

A “ARMADILHA” DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS E A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

The “pitfalls” of separate property and the humanization of Brazilian Family Law

Eduardo de Oliveira Leite*

Resumo: O objetivo da imposição do regime de separação obrigatória de bens é proteger os nubentes em situações especiais que poderiam conflitar com o regime de comunhão de bens. Estranhamente, na dicção do Código Civil, as pessoas que casam sob o regime de separação total de bens estão ingressando no regime de comunhão parcial de bens quanto aos aquestos. Tal incoerência revela a irresistível preferência do legislador nacional pelo regime da comunhão de bens. A publicação da súmula 377/STF contraria o objetivo perseguido pelo legislador podendo ser afastada por meio de pacto antenupcial garantindo-se exatamente o que a lei determina.

Palavras-chave: Regime de separação de bens. Afastamento da Súmula 377/STF. Possibilidade de pacto antenupcial.

Abstract: The goal of the mandatory property regime is to protect the betrothed in certain special situations which might clash with community property regimes. Oddly, in the words of the Code Civil, persons that marry under the separate property regime are entering the regime of partial communion of assets in regards to deferred property. The publication of Súmula 377/STF goes against the legislators wishes and can be neutralized by a prenuptial agreement therefore accomplishing what the law demands.

Keywords: Separate Property Regime. Non-application of Súmula 377/STF. Possibility of prenuptial agreement.

* Doutor em Direito Privado pela Faculdade de Direito da Universidade de Paris (Nouvelle Sorbonne) Paris, França; Pós-Doutor em Direito de Família pelo Centre du Droit de la Famille, da Universidade Jean Moulin, de Lyon, França; Professor Titular na Faculdade de Direito da UFPR; Professor Titular de Direito Civil da UEM/Paraná e Professor Adjunto de Direito Civil da UTP/PR. Advogado e Parecerista.

Sumário: 1. A noção de regulamentação do regime de bens. 2. A tipificação dos regimes de bens no direito brasileiro. 3. A “armadilha” legal da separação. 4. A Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal. 5. Da possibilidade de afastamento da Súmula 377/STF. 6. Primeiras conclusões.

Summary: 1. An introduction to matrimonial regime regulation. 2. Typification of matrimonial regimes in Brazilian law. 3. The “pitfalls” of separate property. 4. Súmula (repertoire of jurisprudence) 377 of the Brazilian Supreme Court (STF). 5. The possibility of non-application of Súmula 377/STF. 6. Initial conclusions.

1 A noção de regulamentação do regime de bens

No título II do Código Civil é tratada a matéria do Direito Patrimonial e no Subtítulo I, o Regime de Bens entre os cônjuges. Como o casamento cria a comunhão de vida entre o marido e a mulher, os interesses que passam a gerir a sociedade conjugal não mais se restringem aos aspectos puramente pessoais mas também vão influir sobre os bens que ambos trazem para o casamento, ou que o casal adquire durante o casamento.

Considerando que a matéria é de ordem pessoal, leia-se, de foro íntimo, a lei permite que os contraentes escolham, dentro da maior liberdade, o regime que há de reger o patrimônio de ambos. Assim dispõe o art. 1.639 (Disposições Gerais) que, “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.”

No caso brasileiro, esta tendência se direciona em duas nítidas tendências, a comunicabilidade dos bens ou a separação de bens, com clara preferência pelo sistema da comunhão de bens. A separação de bens sempre foi encarada com desconfiança pela sociedade brasileira, tendência que vai encontrar ampla aceitação no terreno jurídico, conforme examinaremos a seguir.

Com efeito, na vigência do Código Civil de 1916, o legislador nacional optou, sem vacilar, pelo regime da comunhão universal de bens, como regime legal. Ou seja, o Brasil, contrariamente ao modelo português que lhe serviu de paradigma, seguiu a orientação germânica. Tal tendência durou até o advento da Lei do Divórcio que, em 1977, substituiu o regime legal da comunhão universal pelo regime da comunhão parcial.¹ O modelo a ser seguido pela sociedade brasileira e desejado pelo legislador pátrio, resgate-se, permaneceu com nítida preferência pela comunicabilidade dos bens durante o casamento.

A opção pelo regime da comunhão parcial de bens, embora parcial, determina uma tendência que sempre se impôs no modelo brasileiro, a saber, a comunicabilidade patrimonial.

¹ Dispõe o art. 1.640. “Não havendo convenção ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.”

Se o casamento implica em comunhão de vidas – na esfera estritamente pessoal – no ambiente patrimonial esta característica também deve predominar para garantir a noção de comunhão de vidas.

Os motivos de tal opção são vários e decorrem de áreas meta-jurídicas que, embora paralelas ao mundo jurídico, sempre deixaram sua impressão indelével no ambiente jurídico.

Dois parecem determinar de forma mais veemente a irresistível escolha do legislador brasileiro pela comunicabilidade. Seriam eles: a influência do direito canônico – via doutrina da Igreja católica – e a característica da sociedade brasileira (predominantemente católica) que sempre visualizou o casamento como comunhão total de vida, incluindo aí os efeitos de ordem econômica.

O primeiro motivo, embora pouco citado pelos doutrinadores brasileiros, foi apreciado de forma erudita por Pontes de Miranda em monografia – *Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro* – que permanece com sua integral potencialidade, apesar da passagem do tempo. O direito canônico, “mais religioso do que político e moral”² se faz presente em quase todos os institutos do Direito de Família o que levou Orlando Gomes a afirmar que a legislação brasileira incorporou “certos princípios morais, emprestando-lhes conteúdo jurídico, particularmente no direito de família.”³

A mesma função da comunhão de bens na vida familiar é resgatada pela sociedade brasileira no que diz respeito à comunhão universal, “por isso mesmo que acarreta solidariedade maior entre os cônjuges e pressupõe maior confiança recíproca, fundindo-lhes o patrimônio como o vínculo matrimonial os associara...”⁴

Esta postura sempre foi resgatada pela doutrina nacional como corolário natural da sociedade conjugal. Assim, “em sua natureza e efeito a comunhão é por certo o regime que mais se coaduna com a índole da sociedade conjugal.”⁵ E, no mesmo sentido, Clóvis Bevilacqua ao afirmar que “... esta pronunciada predileção pelo regime da comunhão, entre nós, explica-se bem por estar ele em acordo mais pleno com a índole da união conjugal.”⁶

Sob esta ótica, da comunhão integral de vidas, o regime da comunhão justifica a prevalência que lhe foi dada pelo legislador no sistema codificado de 1916 e, agora, no de 2002.

² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada, p. 27.

³ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. p. 24.

⁴ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Civil*, v. 8. p. 215.

⁵ PEREIRA, Lafaiete Rodrigues. *Direitos de Família*. p. 98.

⁶ BEVILACQUA, Clóvis. *Direito de Família*. p. 230.

Com o advento da Lei do Divórcio, a comunhão universal cedeu espaço à comunhão parcial, mas ainda assim a comunicabilidade se manteve como parâmetro fundamental a reger as questões econômicas no casamento.

A natural evolução da sociedade brasileira com todos seus efeitos no casamento – especialmente aqueles respeitantes à facilidade da ruptura da sociedade conjugal e à inserção da mulher no mercado de trabalho com sua economia própria – gerou, como era de se esperar, um abrandamento da comunhão de todos os bens, pretéritos e futuros em proposta mais consentânea com a realidade social da atualidade.

Assim, o regime da comunhão parcial (também chamado de legal ou supletivo) aplicável ao casamento em que não houve pacto antenupcial, quando a lei não impuser o regime de separação de bens, ou quando este for nulo ou invalidado, passou a vigor como regime legal a partir de 2002, com o advento no novo Código Civil.

Vale, porém ressaltar, que, independente da força das pressões sociais ou do aporte potencialmente vigoroso da construção doutrinária e legislativa, a comunhão se mantém como “modelo” perseguido pelo legislador que resistiu incólume o passar dos séculos. Tal constatação é suficiente a reconhecer o poder dos costumes (de um lado) e da ideologia religiosa (de outro) como garantidores de uma prática que se encontra arraigada à sociedade brasileira.

2 A tipificação dos regimes de bens no direito brasileiro

A atual sistemática do Código Civil brasileiro admite quatro modelos de regimes de bens, a saber: a comunhão universal de bens (arts. 1.667 a 1.671), a comunhão parcial de bens (arts. 1.658 a 1.666), a participação final nos aquestos (arts. 1.672 a 1.686) e a separação de bens (arts. 1.641 e 1.687 a 1.688).

Destes nos ocuparemos apenas dos modelos básicos, da comunicabilidade e da separação, em decorrência do limite temático a que se restringe o presente artigo.

A regra que domina a matéria do regime de bens brasileiro é a da mais absoluta liberdade, tanto é que nas “Disposições Gerais”, o legislador permite aos contraentes a opção por regimes “mistos”⁷ a partir de regras tipificadas nos regimes “puros”, conforme dicção claríssima estampada no já citado art. 1.639.

O que quer isso dizer? Que a regra do art. 1.639 permite aos contraentes optarem por um regime misto, a saber, o da comunhão universal, com a inclusão

⁷ Consideramos um regime de bens como “misto” quando os contraentes não aderiram integralmente à proposta de regime estampada no Código Civil, mas empregaram preceitos próprios a mais de um regime de bens; de igual modo, consideramos um regime de bens “puro”, quando os contraentes escolheram um regime de bens na sua integralidade, sem recorrer à hipótese prevista no art. 1.639 do CC.

de regras (via pacto antenupcial) pertencentes a outro regime de bens. Por exemplo, é possível um dos contraentes optar pelo sistema da total comunicabilidade com a exclusão de um ou alguns bens particulares (exclusão própria da comunhão parcial, de acordo com o disposto no art. 1.659, I). Esta opção está criando um regime misto, ou “híbrido”, plenamente aceito pela ordem jurídica nacional em manifesta concordância com o art. 1.639.

Da mesma forma, no regime da separação total de bens, pode um dos contraentes sugerir que o bem imóvel adquirido após o casamento pertencerá a ambos os cônjuges.

Fizemos questão de nos referir aos dois regimes básicos para afastar qualquer exegese tendente a limitar a possibilidade de mixagem de regime de bens apenas aos regimes de comunicabilidade. Não é essa a tendência do legislador que, prevendo a hipótese de regimes mistos, nas Disposições Gerais (art. 1.639) estendeu tal hipótese a todos os quatro tipos tipificados de regime de bens.

Outra não poderia ser a interpretação extensiva, vez que inaugurando a matéria de direito patrimonial do regime de bens entre cônjuges, aquela prerrogativa não está vinculada a este ou aquele regime de bens, mas a todos indistintamente.

Claro está que a liberdade de escolha de regime, a qual nos referimos, não é tão ampla ou ilimitada como poder-se-ia imaginar mas encontra limites na ordem civil em uma hipótese específica na qual a comunicabilidade cede espaço (por meio de imposição legal) ao regime de separação.

Assim, temos a liberdade de escolha como princípio e a ausência de opção, como exceção. Nesta segunda hipótese se situa o regime de separação obrigatória de bens (art. 1.641)⁸ que é uma espécie do gênero maior, regime de separação de bens.

Com efeito, o legislador admitiu a separação convencional, decorrente de acordo, ou composição, entre as partes, como dispõe o art. 1.687 do CC⁹ e o regime de separação obrigatória de bens que nos leva a concluir que, no Brasil, a separação é oriunda de imposição (art. 1.641) ou opção (art. 1.687). Independente da origem – imposição ou opção – este regime se caracteriza pela ausência de patrimônio comum e, ao contrário do regime legal (comunhão parcial) os cônjuges mantêm autonomia econômica distinta.

Enquanto a comunhão parcial forma três massas distintas (ou acervos) de bens, os particulares do marido, os particulares da mulher, e os comuns (ou aques-

⁸ “Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.”

⁹ “Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.”

tos), na separação existem apenas dois acervos, os bens do marido e os bens da mulher, tendo ambos liberdade de administrá-los ou aliená-los. Ou seja, o casamento gera comunhão de efeitos pessoais, mas não de efeitos patrimoniais.

Tudo levava a indicar que a dicotomia existente entre os dois regimes era absoluta, implicando em afirmar que, no regime da separação, em qualquer das duas hipóteses (convencional ou legal) não ocorria confusão patrimonial, cada cônjuge mantendo sua vida econômica distinta, enquanto no regime da comunhão, também nas duas hipóteses (universal ou parcial) os aquestos se comunicam, gerando acervo comum.

