em perspectiva constitucional.** São Paulo, Saraiva.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família, v.2.** 11 ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **DIREITO CIVIL BRASILEIRO** 11 ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, IBDFAM. **Monogamia, deseja e famílias paralelas.** Disponível em < <http://www.ibdfam.org.br/noticias/4989/novosite> >Acessado em 27/04/2015

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado volume 5: direito de família.** 1 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005

LÔBO, PAULO. **Direito Civil: das famílias.** 4.ed. São Paulo, Saraiva 2011

LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar.** Disponível em ><http://jus.com.br/artigos/25364/principio-da-solidariedade-familiar>

>Acessado em 25/04/2015.

LOTURO, Maria Alice Zaratini. **Curso Avançado de Direito Civil- vl.05: direito de família.** 1ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINEZ, Luciano; **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho.** 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2013

MADALENO, Rolf. **Curso de direito da família/Rolf Madaleno** 5 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013

MADALENO, Rolf. **O fundo de comércio do profissional liberal na meação conjugal** - Rolf Madaleno. Disponível em < <http://www.processoscoletivos.net/~pcoletiv/ponto-e-contraponto/681-o-fundo-de-comercio-do-profissional-liberal-na-meacao-conjugal>

acessado em 04/05/2015

NETO, Isaias Graci. **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência**, Publicação de distribuição Nacional de direito livraria Editora Ltda, 2004.

NICKNICH, Mônica. **A (i)mutabilidade do regime de bens no casamento sob a ótica do Código Civil brasileiro.** Disponível em < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id+1284](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id+1284)>

Acessado em 16/11/2014

PINHEIRO, Raphael Fernando. **Os proventos de trabalho no regime matrimonial de bens: a possibilidade de comunicação do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço.** Disponível em < [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11402](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11402)

<Acessado em 27/04/2015

PEREIRA, Carlos Mário da Silva. **Instruções de direito civil: teoria geral do direito civil**, 18 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Projeto de lei de novo Código de Processo Civil e a dissolução conjugal.** Disponível em <http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id+373> >Acessado em 17/11/2014

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **A dignidade da pessoa humana e a adequação do Livro IV do Projeto de Código Civil a esse princípio fundamental de Direito Constitucional e de Direito de Família.** Disponível em <<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=177>

<acessado em 05/05/2015

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Poliamor é negado pelo Supremo e pelo STJ.** Disponível em <http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=314>

>acessado em 05/05/2015

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Tentativa inútil de institucionalizar a Poligamia no Brasil.** Disponível em <<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=340>>Acessado em 05/05/2015

STJ- **Recurso Especial.** Disponível em <

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200200320254&dt\\_publicacao=15/12/2003](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200200320254&dt_publicacao=15/12/2003)

>Acessado em 03/05/2015

STJ- **Recurso Especial Civil.** Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=BENS+ADQUIRIDOS+ORENOSAMENTE+NA+CONSTANCIA+DO+CASAMENTO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=BENS+ADQUIRIDOS+ORENOSAMENTE+NA+CONSTANCIA+DO+CASAMENTO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO) >Acessado em 15/11/2014

WALD, Arnaldo; FONSECA, Priscila M.P. Corrêa da Fonseca. **Direito Civil: direito da família**, vol.5, São Paulo: Saraiva, 2013