



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
FRANCISMARA CECÍLIA PROTTO

VÍCIOS DE ALIENAÇÃO NA SOCIEDADE CONJUGAL

Araranguá

2013

FRANCISMARA CECÍLIA PROTTO

VÍCIOS DE ALIENAÇÃO NA SOCIEDADE CONJUGAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Laércio Machado Júnior.

Araranguá

2013

FRANCISMARA CECÍLIA PROTTO

VÍCIOS DE ALIENAÇÃO NA SOCIEDADE CONJUGAL

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Araranguá, 10 de junho de 2013.

Professor e orientador Laércio Machado Júnior, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Renan Cioff de Sant'ana, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Luiz Eduardo Lapolli Conti, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Dedico este trabalho às forças superiores (Deus), à minha mãe Edita, que em suas orações sempre pede o melhor, e, “*in memoriam*” a meu amado pai Rudi, que de onde estiver, está orgulhoso de sua “Pretinha”.

AGRADECIMENTOS

Meus agradecimentos ao professor Laércio Machado Júnior, que atendeu prontamente meu pedido de orientação, e que foi, durante minha jornada nesta graduação, um exemplo de docente dedicado a ensinar com excelência, sempre disposto a colaborar com o crescimento e a busca pelo direito. Obrigada.

Sou grata a todos os meus professores universitários, como Lester Camargo, Geraldo Pessoa, Geraldo Cota, Marcos Monteiro, Fátima Caldeira, Rejane Johansson, Enoir Alexandrino, José Adilson Cândido, Letícia Pedra, Fábio Lyrio, Diego Haro, Renan Cioff e Andresa Ribeiro, entre outros tantos, que só engrandeceram minha vida acadêmica.

Agradeço também aos meus amigos, como Adrieli, Jaque, Augusto, Samara, Júlio, Cassiana, Anderson, Flávia, Cíntia, Drika e Cibele, que foram incentivadores desta jornada e compreensivos quando não me fiz presente, tendo que abdicar de suas companhias para me concentrar nos estudos. Especialmente ao meu amigo-irmão Gabriel Apolinário João, que me emprestou seus ouvidos e seu tempo, parando tudo e correndo ao meu encontro para reconfortar-me, para ouvir minhas lamúrias e secar minhas lágrimas, sempre me incentivando e deixando claro que eu era capaz. A “BG” te ama pra todo sempre!

Não poderia deixar de expressar gratidão ao meu outro amigo-irmão, Marcelo Soares Darella, que me aturou nos melhores e nos piores dias da vida acadêmica, defendendo-me quando julgou correto e chamando-me de volta ao mundo real toda vez que foi preciso. Perdeu horas e mais horas de seu precioso tempo discutindo questões importantes comigo. Enriqueceu meu trabalho com suas valorosas opiniões, com materiais diversos e com suas ponderações sempre coerentes. Obrigada meu amigo amado por cada noite em claro ao meu lado; por cada pizza e boa conversa dos últimos anos; por cada vez que não permitiu que eu desistisse. Te amo “Benhê”! Obrigada por fazer parte desta caminhada, e, eternamente, da minha vida.

Por fim, e não menos importante, preciso agradecer imensamente ao meu colega de trabalho, “chefe” e amigo Sérgio Henrique da Rosa, por sempre ter me incentivado, perdoado meus atrasos em função do cansaço excessivo pelas horas de estudo e dedicação, e sempre ter sido, acima de tudo, meu amigo. Obrigada Guga!

“Ele não sabia que era impossível. Foi lá e fez.” (Jean Cocteau).

RESUMO

O estudo proposto trata dos vícios de alienação na sociedade conjugal. Tem-se como objetivo demonstrar os vícios mais comuns decorrentes da inexigibilidade da vênua conjugal para alienação de bens e direitos, especialmente os móveis. Empregou-se como metodologia científica o modo dedutivo, e os objetivos da pesquisa foram delineados através do estudo exploratório. Para a coleta de dados, utilizou-se a pesquisa bibliográfica e documental. Considera-se que a falta da exigência da vênua conjugal, para alienação de bens móveis do patrimônio comum dos cônjuges e companheiros, resulta na incidência de vícios como a simulação e a fraude, assim como a ocorrência do abuso de direito. O patrimônio móvel atualmente se traduz em valores que vão além da expressividade pecuniária dos bens de raiz. A atenção legislativa dispensada aos bens imóveis diverge em demasia daquela aplicada aos bens e direitos móveis, resultando, geralmente, em prejuízo a um dos componentes da sociedade conjugal. Entende-se aplicável, como uma das soluções, a desconsideração da personalidade jurídica, no que se refere aos atos fraudulentos e abusivos ocorridos no patrimônio das sociedades empresarias. Urge a necessidade de lei especial que discipline os bens móveis comuns do casal, regulamentando a obrigatoriedade da vênua conjugal para a alienação de bens e direitos, e, assim, garantido maior segurança ao ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Vícios. Sociedade conjugal. Patrimônio. Vênua conjugal.

ABSTRACT

The considered study it deals with the vices of alienation in the conjugal society. It is had as objective to demonstrate to the decurrent vices most common of the unenforceability of the conjugal consent for alienation of good and rights, especially the movables. The deductive way was used as scientific methodology, and the objectives of the research had been delineated through the exploratory study. For the collection of data, it was used bibliographical research and documentary. It is considered that the lack of requirement of conjugal consent for the disposal of movable assets of the spouses and companions, results in the incidence of vices as the simulation and the fraud, as well as the occurrence of the abuse of rights. The movable patrimony currently is expressed values that go beyond the pecuniary expressivity of the real estates. The legislative attention excused to the immovable properties diverge in surplus of that one applied to the goods and mobile rights, resulting, generally, in damage to one of the components of the conjugal society. It is understood applicable, as one of the solutions, the disrespect of the corporate entity, as for the fraudulent and abusive acts occurred in the patrimony of the societies entrepreneurs. Urges the necessity of a special law that disciplines the movable common of the couple, regulating the obligatoriness of the conjugal consent for the alienation of good and rights, and, thus, guaranteed bigger security to the legal system.

Key-words: Vices. Conjugal society. Patrimony. Conjugal consent.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	A SOCIEDADE CONJUGAL	12
2.1	CONCEITO	12
2.2	PRINCIPIOLOGIA DOS DIREITOS DA FAMÍLIA E DO PATRIMÔNIO CONJUGAL.....	17
2.2.1	Princípios gerais da família	17
2.2.2	Princípios de natureza patrimonial	19
2.3	CASAMENTO.....	20
2.3.1	Conceito e natureza jurídica	20
2.3.2	Formas.....	22
2.3.3	Espécies de casamento	22
2.4	A UNIÃO ESTÁVEL	24
3	O PATRIMÔNIO NA SOCIEDADE CONJUGAL	27
3.1	CONCEITUAÇÃO DE PATRIMÔNIO.....	28
3.2	REGIMES DE BENS	29
3.2.1	Contextualização	29
3.2.2	Convenções antenupciais	31
3.2.3	Classificação dos regimes de bens.....	33
3.2.3.1	Regime da comunhão parcial de bens	34
3.2.3.2	Regime da comunhão universal de bens	37
3.2.3.3	Regime da separação de bens	39
3.2.3.4	Participação final nos aquestos.....	40
3.3	ADMINISTRAÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL	41
4	O NEGÓCIO JURÍDICO E SEUS DEFEITOS	45
4.1	FATOS E ATOS JURÍDICOS.....	47
4.1.1	Conceito de negócio jurídico	48
4.1.2	Elementos, requisitos e efeitos do negócio jurídico	49
4.2	VÍCIOS DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS.....	52
4.2.1	Erro e ignorância.....	52
4.2.2	Dolo.....	53
4.2.3	Coação e estado de perigo.....	54
4.2.4	Lesão.....	55

4.2.5 Fraude	56
4.2.6 Simulação	57
4.3 ABUSO DE DIREITO.....	58
5 VÍCIOS DE ALIENAÇÃO NA SOCIEDADE CONJUGAL	59
5.1 A VÊNIA CONJUGAL E A ALIENAÇÃO DE BENS E DIREITOS	59
5.2 VÍCIOS MAIS COMUNS EM RELAÇÃO ÀS SOCIEDADES EMPRESARIAIS	63
5.2.1 Manipulação na escrituração contábil	64
5.2.2 Fraudes no ativo circulante, no realizável a longo prazo e no ativo imobilizado..	66
5.2.3 Simulações de despesas	68
5.2.4 Outros vícios comuns na administração societária	68
5.3 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO DE FAMÍLIA: POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA OS VÍCIOS MAIS COMUNS NAS SOCIEDADES EMPRESARIAIS PERTENCENTES AO PATRIMONIO CONJUGAL	70
6 CONCLUSÃO.....	73
REFERÊNCIAS	76

1 INTRODUÇÃO

O tema proposto tem como escopo evidenciar a incidência dos vícios mais comuns na alienação de bens da sociedade conjugal, com ênfase às diferentes normas criadas pelo legislador em se tratando de bens e direitos móveis e imóveis.