Tal afirmação, porém, ficou negada pela dicção do art. 259 do Código Civil de 1916 que afirmava, sem vacilar, “Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos, na constância do casamento”. Logo, se o regime fosse de separação de bens, entendia a melhor doutrina que os adquiridos deviam, na falta de estipulação em contrário, seguir a natureza do regime.

O próprio Clóvis Bevilacqua reconheceu que o dispositivo era desarmônico. “Num sistema, em que se afasta a comunhão de bens em numerosos casos”, ainda afirmava o civilista, “o que se deve supor é que não a querem, para os bens que, de futuro, lhe vierem.”¹⁰ Esta seria a conclusão lógica que não foi acompanhada pelo artigo 259.

Conforme se afirmou acima, a dicção do artigo sob comento só se justificava face à irresistível tendência do legislador pátrio favorecer, sempre que possível, a comunicabilidade dos aquestos em detrimento de todos os demais regimes.

Ora, a hipótese prevista no então revogado art. 259/CC-1916, deixava claro que, não havendo disposição específica sobre a incomunicabilidade dos aquestos, embora os nubentes tivessem casado no regime de separação, os aquestos se comunicavam. Ou seja, a lei, em verdadeiro *tour de force*, impunha ao casal um regime de bens equivalente ao atual regime de comunhão parcial de bens (incomunicabilidade dos bens particulares e comunicabilidade do bens aquestos) quando, na realidade, o casal havia optado pela separação de bens.

Tal interpretação, contrária à intenção do casal, criou entendimento jurisprudencial no sentido de aplicar os princípios da comunhão parcial de bens, em relação aos bens adquiridos durante o casamento nos casos do regime de separação de bens convencional.¹¹

¹⁰ BEVILAGUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. v. 1. p. 647.

¹¹ Nesse sentido a doutrina de Caio Mário da Silva Pereira: “A nós nos parece que se o Código instituiu a comunicabilidade ‘no silêncio do contrato’, somente teve em vista a situação contratual, pois se desejasse abranger, nomesmo efeito, a separação compulsória, aludiria à espécie, em termos amplos, e não restritivo ao caso, em que o contrato é admitido.” *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. v. 5. p. 131.

A disposição legal (do art. 259/1916) endossada pela jurisprudência nacional gerou um verdadeiro “alçapão” legal, na ótica de Silvio Rodrigues,¹² levando os cônjuges a viverem sob regime contrário àquele escolhido na data da celebração do casamento. Com efeito, estavam casando no regime de separação de bens mas, por força do citado art. 259, os aquestos se comunicavam.

A contradição era manifesta. E a injustiça daí decorrente, notória.

3 A “armadilha” legal da separação

Se a separação fosse convencional, dependente, pois, de pacto antenupcial, nela deveriam os contraentes se referir acerca dos aquestos, dispondo quer quanto à comunicabilidade ou quanto à incomunicabilidade. Caso silenciassem sobre os aquestos, impunha-se a aplicação da comunicabilidade dos mesmos (art. 259/1916).

Tal situação não era estendida ao regime de separação obrigatória de bens, vez que nesta hipótese a separação era imposta aos contraentes, sem possibilidade de pactuarem livremente sobre seu patrimônio. O regime resultava de imposição legal e não de contrato.

Se na separação de bens convencional os contraentes, por meio de pacto antenupcial “em que ajustam a separação, circunscrevem os efeitos dessa união, a fim de impedir que ela se estenda também ao campo patrimonial”¹³ não é crível, nem razoável que o legislador nulifique a intenção do casal, impondo regime de efeitos contrários àqueles manifestados no pacto.

Na separação, “embora sejam marido e mulher, cada cônjuge continua dono daquilo que era seu, será senhor exclusivo dos bens que vier a adquirir e receberá, sozinho, as rendas produzidas por uns e outros desses bens.”¹⁴ A aplicação do art. 259, como vimos, descaracterizava o regime de separação confundindo-o com os efeitos do regime de comunhão parcial de bens.

Por isso, com razão, José Fernando Simão, não vacila em afirmar que, “o dispositivo, aplicado ao regime da separação convencional determina a comunhão dos aquestos, caso o pacto antenupcial não os excluísse expressamente.

¹² Assim doutrinava Silvio Rodrigues: “Tal regra, que surge como um alçapão posto na lei para ludibriar a boa-fé dos nubentes e conduzi-los a um regime de bens não desejado, só encontra explicação na indistigável preferência do legislador de 1916 pelo regime da comunhão universal e na sua desmedida tutela do interesse particular, injustificável em assunto que não diz respeito à ordem pública.” (Silvio Rodrigues. *Direito Civil: Direito de Família*. v. 6. p. 165-166).

¹³ RODRIGUES, Silvio. Obra citada, v. 6, p. 216.

¹⁴ RODRIGUES, Silvio. Obra citada, *ibidem*.

Era uma armadilha para aqueles que simplesmente escolhiam a separação de bens, sem excluir expressamente a comunhão de bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento.¹⁵

No mesmo sentido a doutrina de Silvio de Salvo Venosa para quem “o legislador preparou uma armadilha indesejável para os que escolhiam no pacto antenupcial o regime da separação: se não fossem expressos a respeito da incomunicabilidade absoluta, estariam casando-se, na verdade, sob o regime da comunhão de aquestos.”¹⁶

A armadilha não pode ser subestimada se considerarmos a grande maioria de brasileiros que casa sem discutir ou atentar à importância do regime de bens antes do casamento.¹⁷ Na realidade esta é uma matéria de discussão que gera mal-estar entre os contraentes e que, quase sempre, é postergada para o momento da cerimônia quando o regime é indicado, na maioria das vezes, sem o conhecimento integral das consequências patrimoniais da opção feita. A prosperar a tendência jurisprudencial originária do então art. 259, os contraentes estariam casando sob o regime de separação de bens (quanto aos bens pretéritos, ou particulares) mas, efetivamente, sob o regime de comunhão parcial de bens (no qual a comunicabilidade dos aquestos é regra imperativa).

A jurisprudência nacional assumiu, então, postura diametralmente oposta, alguns Tribunais entendendo que, na citada hipótese, os bens adquiridos na constância do casamento, em decorrência do mútuo esforço, seriam comuns e, pois, comunicáveis. Em oposição oposta, outros Tribunais sustentavam a incomunicabilidade dos aquestos (decisão correta) em decorrência da dicção do art. 259 somente aplicável aos casos de “silêncio do contrato”.

¹⁵ SIMÃO, José Fernando. O regime da separação absoluta de bens (CC, art. 1.647): separação convencional ou obrigatória? In: *Meus artigos*. Disponível em: http://professorsimao.com.br/artigos_simao_regime_separação.html. Acesso em: 5 mar. 2018.

¹⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil – Direito de Família*. v. VI. p. 327.

¹⁷ Se considerarmos que, segundo dados levantados por técnicos da ONU e pesquisadores brasileiros, 42 milhões de brasileiros vivem abaixo da linha da pobreza, é factível concluir que quase metade da população brasileira não tem a menor ideia do que seja regime de bens e, muito menos, utilize o recurso do pacto antenupcial face à ausência absoluta de patrimônio. De igual modo, a tabela do IBGE – *Classes de rendimento mensal, em salários mínimos* comprova que aproximadamente 40% (quarenta por cento) dos brasileiros não têm rendimento e, aproximadamente 10% (de por cento) ganha um salário mínimo, ou seja, metade da população está excluída do acesso à legislação nacional em geral e sobre regime de bens no casamento, especificamente. Em 2015, a saber, há três anos atrás, a *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – Síntese de Indicadores 2015*, levada a efeito pelo IBGE comprovou que “44,7% dos domicílios particulares brasileiros que declararam ter algum tipo de rendimento contavam com apenas 1 salário mínimo por morador no domicílio. Dos 68,2 milhões de domicílios que declararam possuir rendimento, 30,5 milhões receberam menos de 1 salário mínimo de rendimento domiciliar *per capita*; 22,2 milhões (ou 32,5%) foram enquadrados nas faixas de rendimento domiciliar *per capita* de 1 a menos de 2 salários mínimos; e 13,6 milhões (ou 19,9%) informaram rendimento domiciliar *per capita*, de 2 ou mais salários mínimos” (Fonte: IBGE).

A tese do esforço comum, a favor da comunicabilidade gerava atração considerável no meio judiciário vez que, pensar contrariamente, implicaria negar a ocorrência da mútua ajuda em detrimento dos interesses patrimoniais do casal. De qualquer maneira, ainda que prevalecesse tal exegese, a noção de “armadilha” era notória, vez que o casal casara sob o regime de separação de bens.

Diante, pois, do impasse e da inquestionável contradição de decisões que gerava legítima reação dos casais, as Cortes Superiores tentaram resolver a dicotomia com a publicação da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal que assim dispunha: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”

O escopo do preceito, agora sumulado, era pôr fim às intermináveis discussões a respeito da comunicabilidade ou não dos aquestos decorrente do regime de separação de bens. Embora a dúvida tenha sido minorada, já que, a partir de então, a súmula se aplicava ao regime de separação legal (leia-se, obrigatória) de bens, a dúvida ainda persistia em relação ao regime de separação convencional de bens.

A súmula, como se depreende da sua leitura, é restritiva ao “regime de separação legal de bens” e, portanto, aplica-se a esta espécie de separação. Se a intenção fosse abranger todo o gênero de separação de bens, por certo, a redação não teria se limitado à separação legal.

Claro está, e nem é preciso muito esforço para já se concluir parcialmente, que a Súmula 377/STF “distorce o regime de separação obrigatória de bens, transformando-o, na prática, em regime de comunhão parcial de bens, em clara violação ao comando legal e, ainda, ao senso comum que vigora na sociedade, sendo de difícil compreensão que um regime que se intitula *separação obrigatória* gere a comunhão de aquestos”.¹⁸

A objetiva e clara doutrina de Ana Luiza Nevares aponta com precisão impecável o equívoco de uma súmula que, em vez de pôr pá de cal na discussão intermitente do problema gerado pelo art. 259/1916, aumentou o questionamento alargando a problemática da comunicabilidade (a comprovação dos aquestos independeriam de prova do esforço comum, sendo este presumido? ou a súmula deveria ser interpretada restritivamente, exigindo-se prova de contribuição para a partilha do patrimônio adquirido na constância do casamento?) a setores jurídicos até então inimagináveis.

¹⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. O regime de separação obrigatória de bens e o verbete 377 do Supremo Tribunal Federal. In: *II a. 3. n. 1.2014 II 5*. Disponível em: <civilistica.com>. Acesso em: 5 mar. 2018.

4 A súmula 377 do Supremo Tribunal Federal

A súmula, conforme se viu, tem sua base legal fixada no art. 259 do Código Civil de 1916. A *ratio* do citado artigo referia-se ao silêncio do contrato, tendo naturalmente em vista o regime da separação contratual, isto é, a separação convencional. A *contrario sensu*, se no regime da separação legal, obrigatória, não há contrato, vez que a imposição decorre do texto legal, não há que se falar na aplicação do citado dispositivo.

Esta sempre foi a posição dominante da doutrina brasileira¹⁹ que não vacilava em afirmar a inaplicabilidade da hipótese ao regime da separação obrigatória de bens.

Outro motivo a ensejar duras e pertinentes críticas da doutrina nacional remontaria à confusão de regimes puros que a nossa lei civil nunca agasalhou. Com efeito, a aplicação do art. 259 ao regime de separação legal de bens implicaria, inevitavelmente, em convertê-lo em regime de comunhão parcial. Com efeito, dizer comunicarem-se os aquestos no regime de separação legal equivale a dizer que o regime passa a ser o da comunhão parcial. Certamente não foi este o escopo perseguido pelo legislador, que visou a uma sanção aos cônjuges (art. 1.641, incisos I a III) quando previu o regime de separação legal (especialmente a situação do setuagenário à época do casamento).²⁰

Não bastassem os argumentos invocados, Inácio de Carvalho Neto se refere a outro argumento que parece decisivo à elucidação do impasse criado. Assim segundo o doutrinador, era intenção do legislador, com a redação do art. 1.641 do novo Código Civil “deixar clara a revogação da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, dizendo não haver comunhão de aquestos no regime de separação legal de bens.”²¹ Entretanto, “na última revisão redacional do