Tenta-se demonstrar que, ao elaborar normas distintas para estas duas espécies de bens, ter-se-ia dado margem à prática de condutas evitadas de vícios, que, em regra, acabam por lesar um dos cônjuges ou companheiros quando da partilha do patrimônio comum.

A falta de exigência da vênia conjugal para alienação de bens, mais especificamente no que se refere aos bens móveis, pode desencadear o surgimento de inúmeros vícios em negócios jurídicos relacionados ao patrimônio conjugal, como fraudes, simulações, dentre outros, assim como possibilitar o abuso de direito.

Por outro lado, a inexigibilidade da anuência, do cônjuge ou companheiro, para alienação de bens como os que se referem às sociedades empresariais, por exemplo, pode ser justificada na necessidade de evitar o engessamento dos negócios jurídicos, para que estes possam atingir suas funções jurídicas e sociais.

Para a elaboração da pesquisa proposta, será empregado o método dedutivo na abordagem. No concernente aos objetivos da pesquisa, serão delineados através do estudo exploratório.

Com relação aos procedimentos de coleta de dados, utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica e documental, através de livros, sites da internet, dissertações dentre outros.

Quanto à pesquisa bibliográfica, leciona Motta: “A Pesquisa Bibliográfica decorre da leitura, análise e interpretação de fontes secundárias: livros, revistas, jornais, monografias, teses, dissertações, relatórios de pesquisa, doutrinas, etc. [...]”. (2012, p. 60).

Também serão utilizados artigos, leis, jurisprudências, dentre outros, e neste sentido, Motta escreve: “A pesquisa documental, sem seu sentido amplo, baseia-se em fontes primárias: documentos oficiais, parlamentares, jurídicos, arquivos particulares, autobiografias, livros didáticos, jornais, [...]”. (2012, p. 63).

Demonstrados os métodos de pesquisa e abordagem necessários, ressalta-se que o trabalho proposto se divide em quatro capítulos, com o intento de situar o leitor nos institutos estudados, para posteriormente aferir a resposta ao problema da ocorrência dos vícios mais comuns no que tange o patrimônio da sociedade conjugal.

O primeiro capítulo conceitua sociedade conjugal, traz à baila a principiologia aplicada ao direito de família e ao patrimônio dos cônjuges e companheiros, e por fim, descreve o instituto do casamento e da união estável.

No segundo capítulo, mostra-se relevante detalhar o patrimônio, assim como a explanação acerca dos regimes de bens e a administração destes bens na sociedade conjugal.

Intitulado o negócio jurídico e seus defeitos, o terceiro capítulo traz a classificação e conceituação a respeito destes, incluindo, ainda, o abuso de direito, que apesar de não ser defeito, mas estar na classificação de ato ilícito, acaba por desencadear, quando presente em uma relação, prejuízo a um dos consortes.

O último capítulo, denominado com o título tema do presente trabalho, destaca a vênua conjugal e discorre sobre a alienação de bens e direitos que integram o patrimônio dos cônjuges e companheiros. Além disso, realça as sociedades empresariais como bens móveis de grande valor pecuniário, e, portanto, elenca os vícios mais comuns em relação a estas. Por fim, demonstra que a desconsideração da personalidade jurídica pode ser uma das formas de se ter diminuída a lesão causada por um dos cônjuges ou companheiros ao outro, quando findos os laços afetivos que os mantinham em comunhão.

2 A SOCIEDADE CONJUGAL

A Constituição da República Federativa de 1988 instituiu no Brasil o Estado Democrático de Direito, que tem como função assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, segurança, bem estar, igualdade e justiça, baseadas em uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, dentre outros direitos espalhados por todo o texto constitucional. (BRASIL, CF, 2013).

Evidenciados tais preceitos, cabe lembrar, conforme Lyra Filho, que direito “não é, mas deve ser”. Destaca o autor: “Direito é o reino da libertação, cujos limites são determinados pela própria liberdade”. (2006, p. 104).

Em concordância com a citação acima, não se pode conceber que um modelo pré-estabelecido acabe por engessar o ordenamento jurídico. Assim, é preciso, em função do título proposto, fazer uma avaliação das mudanças na concepção de sociedade conjugal e, para cumprir tal objetivo, dividir-se-á o presente capítulo em itens, conforme se observa a seguir, no intuito de facilitar a compreensão destas modificações. Afinal, se a sociedade está em constante transformação, assim também deve ser o direito.

2.1 CONCEITO

Antes de adentrar à conceituação de sociedade conjugal, mostra-se necessário relembrar o conceito de família, visto que ao longo dos tempos esta vem passando pelas mais diversas modificações em sua construção cultural, social, doutrinária e jurídica.

Dias (2010) recorda que os vínculos afetivos não são uma exclusividade da espécie humana, afinal, o acasalamento é, desde sempre, prática entre os animais, seja pela necessidade de manutenção da espécie, seja para afugentar a sensação de solidão. E ainda que o ato de conviver com um parceiro seja um fato natural, onde dois seres se atraem por química biológica, a família se traduz em grupo informal que tem sua existência protegida e tutelada pelo direito.

Ribeiro (2008, p. 15) destaca que a “família é a célula *mater* da sociedade, composta por um plexo de relações difusas, vontades e aspirações entre seus membros, sendo elemento fundamental nas relações humanas”.

É preciso atentar para o fato de que a visão atual que se tem de família não corresponde à forma como esta já foi vista e estruturada.

Em tempos não tão distantes, quando a igreja desempenhava papel fundamental no ordenamento jurídico e na estrutura do Estado como um todo, a única forma de constituir família se dava pelo casamento, o qual possuía tamanha proteção estatal, que não era possível se reconhecer quaisquer outras formas de união e constituição familiar, senão através deste instituto.

Ensina Venosa:

Para o Direito Canônico, o casamento é um sacramento e também um contrato natural, decorrente da natureza humana. Os direitos e deveres que dele derivam estão fixados na natureza e não podem ser alterados nem pelas partes nem pela autoridade, sendo perpétuo e indissolúvel. (2002, p. 40).

O que se vê hoje, em especial depois da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, são as mais variadas formas e conceitos de família, e por assim ser, houveram alterações de grande valia no ordenamento jurídico, com elaboração de textos legais que pudessem abarcar as diversas estruturas familiares advindas da modernidade, como por exemplo, as famílias monoparentais.

O dispositivo a seguir reflete tal afirmação:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. (BRASIL, CF, 2013).

O texto legal acima transcrito esclarece que a união estável passa a ter reconhecimento jurídico, desde que seja entre duas pessoas de sexos distintos.

Em uma visão mais ampla, Dias traz, em seu título famílias plurais, a seguinte explicação:

Pensar em família ainda traz à mente o modelo convencional: um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cercados de filhos. Mas essa realidade mudou. Hoje, todos já estão acostumados com famílias que se distanciam do perfil tradicional. A convivência com famílias recompostas, monoparentais, homoafetivas permite reconhecer que ela se pluralizou; daí a necessidade de flexionar igualmente o termo que a identifica, de modo a albergar todas as suas conformações. (2010, p. 41).

Tendo em vista a amplitude das relações afetivas existentes, ao se verificar com mais frequência pessoas do mesmo sexo unindo-se no intuito de constituir família, surge a exigência de um novo olhar no que diz respeito à sociedade conjugal, mas, para que se

compreenda sobre esta nova visão, é de fundamental importância que primeiramente se passe a conceituá-la.

Segundo Gonçalves (2005), a sociedade conjugal é o conjunto dos direitos e deveres constantes da vida, em comunhão, dos cônjuges.

Há bem pouco tempo a sociedade conjugal era conceituada como instituto menor, inserido apenas no casamento, uma vez que, legalmente, não existia outra forma de unir duas pessoas, de sexos diferentes, para que mantivessem vida em comum, formando o início do vínculo familiar, que deveria ser mantido, ainda que muitas vezes, a alto custo. (FERREIRA, [s.d] apud DINIZ, 2007, p. 246).

Com as expressivas modificações comportamentais e jurídicas, não são passíveis de exclusão, como forma de sociedade conjugal, aquelas advindas da união estável, incluindo as relações homoafetivas, embora estas ainda sejam objeto de acirradas discussões no mundo do direito.

É sabido, e já regulamentado pelo Código Civil Brasileiro de 2002, que a união de duas pessoas, homem e mulher, que mantenham convivência contínua e duradoura, provida de publicidade e no intuito de constituir família, fica caracterizada como entidade familiar, conforme dispositivos legais abaixo:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

[...]

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato. (BRASIL, CF, 2013).

Por óbvio, o legislador, ao construir a norma supracitada quis adaptá-la às tendências sociais, garantido segurança e legalidade às escolhas dos casais que por opção, ou por impedimentos, não quiseram ou não puderam regularizar suas uniões de fato. É preciso destacar, no entanto, que a lei classifica como concubinato as relações entre homem e mulher, com convivência não eventual, que não oficializem o matrimônio, por algum tipo de impedimento legal.

Em análise breve, fica claro que o legislador, ao diferenciar união estável de concubinato pretendeu dar maior credibilidade à primeira, sendo o termo concubinato usado para definir a relação existente entre duas pessoas, de sexos distintos, onde uma delas é casada de fato e de direito, tendo como prática o que alguns doutrinadores chamam de famílias simultâneas. (DIAS, 2010).

Dias tem a seguinte visão acerca do assunto:

O **concubinato** chamado de adúltero, impuro, impróprio, espúrio, de má-fé e até de concubinação, é alvo do repúdio social. Mas nem assim essas uniões deixam de existir, e em larga escala. Passaram agora a serem chamadas de **poliamor** [sic]. A repulsa aos vínculos afetivos concomitantes não os faz desaparecer, e a invisibilidade a que são condenados só privilegia o “bígamo”. São relações de afeto e, apesar de serem consideradas uniões adúlteras, geram efeitos jurídicos. Presentes os requisitos legais, é mister que a justiça reconheça que tais vínculos afetivos configuram união estável, sob pena de dar uma resposta que afronta a **ética**, chancelando o enriquecimento injustificado. (2010, p. 50, grifos da autora).

A autora traz, ainda, em trechos de sua obra que seguem na discussão das famílias paralelas, a irresignação por um ordenamento jurídico que não garante à concubina os mesmos direitos da companheira que vive em união estável, como o reconhecimento de entidade familiar, mas apenas reconhecendo-se a sociedade de fato. Chega a manifestar sua opinião no sentido de que a “justiça **acabaria por cometer enormes injustiças**”. (2010, p. 51, grifo nosso).

Não se pretende acordar, ou discordar da autora, até mesmo pelo fato de não ser este o objeto do estudo proposto. Intenta-se apenas avaliar o atual posicionamento da doutrina e jurisprudência, uma vez que o artigo 1.727 do Código Civil denota tal distinção.

Apenas para finalizar, quanto à diferenciação entre união estável e concubinato, a atual visão jurisprudencial mostra, em oposição ao pensamento de Dias, o que segue:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE CONCUBINATO. EXTENSÃO DA RES JUDICATA À ADMISSÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. IMPOSSIBILIDADE. LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA. PEDIDO E CAUSA DE PEDIR. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL FALECIDO. PENSÃO POR MORTE. RATEIO ENTRE VIÚVA E CONCUBINA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

[...] 5. O reconhecimento da união estável pressupõe a inexistência de impedimentos para o casamento.

6. A vigência de matrimônio não é empecilho para a caracterização da união estável, desde que esteja evidenciada a separação de fato entre os ex-cônjuges, o que não é a hipótese dos autos.

7. O concubinato não pode ser erigido ao mesmo patamar jurídico da união estável, sendo certo que o reconhecimento dessa última é condição imprescindível à garantia dos direitos previstos na Constituição Federal e na legislação pátria aos companheiros, inclusive para fins previdenciários. [...]. (BRASIL, STJ, 2012).

Conforme decisão recente do Superior Tribunal de Justiça, considera-se correto afirmar que o concubinato não está incluso no conceito de entidade familiar, no entanto, possui tutela jurídica no que tange à seara do patrimônio comum, visto ser considerado sociedade de fato. (DIAS, 2010).

Uma vez definido que a união estável, entre homem e mulher, é reconhecida como entidade familiar, é preciso pontuar outra forma de união, a homoafetiva, bem mais recente em nosso ordenamento.

Sem adentrar na discussão da afetividade, nem tão pouco no que se refere à opção sexual de cada indivíduo, mostra-se necessário destacar:

Por absoluto preconceito, a Constituição emprestou, de modo expresso, juridicidade somente às uniões estáveis entre um homem e uma mulher, ainda que em nada se diferencie a convivência homossexual da união estável heterossexual. A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir *status* de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição (1.º III) consagra, em norma pétreia, o respeito à dignidade da pessoa humana. (DIAS, 2010, p. 47, grifos da autora).

De acordo com a autora, não é admissível, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, fazer diferenciações entre união estável homossexual e heterossexual.

O Supremo Tribunal Federal, provocado pelos interessados em regularizar a situação em que viviam, e que até então não lhes trazia garantia alguma de ordem patrimonial, quiçá afetiva, decidiu, no ano de 2011, pela constitucionalidade do reconhecimento da união homoafetiva, através do julgamento da ADI número 4.277-DF, que englobou a discussão existente na ADPF número 132-RJ, unindo-as, por se tratarem substancialmente do mesmo objeto.

Em seu voto, o relator e Ministro, senhor Ayres Britto, recebeu e julgou a ADPF número 132-RJ, em conjunto com ADI número 4.277-DF, destacando como análise central o artigo 1.723 do Código Civil.

Para evitar delongas quanto à decisão que reconheceu a união entre pares do mesmo sexo, conferindo-lhes direitos iguais aos da união heteroafetiva, transcreve-se abaixo parte da ementa, que por si só esclarece o ocorrido no julgamento que originou a referida decisão:

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (BRASIL, STF, 2011).

Esclarecida a inovação conceitual da entidade familiar, em suas mais diversas formas, cabe encerrar este tópico voltando ao foco do título proposto, ou seja, a conceituação de sociedade conjugal, na tentativa, de recriar um conceito abrangente do referido instituto.

Ante o exposto, é possível definir **sociedade conjugal** como o conjunto de direitos e obrigações, com ênfase no âmbito patrimonial, provenientes da união de duas

peçoas, quer através das solenidades do matrimônio, quer advinda da união estável, sem distinção de qualquer natureza, incluindo-se a sexual, uma vez reconhecida a união homoafetiva e tendo sido concedidos a esta os mesmos direitos da união estável heterossexual.

2.2 PRINCIPIOLOGIA DOS DIREITOS DA FAMÍLIA E DO PATRIMÔNIO CONJUGAL

É de conhecimento comum o fato de que os princípios são os reais norteadores do direito. Verdadeiros responsáveis por dirimir as dúvidas e contradições geradas pela aplicação de duas ou mais normas que possam vir a entrar em conflito. Também há que se atentar para o fato de que muitas vezes não existem normas vigentes para que o Estado possa apresentar a devida solução da lide. Neste momento, mais uma vez entram em voga os princípios, que não raras vezes conflitam também entre si.

Quando esta última situação ocorre, a resposta está em se fazer o devido sopesamento dos mesmos, cabendo ao magistrado a decisão e aplicação daquele que, no caso concreto, melhor vier a corresponder aos anseios coletivos. Não poderiam, no direito de família, estarem ausentes os princípios norteadores, e, assim sendo, far-se-á um apanhado geral sobre aqueles considerados essenciais ao bom andamento deste trabalho.

2.2.1 Princípios gerais da família

Seguindo, neste primeiro momento, a principiologia sugerida por Dias (2010), torna-se mister destacar que o direito civil sofreu, assim como a maioria dos ramos do direito, a chamada **constitucionalização**.

Em primeiro plano, destaca-se o **princípio da dignidade da pessoa humana**, constituindo o cerne central, e verdadeiro fundamento, de toda a sociedade que zela pela manutenção do Estado Democrático de Direito. (DIAS, 2010).

A respeito deste valoroso princípio escreve Dias:

É o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como **valor nuclear da ordem constitucional**. [...] Talvez possa ser identificado como sendo o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimentos e emoções. (2010, p. 62, grifo da autora).

A autora vai mais longe ao sintetizar: “O princípio da dignidade humana não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas constitui também um norte para a sua ação positiva”. (DIAS, 2010, p. 63).

Em sua obra, enumera outros princípios do direito das famílias, como por exemplo, o da liberdade, da igualdade, da solidariedade familiar, do pluralismo das entidades familiares, da afetividade, dentre outros. (DIAS, 2010).

Opta-se, contudo, com a devida vênia à autora, por outra classificação, mais enxuta, que não se distancia tanto da classificação feita por ela.