¹⁹ RODRIGUES, Silvio. “O que me parece de absoluta evidência é que a regra do art. 259 [...] se aplica exclusivamente ao regime convencional da separação de bens.” Obra citada, p. 166. No mesmo sentido a doutrina de Pontes de Miranda: “O art. 259 não incide se o regime da separação é o obrigatório. Então os bens são adquiridos pelos cônjuges separadamente e há dois patrimônios sem ligação.” *Tratado de Direito Privado*. v. 8. p. 346. E, ainda, a doutrina de João Manuel de Carvalho Santos: “O legislador ao dispor pela forma que o fez, pressupôs a existência de um contrato antenupcial. E somente quando o contrato silencia, manda que se aplique o dispositivo supra. Donde a conclusão de que, se se trata de regime obrigatório da separação de bens, em virtude do que estatui o art. 258, parágrafo único, não se aplica o dispositivo do art. 259. Permitir que se comunicassem os bens adquiridos, no caso de ser obrigatório o regime de separação, seria tolerar que a lei fosse burlada, seria, em suma, admitir que os cônjuges fugissem daquele regime que a lei lhes impôs, para caírem no regime da comunhão de bens.” *Código Brasileiro Interpretado*. v.5. p. 55.

²⁰ A partir da Lei nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010, o art. 1.641 passou a vigor da seguinte forma: “II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos”.

²¹ CARVALHO NETO, Inácio. *A Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal e o novo Código Civil*. Disponível em: <http://www.professorchristiano.com.br/artigosleis/artigo_inacio_sumula.pdf>, p. 5. Acesso em: 6 mar. 2018.

novo Código, suprimiu-se do projeto a expressão ‘sem a comunhão de aquestos’ que se pretendia acrescentar ao *caput*, para deixar claro que no regime de separação legal não se comunicam os bens adquiridos na constância do casamento, sepultando definitivamente a Súmula nº 377, do Supremo Tribunal Federal.”²²

Após questionar a constitucionalidade formal dessa supressão, Carvalho Neto visualiza a possibilidade de releitura do *caput* do art. 1.641 da forma como estava originariamente redigido, ou seja: “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento, sem a comunhão de aquestos” concluindo que “a Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal está revogada, não mais se podendo falar em comunicação de aquestos no regime de separação legal de bens.”²³

Claro está que a edição da referida Súmula aconteceu em outro contexto social e histórico, na década de 1964, quando a realidade social brasileira era diferente do atual contexto econômico-financeiro. De lá pra cá, porém, vem recebendo duras críticas, pois a sociedade de modo geral sofreu grande evolução histórica e mudanças de conceitos o que deixa mais evidente o desuso da Súmula atualmente. Na década de 60 a pretensão do STF era, talvez, a de proteger os incautos contra o enriquecimento ilícito proveniente de aventureiros que se apropriavam de fortunas indevidas em decorrência do casamento com nubentes jovens e inexperientes. Sustentar tal hipótese na atualidade soaria, no mínimo surreal. A evolução da sociedade brasileira em termos culturais (apesar do quadro econômico sofrível, conforme se comprovou) retrata uma realidade distinta, mais otimista, na qual o ingresso no casamento se materializa em bases totalmente diferentes, bastando para tal considerar dois aspectos fundamentais: 1) o ingresso da mulher no mercado de trabalho e 2) a igualdade constitucional de direitos e deveres entre marido e mulher (art. 226, § 5º/CF).

5 Da possibilidade de afastamento da Súmula 377/STF

A questão tormentosa da possibilidade de afastamento da Súmula 377 foi enfrentada originariamente por Ana Luiza Maia Nevares, em 2014.²⁴ A mesma matéria foi suscitada agora por artigo de lavra do civilista Zeno Veloso, publicado inicialmente no Jornal *O liberal*, de Belém do Pará e, posteriormente, disponível no *site* <Jusbrasil.com.br>, onde ganhou maior publicidade e transparência.

²² CARVALHO NETO, Inácio. *Idem*, *ibidem*.

²³ CARVALHO NETO, Inácio. *Idem*, p. 6.

²⁴ Ana Luiz Maia Nevares é mestre e doutora em Direito Civil pela UERJ e Professora de Direito Civil da PUC-Rio. O artigo de sua lavra, aqui citado foi publicado em 21 de fevereiro de 2014 no *site* <Civilistica.com>.

Antes, porém, de adentrar na questão doutrinária do afastamento (ou desconsideração) da súmula sob comento, vale lembrar que o Superior Tribunal de Justiça, em REsp²⁵ de relatoria da Ministra Nancy Andrighi já havia se manifestado sobre a impossibilidade da súmula ser estendida para o regime de separação convencional de bens.²⁶

Para a relatora, a restrição contida no art. 259 do CC/16, assim como teor da Súmula 377/STF, incidem sobre casamentos regidos pelo regime de separação legal de bens, nos quais não há manifestação dos noivos quanto ao regime de bens que regerá a futura união.

Questionou a Ministra: “Ademais, o que pode ser mais expreso, quanto à vontade dos nubentes de não compartilhar o patrimônio adquirido na constância do casamento, do que a prévia adoção do regime de separação de bens?”

A decisão revela-se importante na medida em que ressalta a intenção dos nubentes (adoção do regime de separação de bens) que não pode ser alterada, nem por dispositivo legal, nem tampouco, por eventual súmula que disponha contrariamente à vontade dos mesmos. O casal em questão havia feito pacto antenupcial no qual definiram o regime de separação de bens para regular o patrimônio adquirido durante o casamento.

A postura da Ministra em relação ao caso analisado direciona-se em duas nítidas tendências que vão definir a posição da doutrina nacional, a saber, em primeiro lugar, o argumento invocado deixa claro que a vontade manifestada pelos nubentes deve ser respeitada, resgatando – ainda que indiretamente – a noção inserida no art. 1.639 do CC (“É lícito aos nubentes [...] *estipular quanto aos seus bens, o que lhes aprouver*”) e, em segundo lugar, resgata a validade absoluta do pacto antenupcial na determinação do que “lhes aprouver”.

Aqui é possível visualizar os elementos fundamentais que legitimam, ou justificam, a escolha do regime de bens: a possibilidade de definir como querem que sua vida econômica seja estruturada e, ato imediato, a formalização da vontade por meio do pacto antenupcial.