O primeiro, na classificação de Motta (2009), é o **princípio da especial proteção da família pelo Estado**. Trata-se de princípio exposto, constante do *caput* do artigo 226 da Constituição Federal. Ressalta, também, o autor, que o Estado tem tamanha obrigação de proteger a *célula mater* da sociedade, que vem criando as mais diversas normas como forma de cumprir com esta função. Exemplo disso é a Lei 11.340/2006 [popularmente conhecida como Lei Maria da Penha].

O segundo, de acordo com a classificação proposta, e que acaba por se fundir com o primeiro, é o **princípio da intervenção judicial na família**.

Explicando o princípio em tela, tem-se, na posição do autor:

É certo que os próprios membros da família devem ser capazes de resolver suas divergências, que são inerentes ao convívio humano. Mas não se deve afastar a possibilidade de, perante um impasse, ser buscada a tutela estatal, por meio do juiz, para que este, no exercício de uma discricionariedade principiológica e com equidade [sic], resolva o litígio em busca da pacificação e do fortalecimento da família. Restringir a atuação do juiz para a situação extrema da ruptura da família (separação, divórcio etc.) não acode ao princípio da especial proteção da família pelo Estado. Deve ser dada a oportunidade para a superação da crise e a preservação da família. (MOTTA, 2009, p. 250).

Comenta, ainda, que este princípio vem de encontro ao da autonomia da vontade, porém, é neste momento em que se faz presente a função de sopesamento entre os princípios, valorando o bem jurídico tutelado que demonstre ter maior importância no caso concreto *sub júdice*¹.

O terceiro e último na classificação do autor acima citado, a despeito dos princípios gerais do direito das famílias, é o **princípio da variedade de formas de família**.

Destaca Motta (2009), que embora plural, no conceito de família caberiam apenas aquelas relações contidas no texto exposto da Constituição, que seriam os resultantes do matrimônio, da união estável entre pessoas de sexos distintos, e a família monoparental, e vai

¹ Expressão latina que significa caso sob julgamento. (MIRANDA, [sd]).

além, afirmando que se o legislador pretendesse abarcar outras formas de entidade familiar, assim o teria feito de forma expressa.

Diante do que foi pontuado anteriormente, não se julgam necessárias maiores explanações e fundamentações doutrinárias ou jurisprudenciais para contestar tal posicionamento. Basta observar que a obra em questão é anterior à decisão do STF que julgou constitucional, e detentoras de todos os direitos cabíveis, as uniões homoafetivas, ora consideradas igualmente entidades familiares.

2.2.2 Princípios de natureza patrimonial

No que se refere aos princípios matrimoniais², o primeiro a ser analisado é o da **comunhão indivisa**, que se faz presente no casamento, a partir do momento em que duas pessoas se unem na intenção de constituir família, escolhendo determinado **regime jurídico de bens**.

Segundo o autor, o Código Civil trata de forma extensa o suficiente as esferas pessoais e patrimoniais no que se refere ao núcleo familiar. Não se comunga desta idéia, uma vez que, no momento certo do presente trabalho far-se-ão as devidas ponderações acerca dos dispositivos legais pertinentes aos bens móveis e imóveis da sociedade conjugal.

Retrata o doutrinador a tendência do direito de família em ressaltar o princípio da igualdade entre os cônjuges, especialmente após a redução da dependência da mulher em relação aos atos da vida cível.

Sua visão é de que os pares de uma relação afetiva passaram a dar maior importância, dentro da entidade familiar, às realizações pessoais, morais e espirituais, e, menor ênfase no que diz respeito aos ajustes patrimoniais. Pelo que se observa cotidianamente, esta é uma visão romanceada do instituto do casamento, que não corresponde à realidade atual. Comprovação de tal posicionamento são os inúmeros vícios de alienação no que se refere ao patrimônio da sociedade conjugal [objeto central deste estudo], e que acabam por gerar danos a uma das partes envolvidas na relação.

O **princípio da variedade de regime matrimonial de bens** refere-se à existência de diferentes regimes jurídicos, geralmente escolhidos por livre disposição dos consortes no ato da regularização matrimonial, excetuando-se situações específicas em que a lei determinará o regime vigente entre os cônjuges.

² A classificação dos princípios de natureza patrimonial será feita apenas com base na obra de Motta (2009).

Como próxima nomenclatura tem-se o **princípio da liberdade relativa de estipulação do regime matrimonial de bens**, que, segundo o autor, é corolário do princípio anterior. Traduz-se, em regra, na liberdade de escolha do regime que melhor convier aos nubentes, fundado, segundo o doutrinador em questão, no princípio da autonomia da vontade.

No **princípio da mutabilidade controlada do regime matrimonial de bens**, o autor destaca a anterior imutabilidade do regime adotado, até a entrada em vigor do Código Civil de 2002. Atualmente, desde que preenchidos os requisitos legais, existe a possibilidade de alteração do regime escolhido, e não apenas a opção de escolha do regime de bens antes da celebração do casamento.

Assim sendo, cumpre destacar, ainda, o **princípio da preservação do patrimônio conjugal**. O mencionado princípio carrega o fundamento legal que embasará o capítulo central do estudo em tela, motivo pelo qual se fará o devido detalhamento do mesmo, na medida de sua necessidade.

Preservar o patrimônio conjugal assegura, em primeira análise, a dignidade da pessoa humana, a boa-fé, a harmonia e a segurança jurídica da sociedade conjugal. Mais adiante se constatará que mesmo com a existência de dispositivos legais expressos que asseguram o patrimônio conjugal, observa-se a prática de atos viciados que maculam o princípio em questão, e, deste modo, geram prejuízos, por vezes, irreversíveis.

2.3 CASAMENTO

Considerando o que foi dito até aqui, não é mais aceitável definir o casamento como a única forma legal de união entre duas pessoas, nem mesmo de constituição de entidade familiar. Por este motivo, no tópico proposto far-se-á uma análise geral do instituto, primeiramente com sua conceituação e uma abordagem sobre a natureza jurídica, e, posteriormente, o esclarecimento das duas formas previstas no ordenamento vigente [casamento civil e religioso com efeitos civis]. E, enfim, parte-se à classificação das espécies cabíveis nas diferentes situações a que possam estar sujeitas os nubentes.

2.3.1 Conceito e natureza jurídica

Atualmente as aspirações afetivas e a busca constante pela felicidade [que possui significado distinto de acordo com cada indivíduo] são latentes. Nesse novo contexto social não se concebe a idéia de que só é possível alcançar este objetivo após encontrar a “**outra**

metade³”, especialmente com a nova visão de entidade familiar trazida pela Constituição de 1988 e pelos novos posicionamentos jurisprudenciais, incluindo decisão recente da mais alta corte brasileira, abordados no início deste trabalho.

Ainda que a satisfação pessoal seja comumente traduzida como objeto intrínseco e individualizado, o instituto do casamento permanece vivo e ativo, embora não tão duradouro quanto em outros tempos.

Rizzardo ensina: “E o casamento vem a ser um contrato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para constituir uma família e viver em plena comunhão de vida”. (2009, p. 17).

Em definição aproximada, Fiuza leciona: “Segundo nosso Direito em vigor, casamento é a união estável e formal entre homem e mulher, com o objetivo de satisfazer-se e amparar-se mutuamente, constituindo família”. (2009, p. 949).

Quanto à natureza jurídica, existem, conforme o autor supracitado, duas correntes principais no direito ocidental:

Os primeiros defendem a natureza institucionalista do casamento. Para eles, casamento é instituição social, na medida em que é conjunto de regras aceitas por todos para regular as relações entre esposos.

Os segundos defendem a natureza contratual do casamento enquanto convenção. O fato de ter disciplina diferente dos demais contratos de Direito Privado não o torna menos contrato, mas contrato especial, *sui generis*. (FIUZA, 2009, p. 949).

Considera-se que as duas teorias ocidentais sobre a natureza jurídica do casamento acabam por se complementar, pois, se de um lado, em relação às solenidades, formalidades e celebração, no sentido amplo da palavra, sua natureza jurídica identifica-se com os contratos em geral, uma vez que disciplinam, inclusive, o regime de bens jurídicos, por outro, enquanto principal instrumento de formação da entidade familiar assume papel de instituição social, uma vez definido que a família é a mola propulsora na formação dos indivíduos que integram a sociedade.

No que se refere às características do casamento, Fiuza, o classifica como sendo formal, devido às solenidades exigidas na celebração; plurilateral por exigir a declaração de vontades iguais das partes envolvidas; *intuitu persoane*, por ser baseado na afetividade e confiança recíprocas; dissolúvel, podendo ser desfeito pelo divórcio; e, por fim, elenca a diversidade sexual, por ser admitido apenas entre pessoas de sexos distintos. (2009, p. 950).