É dentro desta ótica que já havia se manifestado a doutrina de Ana Luiza Nevares quando afirma, sem vacilar:

Não é incomum que as pessoas sujeitas ao regime de separação obrigatória de bens decidam celebrar pacto antenupcial, no qual manifestam a clara vontade de que seu casamento seja regido da mais absoluta e total separação patrimonial. Nestes casos, resta consignado no assento pertinente que o casamento foi celebrado pelo regime da total separação de bens, com indicação expressa da escritura pública do pacto antenupcial, sendo certo que dito pacto não tem o condão de atribuir àquele matrimônio os efeitos

²⁵ O número deste processo não foi divulgado em razão de segredo judicial.

²⁶ “Regime de separação convencional mantém bens do casal separados antes e durante o casamento.”

próprios do regime de separação total convencional de bens (que diferem dos efeitos do casamento pelo regime de separação obrigatória de bens), mas apenas de consignar que o regime de bens deve ser o da mais absoluta separação de patrimônios, afastando a incidência do verbete 377 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.²⁷

Como pode se perceber, os dois aspectos salientados no voto da Ministra Nancy Andriighi retornam aqui com o devido realce. Primeiro, resgatando a soberania da vontade em matéria de regime de bens (“... clara vontade de que seu casamento seja regido da mais absoluta e total separação patrimonial”) e, ato contínuo, o afastamento da incidência da Súmula 377 (“afastando a incidência do verbete 377 da Súmula do Supremo Tribunal Federal”).

Mas a posição doutrinária de Nevares avança um pouco mais ao afirmar, de modo claro e objetivo, que o pacto antenupcial – instrumento perfeitamente disponível a quem pretende regular o seu regime de bens “como lhe aprouver” – não tem o poder de atribuir ao casamento os efeitos do regime de separação convencional de bens. A ressalva é importante, respeitando as características desejadas pelo legislador no art. 1.687 (separação convencional de bens) porém, reafirmando a vontade dos nubentes que, no regime de separação obrigatória de bens, perseguem a mais absoluta separação de patrimônios. Ao pacto antenupcial, como se percebe, é reconhecido efeito limitado, que não compromete a dicção legal do art. 1.687 mas, ao mesmo tempo, tal exegese afasta a incoerência até então criticada pela doutrina mais abalizada, de realização de um casamento sob o regime de separação e que, ao final, se confunde com a comunhão parcial de bens.

Dentro da rigorosa análise científica do problema, Nevares contrapõe os dois argumentos que fragilizariam a utilização do pacto antenupcial na hipótese sob comento. Seriam eles, primeiro, a não aceitação do pacto nos processos de habilitação do casamento em decorrência do disposto no número 7 do art. 70 da Lei 6.015/73²⁸ e, segundo, a arguição de cancelamento do pacto pelo Ministério Público, sob alegação de nulidade.

Questionando a natureza do ato nulo e o alcance do pacto antenupcial, a citada autora conclui que “na medida em que o pacto em comento prevê exatamente o regime de bens que a lei impõe, ou seja, o regime de separação patrimonial, pode-se concluir que dito ajuste não contraria o comando legal, não sendo

²⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. Obra citada, p. 7.

²⁸ A Lei dos Registros Públicos assim dispõe no seu art. 70, nº 7:

“Do matrimônio, logo depois de celebrado, será lavrado assento, assinado pelo presidente do ato, os cônjuges, as testemunhas e o oficial, sendo exarados:

7º) o regime de casamento, com declaração da data e do cartório em cujas notas foi tomada a escritura antenupcial, quando o regime não for o da comunhão ou o legal que, sendo conhecido, será declarado expressamente.”

nulo, portanto”²⁹ e, ainda, “... não há motivos para negar que aqueles que devem se submeter ao regime de separação obrigatória de bens afirmem em documento autêntico o seu desejo de realmente viverem uma separação total e plena de patrimônios na esteira do comando legal.”³⁰

Justificando a possibilidade do pacto antenupcial com vistas ao afastamento da indesejada aplicação da Súmula 377/STF ainda afirma a civilista, sem vacilar, que “não há motivos para negar que aqueles que devem se submeter ao regime de separação obrigatória de bens afirmem em documento autêntico o seu desejo de realmente viverem uma separação total e plena de patrimônios, na esteira do comando legal.”³¹

Vale frisar, que a doutrina exposta, além de fazer rigorosa interpretação do texto legal, em prova de impecável lógica, prioriza a humanização do Direito de Família não mais o submetendo à exegese restritiva, puramente calcada na interpretação literal da lei, mas, em nítida tendência finalística, procurando evidenciar a interpretação teleológica³² priorizando, sempre que possível, a dimensão humana e o respeito à liberdade de optar.

É nesta dimensão e sob esta ótica que se alinha toda a doutrina atual sobre o conteúdo do art. 1.641 e a não aplicação da Súmula 377/STF.

Assim, para citar as posições mais atuais a respeito do questionamento objeto do presente estudo, doutrina José Fernando Simão:

Com a vigência do novo Código Civil, o artigo foi revogado e não encontra correspondente legal. Assim, a primeira conclusão que se chega e que após a vigência do Código Civil de 2002, a separação convencional de bens é realmente absoluta, não havendo a comunhão dos aquestos.

Mais adiante, sobre o afastamento da Súmula 377/STF:

[...] Entendo estar revogada a disposição [...] isso porque a Súmula 377 não evita o enriquecimento sem causa, mas contrariamente, gera o enriquecimento sem causa. Isso porque, em razão da Súmula, a comunhão dos aquestos gera o enriquecimento sem causa. Isso porque, em razão da Súmula a comunhão dos aquestos é considerada automática, independentemente da prova do esforço comum³³ [...] Em

²⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. Idem, p. 9.

³⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. Idem, ibidem.

³¹ NEVARES, Ana Luiza Maia. Idem, ibidem.

³² Aquela que busca entender a lei por seu sentido finalístico. Parafraseando a lição sempre atual de Maria Helena Diniz: “O direito deve ser visto em sua dinâmica como uma realidade que está em perpétuo movimento, acompanhando as relações humanas, modificando-se, adaptando-se às novas exigências e necessidades da vida [...] A evolução da vida social traz em si novos fatos e conflitos [...] juízes e tribunais constantemente estabelecem novos precedentes e os próprios valores sofrem mutações, devido ao grande e peculiar dinamismo da vida.” *As lacunas no Direito*. p. 72.

³³ O exemplo dado por Simão é elucidativo: “Se um senhor de 90 anos se casa com uma moça de 18 anos, pelo regime de separação obrigatória em razão da idade, e depois de casado adquire uma casa e um carro, os bens são considerados aquestos em decorrência da súmula e a jovem nubente terá direito automaticamente à meação. E por que? Porque a Súmula 377 não exige prova do esforço comum.” Obra citada, p. 2.

conclusão, a Súmula deve ser entendida como revogada [...] Afasta-se definitivamente a presunção contida na Súmula 377 e a separação obrigatória passa a ser considerada realmente absoluta.³⁴

No mesmo sentido a posição de Zeno Veloso em parecer solicitado por casal que assim colocou o problema à apreciação do sensível civilista:

Querem lavrar uma escritura – pacto antenupcial, mencionando que vão casar-se, e o casamento seguirá o regime obrigatória da separação de bens, por força do art. 1.641, inciso II, do Código Civil. Até aí, nada de novo: só estão repetindo o que a lei já diz. Todavia, não querem, em nenhuma hipótese, haja comunicação de bens, mantendo-se a separação de bens de forma absoluta, em todos e quaisquer casos, sem limitação ou ressalva alguma, excluindo, portanto, expressamente a aplicação da Súmula 377 do STF.³⁵

A posição de Zeno Veloso foi taxativa: “Já dei a minha opinião; não acho que o enunciado da Súmula seja matéria de ordem pública, represente direito indisponível, e tenha de ser seguida a qualquer custo, irremediavelmente.”³⁶

No mesmo sentido se direciona a doutrina de Jones Figueirêdo Alves que gerou Provimento da Corregedoria Geral da Justiça de Pernambuco³⁷ O citado Provimento dispôs sobre o afastamento da reportada Súmula 377 do STF, quando determina:

a) no regime de separação legal ou obrigatória de bens, na hipótese do art. 1.641, inciso II, do Código Civil deverá o oficial do registro civil certificar os nubentes da possibilidade de afastamento da incidência da Súmula 377 do STF, por meio de pacto antenupcial e, b) o oficial do registro esclarecerá sobre os exatos limites dos efeitos do regime de separação obrigatória de bens, onde comunicam-se os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento (Artigo 1º).³⁸

Merecem transcrição os argumentos expendidos pelo preclaro pensador:

É que, iniludivelmente, o regime patrimonial da separação obrigatória de bens imposto aos nubentes de maior faixa etária, por expressa disposição do legislador, não inibe ou afasta o interesse dos consortes pelos bens adquiridos onerosamente ao longo do casamento sob o regime de separação legal; razão pela qual, obrigados a este regime, cumpre-lhes, assim querendo, certificar, por convenção de interesse mútuo, sobre a hipótese de “separação absoluta” dos bens futuros, que se contém no regime de separação convencional de bens.

³⁴ SIMÃO, José Fernando. O regime da separação absoluta de bens (CC, art. 1.647): separação convencional ou obrigatória? In: *Meus artigos*. Disponível em: <http://professorsimao.com.br/artigos_simao_regime_separacao.html>. Acesso em: 5 mar. 2018. Ainda, e no mesmo sentido, o artigo intitulado Separação obrigatória com pacto antenupcial? Sim, é possível. In: *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-11/processo-familiar-separacao-obrigatoria-pacto-antenupcial-sim-possivel?imprimir=1>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

³⁵ VELOSO, Zeno. *Casal quer afastar a Súmula 377*. In: p. 2-3. Disponível em: <Jusbrasil.com.br>. O artigo foi publicado no Jornal O Liberal, de Belém do Pará, em abril de 1916.

³⁶ VELOSO, Zeno. *Idem*, p. 3.

³⁷ Provimento nº 08/2016, de 30.05.2016 (Dje. de 01.06.2016, p. 68-69).

³⁸ ALVES, Jones Figueirêdo. As uniões septuagenárias e a separação absoluta de bens por pacto antenupcial com superação da Súmula 377 do STF. In: *Poder Judiciário. Tribunal de Justiça de Pernambuco*. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

Anote-se que, quando preferido este regime, através de pacto antenupcial, o casamento não repercute na esfera patrimonial dos consortes, implicando dizer que os cônjuges preservam o domínio e a administração dos seus bens presentes e futuros, como também, diferentemente do art. 276 do CC/1916, “estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real” (art. 1.687 do Código Civil/2002).

Em tais latitudes, como se observa, o regime de separação convencional e voluntária, apresenta uma separação absoluta ou total de bens, o que não é alcançada, expressamente, pelos que são submetidos ao regime de separação legal ou obrigatória. No caso, estes últimos nubentes estariam desprovidos da capacidade de convencionar pela separação plena e absoluta, aparentemente reservada aos nubentes com idade inferior aos setenta anos.³⁹

Invocando a prevalência da autonomia privada em matéria patrimonial (mediante pacto antenupcial) sobre o poder vinculante das súmulas assim se posicionou Mário Luiz Delgado:

[...] podem os nubentes, atingidos pelo art. 1.641, inciso II do Código Civil, afastar por escritura pública, a incidência da Súmula 377 do STF, estipulando nesse ponto e na forma do que dispõe o art. 1.639, *caput*, do Código Civil, quanto aos seus bens futuros o que melhor lhes aprouver.⁴⁰

Corroborando a mesma orientação da doutrina citada assim se posicionou Flávio Tartucce:

[...] Sem dúvida, a Súmula 377 do STF – do remoto ano de 1964 –, traz como conteúdo matéria de ordem privada, totalmente disponível e afastada por convenção das partes, não só no casamento, como na união estável [...]. A única restrição de relevo a essa regra diz respeito à disposições absolutas da lei, consideradas regras cogentes, conforme consta do art. 1.655 da mesma codificação, o que conduziria à nulidade absoluta da previsão [...]. Todavia, não há qualquer problema em se afastar a súmula 377 pela vontade das partes, o que, na verdade, ampliaria os efeitos do regime de separação obrigatória, passando esse a ser uma verdadeira *separação absoluta*, em que nada se comunica [...]. Acreditamos que tal afastamento constitui um correto exercício da autonomia privada, admitido pelo nosso Direito, que conduz a um eficaz mecanismo de planejamento familiar, perfeitamente exercitável por força de ato público, no caso de um pacto antenupcial (art. 1.653 do CC/2002).⁴¹

Conforme se depreende da doutrina invocada é possível afirmar que a doutrina nacional evoluiu, resgatando a dimensão humana da vontade dos nubentes, em detrimento dos meros aspectos patrimoniais, ao considerar que é possível a convenção dos nubentes por pacto antenupcial formalizado em escritura pública afastando a incidência da Súmula 377/STF no regime obrigatória de se-

³⁹ ALVES, Jones Figueirêdo. Obra citada, p. 2. Por questões de ordem especial deixamos de reproduzir todo artigo que merece leitura a análise pela clareza e coerência dos argumentos invocados.