³ Expressão usada por Platão, ao falar do amor, em sua obra O Banquete.

Em relação à característica da diversidade sexual, acima elencada, cumpre ressaltar que os Tribunais de Justiça vêm adaptando os procedimentos dos Offícios de Registros Civis para a realização de casamentos de pares de mesmo sexo⁴.

2.3.2 Formas

O casamento, segundo a Constituição, é válido tanto na celebração civil quanto na celebração religiosa, conforme expressa o artigo 226, § 1º e § 2º da Constituição.

Conforme Fiuza (2009), embora sejam admitidas em nosso ordenamento jurídico as duas formas, ou seja, o casamento civil e o casamento religioso com efeitos civis, este último carece do cumprimento dos devidos requisitos legais para sua efetiva validação. Portanto, o que a lei admite é a dispensa de duas cerimônias⁵ e não a ausência de prévia habilitação, nem, tão pouco, seu registro posterior no Ofício de Registro Civil competente, dentro do prazo de noventa dias, a contar da celebração, devidamente presidida por autoridade de religião organizada e reconhecida, sob pena de não ser considerado legalmente válido.

Necessário se faz recordar que é gratuita a celebração do casamento civil, e, em regra, de livre escolha dos consortes o regime jurídico de bens, assunto este tratado no próximo capítulo, que cuida especificamente do patrimônio na sociedade conjugal.

2.3.3 Espécies de casamento

Dias (2010), diferentemente de Fiuza (2009), traz uma classificação mais extensa, no entanto optou-se em manter os dois primeiros como descrição de formas do casamento, e, a partir daqui, adotar a nomenclatura espécie, usada pela autora, para conceituar as demais previsões legais dispostas no Código Civil⁶.

O primeiro a ser conceituado, na forma proposta, é o **casamento por procuração**, previsto no artigo 1.542 do Código Civil Brasileiro, onde o instrumento de outorga, com

⁴ Após a sentença da ADI 4.277-DF, que considera a união homoafetiva equivalente à heteroafetiva, o Poder Judiciário de vários Estados, dentre eles São Paulo e Rio de Janeiro, vem alterando o Código de Normas das Corregedorias Estaduais, no sentido de permitir que os Offícios de Registros Civis realizem casamentos homoafetivos nos mesmos trâmites dos casamentos entre pessoas de sexos distintos.

⁵ A lei desobriga a concretização de cerimônias distintas, ou seja, uma civil e outra religiosa, podendo, aqueles que ainda fazem questão da cerimônia religiosa, fazerem-na com os devidos efeitos civis, tendo a celebração realizada por autoridade religiosa competente, a mesma validade do casamento civil.

⁶ Optou-se por adotar, nesta seção, a classificação das espécies de casamento feita por Dias (2010), excluindo-se o casamento civil e o casamento religioso com efeitos civis, pois estes foram inseridos no título formas, de acordo com Fiuza (2009), e não como espécies, conforme a autora destaca em sua obra.

poderes especiais e específicos, deve ser feito na forma pública e com validade de noventa dias. Nos casos de casamentos realizados com a presença do mandatário, tendo sido o mandato revogado antes da celebração [o que também é obrigatório que seja feito através de instrumento público], o mandante responderá pelas perdas e danos. “Revogado o mandato, em princípio, deveria ser reconhecida a nulidade absoluta do casamento, contudo, a lei o tem por **anulável** (CC 1.550 V)”. (2010, p. 149).

O **casamento nuncupativo ou in extremis** se dá nos casos em que um dos nubentes se encontre em situação de iminente risco de vida, conforme preceitua o CC, dos artigos 1.540 ao 1.542, sendo dispensados os trâmites legais de habilitação e a presença de juiz de paz, assim como os demais requisitos legais. Faz-se necessário, contudo, a presença de seis testemunhas, sem grau de parentesco em linha reta ou colateral até o segundo grau com os nubentes, e que estas se apresentem ao judiciário, no prazo de dez dias, para confirmar a validade do ato.

O **Casamento putativo** refere-se ao nulo ou anulável, desde que contraído de boa-fé, e tem previsão legal no artigo 1.561 do CC. Em relação ao cônjuge que contraiu matrimônio de boa-fé, a sentença tem efeito *ex nunc*, mas, para aquele que agiu de má-fé, a sentença que julga nulo ou anulável, o casamento, são de efeito *ex tunc*, uma vez que este último tinha conhecimento dos motivos que levaram à decisão judicial.

Nos casos de brasileiros residentes no exterior, conforme Dias, é facultativo a estes optarem por casarem de conformidade com a Lei de seu país. É o chamado **casamento consular**, pelo fato de ser realizado no consulado e por autoridade consular brasileira. Cumpre informar a obrigatoriedade do registro do casamento, junto ao cartório de registro competente no Brasil, no prazo de cento e oitenta dias do retorno de um ou dos cônjuges. Tal possibilidade encontra embasamento legal no artigo 1.544 do Código Civil.

Existe ainda, com previsão expressa na LINDB [Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro], no artigo 7º, a possibilidade do **casamento de estrangeiro** que venha a residir no Brasil, tratando-se, logicamente, de estrangeiros os dois consortes. É obrigatório, para tanto, o registro junto ao cartório de registro civil no domicílio dos cônjuges, da certidão de casamento, do país de origem, devidamente acompanhada da tradução e autenticação do agente consular brasileiro. Tal previsão se dá pelo fato de a LINDB estabelecer “que a legislação do país onde está domiciliada a pessoa determina as regras gerais sobre direito das famílias”. (2010, p. 152).

A autora cita, ainda, o **casamento homossexual**, destacando que nem a Constituição e nem a lei específica se referem ao sexo dos contraentes, motivo pelo qual não haveria impedimentos para tal.

Embora acreditando se tratar de direito que mereça regularização normativa, ao concordar com a autora se estaria diante da ausência de legalidade expressa. Além do mais, há que se exigir do Legislativo que cumpra sua função, inserindo os pares de mesmo sexo no texto constitucional, por meio das formalidades cabíveis, para que então este assunto deixe de motivar discussões, e, passe a ter regulamentação que garanta a segurança jurídica aos que de tal norma vierem a se beneficiar. Só assim se efetivará o preceito constitucional da igualdade a todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Destaca-se que houve significativa mudança nos Códigos de Normas das Corregedorias Gerais da Justiça de vários Estados, como por exemplo, São Paulo, que através do Provimento 41/2012 incluiu a possibilidade do casamento de pessoas do mesmo sexo e a conversão de união estável em matrimônio, determinando, para o casamento homoafetivo, a mesma regulamentação da seção VI do referido Código, que trata do casamento civil.

2.4 A UNIÃO ESTÁVEL

Para iniciar a descrição deste instituto, de forma mais abrangente que na abordagem inicial deste trabalho, mostra-se de grande valia o trecho a seguir:

Paralelamente ao casamento contrapõe-se a união livre, que também gera efeitos jurídicos. [...] O fato é que a família é um fenômeno social preexistente ao casamento, um fato natural. A sociedade, em determinado momento histórico, institui o casamento como regra de conduta. A partir daí surge a problemática da união conjugal sem casamento. (VENOSA, 2002, p. 48).

Também destaca o autor que a discussão que se prolongou ao longo das décadas, quanto aos direitos advindos da chamada união estável, se deu em função da grande influência que exercia a igreja católica, não admitindo qualquer outra forma de constituir família que não através do matrimônio.

Depois que a doutrina, em meados do século XX, passou a tecer posição expressiva e favorável à união estável, até então classificada como concubinato puro e impuro, a jurisprudência e o Poder Legislativo viram-se obrigados a reavaliar e alterar os dispositivos legais acerca do assunto. “[...] por longo período, os tribunais passaram a reconhecer direitos aos concubinos na esfera obrigacional”. Só posteriormente é que se estabeleceram os direitos dos companheiros com normas adequadas. (VENOSA, 2002, p. 48).

Salientada, anteriormente, breve diferenciação entre os termos união estável e concubinato, acredita-se desnecessária a repetição de tal distinção, mostrando-se válido, contudo, lembrar que a primeira encontra largo abrigo na Constituição, assim como nas leis infraconstitucionais que tratam do assunto, sendo considerada forma de entidade familiar, enquanto a segunda, até o momento, encontra-se na posição de mera sociedade de fato, não gozando dos mesmos direitos e reconhecimento jurídico.

No conceito de Diniz, reside explicação mais ampla de união estável, embora um pouco ultrapassada em função da diversidade sexual:

A Constituição Federal, ao conservar a *família*, fundada no casamento, reconhece como *entidade familiar* a união estável, a convivência pública, contínua e duradoura de um homem com uma mulher, vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo matrimonial, estabelecida com o objetivo de constituir família, desde que tenha condições de ser convertida em casamento, por não haver impedimento legal para sua convocação (CC, art. 1.723, §§ 1º e 2º). (2007, p. 354, grifos da autora).

Esmiuçando sua definição, descreve a autora, que são elementos essenciais, para a configuração da união estável, a diversidade de sexos⁷, a ausência de matrimônio civil válido e de impedimento matrimonial entre os conviventes, tratamento afetivo de forma recíproca e notável, intuito de constituir família, fidelidade, coabitação conjunta [ainda que admitido, tanto no casamento quanto na união estável que por motivos de interesses pessoais os cônjuges ou companheiros residam em lugares distintos], e, colaboração recíproca no sustento do lar [embora a autora faça menção, referindo-se a alguns autores sem citá-los, ao fato de a mulher colaborar na função apenas de administradora do lar e provedora, visão esta atualmente ultrapassada].

Assegurada no texto constitucional, a união estável enfrentou, durante longo período, discriminação disfarçada. Ainda que regulada pela **lei maior**, e nesta inserida como entidade familiar, foi árdua a trajetória dos ora denominados companheiros. (DIAS, 2010).

Importante, frisar a contextualização da doutrina:

Não tendo a norma constitucional logrado aplicabilidade, duas leis vieram regulamentar o novo instituto. A **L 8.971/94** assegurou direito a **alimentos** e à **sucessão** do companheiro. No entanto, conservava ainda certo ranço preconceituoso, ao reconhecer como união estável a relação entre pessoas solteiras, judicialmente separadas, divorciadas ou viúvas, deixando fora, injustificadamente, os separados de fato. [...] fixou condições outras, só reconhecendo como estáveis as relações existentes há mais de **cinco anos** ou das quais houvesse nascido **prole**, [...]. Assegurou ao companheiro sobrevivente o **usufruto** sobre parte dos bens deixados pelo *de cujus*. No caso de inexistirem descendentes ou ascendentes, o companheiro [...] foi incluído na ordem de vocação hereditária como **herdeiro legítimo**.

⁷ O conceito da autora traz tal requisito, apesar de se ter demonstrado não ser mais necessária a diversidade de sexos, especialmente depois do julgamento, pelo STF, da ADI 4.277 (DINIZ, 2007).

A **L. 9.278/96** teve maior campo de abrangência. [...], não quantificou **prazo de convivência** e albergou as relações entre pessoas **separadas de fato**. Além de fixar **competência** das varas de família [...], reconheceu o **direito real de habitação**. Gerou a **presunção *juris et de jure*** de que os bens adquiridos a título oneroso na constância da convivência são fruto do esforço comum, [...]. (DIAS, 2010, p. 165, grifos da autora).

Alerta, a mesma autora, que existe total simetria entre os dois institutos, e, que se a lei fizer distinção entre a união estável e casamento, não se pode admitir que vá além da diferenciação escrita, pois todo e qualquer posicionamento legal que exclua a primeira dos benefícios concedidos ao segundo, ou que se omita em conceder-lhes os mesmos direitos, deve ser considerado como inexistente, ineficaz e inconstitucional. Portanto, todo o texto que trazer a denominação cônjuge, leia-se extensivamente, e, apliquem-se as mesmas disposições ao companheiro ou convivente⁸.

Quanto à união homoafetiva, convém recordar que esta já foi examinada em sua legalidade, inclusive com destaque da decisão que a considerou constitucional. Assim sendo, aplicam-se a estas relações todos os direitos pertinentes às uniões estáveis heteroafetivas.

Em relação aos direitos afetivos das entidades familiares, não cabe entrar no mérito da questão. Contudo, no que se refere ao âmbito patrimonial da sociedade conjugal, será assunto detalhado no capítulo seguinte.

⁸ Expressões definidas pelas leis 8.971/94 e 9.278/96, respectivamente.

3 O PATRIMÔNIO NA SOCIEDADE CONJUGAL

Em uma sociedade que compõe o Estado Democrático de Direito, voltada fundamentalmente para a dignidade da pessoa humana, não se pode admitir que os anseios individuais se sobreponham aos preceitos da Constituição.

Neste contexto ideológico é preciso lembrar que o Estado pode adentrar a privacidade da família e da sociedade conjugal, fazendo valer as premissas da dignidade humana em detrimento dos interesses econômicos do particular, se isto vier a favorecer o desenvolvimento da pessoa em sua plenitude. (MADALENO, 2000).

Madaleno (2000) destaca que em função das modificações jurídicas no âmbito familiar, da pluralização desta entidade, da intervenção estatal no direito de família e demais fatores sociais e normas legais voltadas para o bem comum, ocorre a **despatrimonialização** do direito de família, com maior proteção ao indivíduo e sua afetividade.

Seguindo a linha de raciocínio evolutiva do mesmo autor, sabe-se que a Constituição Federativa exclui qualquer espécie de subordinação da mulher em relação ao homem, concedendo, a ambos, direitos e obrigações recíprocas, inclusive quanto à proteção dos filhos.

Pretende o autor esclarecer que se passou a ver a família de forma que esta deva cumprir seu papel de zelar pelo bem estar de seus componentes, mas, ao mesmo tempo forneça os requisitos necessários à emancipação destes. Só assim cada indivíduo, com personalidade formada e independente, poderá contribuir para o crescimento social, afinal, a visão ultrapassada de família [que tinha como objetivo o grande número de membros para manutenção e crescimento econômico] há tempos deixou de existir. (MADALENO, 2000)

Não se concebe mais, portanto, a idéia de família-empresa, onde todos os filhos e os cônjuges trabalhavam em comunhão para cunhar o patrimônio familiar, com subordinação total ao patriarca, que assumia o papel de gestor patrimonial. Ante o exposto, especialmente após a entrada em vigor da Constituição de 1988, visualiza-se a existência de um direito de família desmaterializado, ou seja, voltado primeiramente para a realização pessoal de seus integrantes. (MADALENO, 2000).

É preciso deixar claro que o termo desmaterialização não incita a idéia de que as pessoas não possuem interesses patrimoniais, ao contrário, busca-se insistentemente a realização material, logicamente, em conjunto com a afetiva. O autor tenta apenas inserir a entidade familiar na interpretação jurídica conforme a constituição. Será, porem, apenas o patrimônio econômico da sociedade conjugal o objeto de estudo do presente capítulo.

3.1 CONCEITUAÇÃO DE PATRIMÔNIO

No intuito de facilitar a compreensão do tema proposto, mostra-se fundamental a conceituação de patrimônio, que, a primeira vista, parece não ir além das posses econômicas. “Patrimônio é o conjunto das relações jurídicas, ativas e passivas, de uma pessoa ou ente despersonalizado”. (MAMEDE, G.; MAMEDE, E., 2011, p. 2). Existe, segundo os autores, uma cominação entre o direito das obrigações e o direito das coisas.

Alertam em sua obra, os autores, para o fato de que o conceito jurídico de patrimônio geralmente é vinculado à esfera econômica, e que tal entendimento não se traduz em verdade absoluta. Fazem, portanto, a divisão de patrimônio em dois grandes grupos:

[...] *patrimônio moral* (composto por direitos da personalidade, caracterizados por serem intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária, a teor do artigo 11 do novo Código Civil) e *patrimônio econômico* (composto por bens e obrigações apreciáveis economicamente, vale dizer, que comportam tradução em pecúnia). (2011, p. 3, grifos dos autores).

Levando-se em consideração a divisão acima, cabe salientar que o patrimônio moral não é passível de dissociação com a pessoa a quem pertence. Trata-se do conjunto de direitos inerentes ao indivíduo independente de sua situação econômica. Incorporam esta espécie os direitos personalíssimos físicos⁹, os direitos personalíssimos psíquicos¹⁰ e os direitos personalíssimos morais¹¹, não sendo possível, nem à própria pessoa, abdicar de tais direitos, ainda que munida de capacidade jurídica absoluta. Além das pessoas naturais, também as pessoas jurídicas são dotadas de reconhecimento e direitos no que se refere ao patrimônio moral. (MAMEDE, G.; MAMEDE, E., 2011).

Pretensa divisão vem apenas no sentido de diferenciar as duas espécies de patrimônio, sendo que apenas a seara do patrimônio econômico dos cônjuges, ou companheiros, será explorada de forma mais abrangente.

⁹ Alguns exemplos de direitos personalíssimos físicos são a vida, imagem, tom de voz, dentre outros, que dizem respeito ao corpo do ser humano.

¹⁰ Exemplos de direitos personalíssimos psíquicos: integridade emocional, intimidade, liberdade de crenças religiosas, filosóficas e políticas, entre tantas coisas.