⁴⁰ DELGADO, Mário Luiz. Apud Jones Figueirêdo Alves. Artigo citado, p. 2.

⁴¹ TARTUCE, Flávio. *Da possibilidade de afastamento da súmula 377 do STF por pacto antenupcial*. (25 de maio de 2016). Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104.MI239721,61044-Da+possibilidade+de+afastamento+da+sumula+377+do+STF+por+pacto+antenupcial>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

paração de bens; que os nubentes podem, por convenção, ampliar os efeitos da separação obrigatória de bens garantindo a efetiva separação absoluta, na qual nada se comunica; que o afastamento da Súmula 377/STF constitui exercício natural da autonomia privada garantidor de um eficaz mecanismo de planejamento familiar, e da livre escolha dos nubentes, com a opção pela separação total de bens sem incidir na “armadilha” da separação de bens que conduz os incautos à indesejada comunhão de bens.

6 Primeiras conclusões

A análise levada a efeito indica, de forma segura, a tendência do pensamento jurídico nacional à aceitação de premissas que priorizam inquestionavelmente a prioridade da condição humana sobre a mera consideração do texto frio da lei, em prova manifesta que vivemos novos tempos pontuados pelo abrandamento da legislação sempre que ela contraria as expectativas mais caras do projeto existencial de cada sujeito.

Como notoriamente sabido, o argumento principal justificador da inclusão do inciso II do art. 1641 do CC sempre foi o do risco de confusão patrimonial entre uma pessoa idosa e eventual pessoa jovem, caracterizando suspeita de casamento por interesse⁴² (de um lado) e, igualmente, evitar o enriquecimento ilícito daquele que tem os bens em seu nome, embora as respectivas aquisições sejam provenientes de esforço comum.

A questão sempre invocada pelos estudiosos do Direito de Família e ainda sem resposta plausível é: Por que uma pessoa idosa não pode escolher livremente o regime de bens aplicável ao seu casamento? Essa era e continua sendo uma questão misteriosa que os doutrinadores e operadores do direito tentaram e continuam tentando desvendar em vão.

A proposta inédita e vanguardista materializada no Provimento nº 08/2016 da Corregedoria Geral da Justiça de Pernambuco, de autoria de Jones Figueirêdo Alves, abriu uma perspectiva nova no tratamento mais humanizado do Direito de Família, recolocando o sujeito de direito acima das meras considerações de ordem econômica resgatando o papel central da afetividade nas relações matrimoniais, ao mesmo tempo que garante a coerência da ordem codificada que encontra na dicção do art. 1.639 as noções maiores de liberdade e de escolha.

⁴² Segundo doutrina de Milton Paulo de Carvalho Filho: “O inciso II realça o caráter protetor do legislador que pretende resguardar o nubente maior de 70 anos de união fugaz e exclusivamente interesseira.” *Código Civil Comentado*. p. 1731.

Esta tendência, agora visível, na recente decisão da Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça de São Paulo (Recurso Administrativo nº 1065469-74.2017.8.26.0100)⁴³ – que se manifestou pela validação de pacto antenupcial que previa a absoluta incomunicabilidade de bens no regime da separação obrigatória de bens – faz eco ao Provimento nº 08/2016 e, certamente, será adotada por todo país, em prova inequívoca de um humanismo que passa a adentrar no Direito de Família ocupando um espaço sempre legítimo e plenamente defensável.

Os argumentos invocados pela Corregedoria Geral da Justiça resgatam de forma precisa e objetiva os aspectos que merecem ser considerados na solução da complexa questão. Assim:

a) Uma vez que a *mens legis* do art. 1.641 é protetiva e que a regra geral é a livre contratação do regime de bens, afigura-se de todo razoável permitir que ambas as situações incidam cumulativamente, ampliando-se a proteção buscada pela lei, por meio de pactuação entre os nubentes; b) o óbice imposto aos recorrentes [...] implica rematado contrassenso. Impede que se alargue a proteção pretendida pelo legislador, ao mesmo tempo em que limita o poder de livre pactuação; c) por se tratar de norma de exceção, a vedação imposta pelo art. 1.641 comporta, ademais, interpretação restritiva. O cerceamento do poder de pactuar deve ser o mínimo necessário para que o objetivo da norma seja alcançado. Não se há de impedir, portanto, a contratação de regime que amplie o cunho protetivo almejado pela norma.⁴⁴

Pensar de forma diversa seria retroceder a um autoritarismo negado pela evolução natural da comunidade brasileira. Raciocinar contrariamente implicaria em fechar os olhos à força inquestionável do abrandamento de princípios cogentes que exigem releitura consentânea ao atual estágio de desenvolvimento e de conquistas do mundo jurídico.

⁴³ “Registro Civil de Pessoas Naturais – Casamento – Pacto antenupcial – Separação obrigatória – Estipulação de afastamento da Súmula 377 do STF – possibilidade. Nas hipóteses em que se impõe o regime de separação obrigatória de bens (art. 1.641 do CC), é dado aos nubentes, por pacto antenupcial, prever a incomunicabilidade absoluta dos aquestos, afastando a incidência da súmula 377 do Excelso Pretório, desde que mantidas todas a demais regras do regime de separação obrigatória. Situação que não se confunde com a pactuação para alteração do regime de separação obrigatória, para o de separação convencional de bens, que se mostra inadmissível.”

⁴⁴ Apud, Portal do RI – Portal do Registo de Imóveis, p. 2. Disponível em: <<http://www.portaldori.com.br>>. Acesso em: 5 mar. 2018.