¹¹ Como exemplo de direitos personalíssimos morais temos o nome, a honra, a privacidade, as criações intelectuais, dentre outros.

3.2 REGIMES DE BENS

É permitido aos nubentes, em regra, escolherem conforme melhor lhes convier quanto ao regime jurídico que irá reger o patrimônio comum, antes da celebração do matrimônio. (BRASIL, CC, 2013).

Quanto aos companheiros em situação de união estável, a lei lhes assegura direitos iguais aos do regime que figura como regra geral em caso de silêncio dos nubentes [regime da comunhão parcial de bens], se não estipularem de outra forma por meio de escritura pública ou instrumento particular de união estável.

Preliminarmente, é preciso conceituar regime de bens. Assim sendo, extrai-se o seguinte: “Costuma-se conceituar o regime de bens como o conjunto de regras que tutelam os interesses patrimoniais da sociedade conjugal, regulando as relações patrimoniais entre os cônjuges, e entre os terceiros e a sociedade conjugal”. (GAMA, 2008, p. 170).

Resume o autor seu conceito de regime de bens, valendo-se da expressão **estatuto patrimonial dos cônjuges**¹². Acrescenta que tal estatuto patrimonial regula a propriedade dos bens comuns, sua administração, utilização e disponibilidade, e, ainda, a forma de liquidação do patrimônio da sociedade conjugal. (GOMES, 1984 apud GAMA, 2008, p. 170).

3.2.1 Contextualização

Monteiro e Silva (2012) pontuam que as antigas Ordenações Filipinas, influenciadas pelo direito canônico, impunham a consumação do matrimônio como requisito indispensável para a efetiva comunhão de bens. Portanto, esta passava a vigorar a partir do dia consecutivo ao do casamento, havendo a possibilidade de não efetivação de tal comunhão se não houvesse, comprovadamente, a consumação do matrimônio.

Segue a transcrição do texto legal, ora revogado, constante do Decreto 181 de 24 de janeiro de 1890, que reitera a argumentação dos autores:

Art. 57. Na falta do contracto ante-nupcial, os bens dos conjugues são presumidos communs, desde o dia seguinte ao do casa mento, salvo si provar-se que o matrimonio não foi consummado entre elles. [sic] (BRASIL, Decreto 181, 1890).

O Código Civil de 1916 viria, quase duas décadas depois, excluir a consumação do matrimônio, que se dava pela conjunção carnal, como requisito obrigatório para a

¹² “Regime matrimonial é o conjunto de regras aplicáveis a sociedade conjugal considerada sob o aspecto dos seus interesses patrimoniais. Em síntese, o **estatuto patrimonial dos cônjuges**.” (GOMES, 2000, p. 173, grifo nosso). Conceito do autor em sua obra, ao tratar dos regimes chamados, à época, de matrimoniais.

validação do regime patrimonial, tanto no determinado por lei quanto no convencionado entre os cônjuges, instituindo que o regime de bens passava a vigorar desde a data do casamento. (MONTEIRO; SILVA, 2012).

No Código antigo havia previsão expressa de quatro modalidades de regimes de casamentos, sendo o regime da comunhão universal de bens tratado do artigo 262 ao 268 do código ora revogado. Este era o considerado regime legal, como regra geral. O segundo previsto no mesmo código era o regime da comunhão parcial de bens, com previsão entre os artigos 269 e 275, com possibilidade de ser escolhido pelos nubentes, se convencionado em escritura pública de pacto antenupcial¹³. O terceiro regime patrimonial a que o Código Civil de 1916 fazia menção, nos artigos 276 e 277, era o da separação. A última espécie de regime de bens abarcada pela lei, ora revogada, era o regime dotal, o qual constituía verdadeira anomalia jurídica se visto sob o âmbito de igualdade do ordenamento jurídico em vigor, e sobre o qual não serão feitas maiores ponderações.

Em boa hora o Código Civil de 2002, imbuído dos direitos constitucionais, veio trazer nova visão ao regime patrimonial dos cônjuges. No entanto, a Lei 6.515 de 1977, que trata da dissolução da sociedade conjugal e do casamento¹⁴, se antecipava em modificar alguns dos dispositivos do Código Civil de 1916, que seria substituído, posteriormente, pelo atual.

O princípio da imutabilidade do regime de bens era marcante na vigência do Código de 1916. Argumenta Gama (2008) que tal impossibilidade de alteração do regime adotado se dava no sentido de proteger os próprios cônjuges, para que o detentor da autoridade, geralmente imputada ao varão, não coagisse o outro consorte à alteração do regime patrimonial, prejudicando-lhe os direitos, especialmente no cerne patrimonial.

Outras fundamentações da inalterabilidade do regime eram, segundo o mesmo autor, a preocupação de que os cônjuges, em caso de alteração de regime de bens, pudessem vir a prejudicar interesses de terceiros¹⁵, além da idéia de casamento como instituto indissolúvel e vitalício.

¹³ O pacto antenupcial será objeto de estudo a seguir, sendo necessário no momento apenas esclarecer que se trata de requisito formal para validação de regime patrimonial que não seja o considerado legal pela lei. Leia-se legal como regra geral, pois todos os regimes de bens com previsão legislativa são considerados legais, no sentido amplo da palavra.

¹⁴ A Lei 6.515/77 instituiu, entre outras coisas que, em caso de não haver entre os nubentes convenção antenupcial, ou sendo ela nula, vigoraria para os cônjuges o regime da comunhão parcial de bens, passando este, então, a ser chamado de regime legal. (BRASIL, 2013).

¹⁵ Uma das funções da impossibilidade de alteração do regime patrimonial era tentar evitar que os cônjuges, de comum acordo, pudessem fraudar credores.

Havia, contudo, previsão legal no código revogado de algumas possibilidades de alteração do regime patrimonial, como por exemplo, situações de casais que convencionassem o regime da separação de bens, e viessem a ter filhos no decorrer do matrimônio, poderiam optar pela alteração do regime para o da comunhão universal ou parcial, se assim o tivessem estipulado em pacto antenupcial. (GAMA, 2008).

Atualmente, atendendo o princípio da mutabilidade controlada do regime matrimonial de bens, é possível sua alteração, desde que por decisão judicial, após pedido fundamentado de ambos os cônjuges, ressalvados os direitos de terceiros. Tal possibilidade encontra previsão legal no Artigo 1.639, § 2º do Código Civil¹⁶. (MOTTA, 2009).

De acordo com Veloso (1997 apud GAMA 2008, p. 170), além de o casamento simbolizar a plena comunhão de vida no plano pessoal, moral, afetivo e espiritual, traduz-se também como forma de associação financeira.

Esta concepção de associação financeira torna-se explícita na constatação de que os casais se unem com a intenção de constituir patrimônio comum que garanta melhores condições de vida à entidade familiar. Diante de tal situação, o ordenamento jurídico precisou estabelecer regras concisas que disciplinassem o direito patrimonial de família, e, como consequência, nascem os regimes de bens. (GAMA, 2008).

3.2.2 Convenções antenupciais

Conceitua-se pacto antenupcial “o instrumento de formalização da vontade convergente dos contraentes relacionada aos aspectos patrimoniais de suas relações como casados”. (COELHO, 2012, p. 103). Podem os consortes, segundo o autor citado, acordarem no pacto, além do que se refere aos seus bens, quanto aos bens antifernais e parafernais¹⁷.

Pondera Dias (2010) que, em se tratando do regime da comunhão universal de bens, as doações recíprocas não lograriam êxito, uma vez que recebido o bem, passaria a pertencer ao patrimônio comum, o que significa a recuperação da meação pelo doador. Há, contudo, a possibilidade desta doação, no referido regime, com cláusula de incomunicabilidade, e assim, institui-se o **bem reservado**, constante apenas do rol de bens do

¹⁶ “Art. 1.639. [...] § 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”. (BRASIL, CC, 2013).

¹⁷ Antifernais são os bens doados por um dos cônjuges ao outro, até a data do casamento. Parafernais são os bens doados por um dos cônjuges ao outro na constância do casamento [sendo que o autor se refere apenas à doação do marido em favor da mulher, no entanto com a visão de igualdade entre os cônjuges, mostra-se necessário tornar o conceito com abrangência recíproca]. (Coelho, 2012).

donatário. Para que tal cláusula tenha validade persiste a exigência de que seja feita de forma expressa.

Segundo a mesma autora, contrariando a posição de Gama (2008)¹⁸, não obstam empecilhos para que os cônjuges disciplinem regras que ultrapassem a esfera do patrimônio econômico, instituindo, por exemplo, acerca de obrigações domésticas¹⁹. Não se admitem, no entanto, cláusulas que afrontem normas cogentes, como o direito a alimentos, privação do poder familiar, renúncia às obrigações matrimoniais, dentre outras.

Constata Gama (2008), citando Gomes (1984), que a natureza do pacto antenupcial é institucional²⁰, embora se assemelhe aos negócios jurídicos de natureza contratual.

Contrapondo tal afirmação, Pereira defende que “a natureza jurídica do pacto antenupcial é inequivocadamente contratual, e obrigatoriamente há de ser efetivado antes do casamento”. (2012, p. 218).

Cumpre salientar o entendimento de forma que o pacto antenupcial seja uma junção das duas naturezas, pois, livre sua convenção, teria natureza contratual, embora diferente dos demais contratos, mas, se observado no âmbito da eficácia, e a impossibilidade de modificação ou dissolução, aparece como instrumento intrínseco ao casamento se houver convenção, e, portanto, possui certa natureza institucional. Dias o considera um “**contrato matrimonial**”. (2010, p. 227, grifo da autora).

No que se refere “a **eficácia** do pacto antenupcial está sujeita a condição suspensiva (CC 1.639 § 1º e 1.653 *in fine*): vigora a partir da data do casamento, ou seja, só terá eficácia depois do matrimônio”. (DIAS, 2010, p. 227).

O que a autora procura destacar é que uma vez celebrado o pacto, ele já se torna válido, mas sua eficácia fica condicionada à efetivação do casamento. Não havendo casamento, não há que se falar em efeitos da convenção.

Não se admite como válido instrumento particular de pacto antenupcial, sendo obrigatória a forma pública, por meio de escritura lavrada em tabelionato de notas e com

¹⁸ Escreve Gama: “o âmbito de abrangência do pacto antenupcial é de questões patrimoniais, não se admitindo a inserção de cláusulas referentes às relações pessoais entre os cônjuges [...]” (2008, p. 196).

¹⁹ Um exemplo de cláusula que ultrapassee os limites patrimoniais é o fato de os cônjuges estabelecerem proibição ao ato de fumar em determinados ambientes do lar. Outro exemplo seria a definição de quem deve ficar responsável por ir ao mercado.

²⁰ “[...] o pacto antenupcial não é um contrato da mesma natureza dos regulados no Livro das Obrigações, afirmando-se que tem caráter institucional porque, verificada a condição a que se subordina o início de sua eficácia, as partes, ainda de comum acordo, não podem modificá-lo nem dissolvê-lo”. (GOMES, 2000, p. 177, grifo do autor).

posterior registro junto ao cartório imobiliário, em conjunto com a certidão de casamento. Sem o devido registro, no ofício de imóveis da comarca de domicílio dos cônjuges, não se opera o efeito em face de terceiros, caracterizando, em relação a estes, situação semelhante a dos casais regidos pelas regras do regime legal. (GAMA, 2008).

Sendo, o casamento, indispensável à validade do pacto, pertence apenas a este. Não estando presente na união estável, que possui forma específica de administração acerca dos bens dos conviventes, seguindo, geralmente, as regras do regime legal.

3.2.3 Classificação dos regimes de bens

É preciso frisar, de imediato, que o regime de bens pode ser proveniente da lei ou da convenção entre as partes. Portanto, é chamado de **regime legal** quando determinado por lei, e, **regime convencional**, quando estipulado por opção dos contraentes, desde que não se incluam nos casos em que a lei não faculte a escolha do regime, caracterizando-se, então, como pertencente à primeira nomenclatura. (PEREIRA, 2012).

Determina a legislação vigente que é lícito o fato de os cônjuges optarem por regime patrimonial de sua preferência, mesclá-los entre si, ou ainda, convencionarem, com redação própria, cláusulas de livre vontade, salvo se estas contrariarem a ordem pública, bem como a natureza e as finalidades do casamento. (PEREIRA, 2012).

Se o regime de bens é o conjunto das regras que regulamentam a sociedade conjugal na seara patrimonial, leciona acertadamente Wald, ao se manifestar quanto à limitação dos regimes, pois não expressam garantias de alguns direitos assegurados por lei aos cônjuges e conviventes, como por exemplo, direito a alimentos e à sucessão, sendo estes discutidos em apartado, pois não se faz menção a eles nos regimes previstos. (2005, p. 137).

Argumenta, ainda, que, por outro lado, o regime de bens não se mantém limitado às relações conjugais, podendo produzir efeitos que não raras vezes atingem terceiros.

Com a possibilidade de acordarem livremente quanto ao regime patrimonial, para manter a segurança jurídica nas relações mostrou-se necessária a elaboração dos regimes de bens, divididos em quatro espécies distintas, sendo um regime legal *stricto sensu* [pois todos que possuem previsão legal *lato sensu* são regimes legais], e três convencionais²¹, que serão analisados a seguir.

²¹ O regime da comunhão parcial de bens é considerado o legal, enquanto a comunhão universal, participação final nos aquestos e separação de bens, são os chamados regimes convencionais, existe, porém, diferenciação entre separação convencional e obrigatória, que será detalha no estudo deste regime.

3.2.3.1 Regime da comunhão parcial de bens

O regime da comunhão parcial de bens é considerado o tradicional e autoaplicável nos casos em que os nubentes não estejam impedidos, não manifestem opção por um dos outros regimes previstos, ou não criem suas próprias regras contratuais quanto à administração do patrimônio adquirido na constância do casamento. É, por assim dizer o chamado regime legal, que estará em vigor nos casos de falta, nulidade ou ineficácia de pacto antenupcial que discipline a seara patrimonial. (MONTEIRO; SILVA, 2012).

Enfatiza-se, contudo, que mesmo considerado o regime legal, aplicado nos casos de falta, nulidade ou ineficácia de pacto antenupcial, e, sendo este desnecessário, não se obsta tal faculdade, ou seja, podem os nubentes deliberar em convenção antenupcial, por exemplo, quanto à administração dos bens particulares, assim como as obrigações domésticas, vistas anteriormente. (DIAS, 2010).

Observam-se abaixo dois dos artigos do Código Civil que regulamentam a modalidade em destaque, com a listagem dos bens que se incluem no referido regime:

Art. 1.658. No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes.

[...]

Art. 1.660. Entram na comunhão:

I - os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;

II - os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;

III - os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;

IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;

V - os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão. (BRASIL, CC, 2013).

Em acordo com o dispositivo legal supracitado, sintetiza Pereira (2012) que os bens adquiridos por cada um dos cônjuges antes do matrimônio permanecem apenas na titularidade exclusiva deste. Contudo, aqueles que forem adquiridos na constância do casamento integram patrimônio comum, indiscriminadamente. Faz menção, porém, o autor, ao rol de bens que se excluem do regime da comunhão parcial, encontrando previsão no artigo 1.659 do Código Civil.

Escreve Coelho: “Para que não integre a comunhão, é suficiente que o título aquisitivo tenha causa anterior ao matrimônio (CC, art. 1.661). Não interessa, por conseguinte, que o domínio se tenha transferido ao cônjuge na constância do casamento, [...]”. (2012, p. 92).

No mesmo diapasão de idéias, o autor complementa que se a posse e o domínio do bem se fizerem conclusos apenas depois do matrimônio, é suficiente que o contrato de compra e venda do bem tenha sido celebrado com data anterior à oficialização matrimonial, para que a propriedade, e, por conseguinte, os direitos dela decorrentes sejam de interesse somente do cônjuge que os obteve antes de contrair núpcias.

Em sua obra, Gama (2008) traz outras nomenclaturas para o regime da comunhão parcial de bens. Dentre elas temos regime de comunhão limitada, comunhão restrita e comunhão de aquestos. No mesmo sentido, Diniz (2007), ao declarar que este será um efeito legal do matrimônio, o denomina regime legal da comunhão de aquestos. Urge ressaltar que não se confunde tal nomenclatura com o chamado regime da participação final nos aquestos, embora ambos possuam peculiaridades. Este último será visto em título próprio.

Constata-se que o objetivo deste regime é evitar o enriquecimento ilícito de qualquer dos cônjuges, preservando-se a titularidade exclusiva dos bens particulares e assegurando a comunhão e comunicação dos que forem adquiridos durante a união com esforços recíprocos. (DIAS, 2010).

Comenta a mesma autora:

A comunhão do patrimônio comum tende a certa lógica e dispõe de um componente **ético**: o que é meu é meu, o que é teu é teu e o que é nosso, metade de cada um. [...] Comunica-se apenas o patrimônio amealhado durante o período de convívio, presumindo a lei ter sido adquirido pelo esforço comum do par. (DIAS, 2010, p. 230, grifo da autora).

Em regra, todo o patrimônio econômico que sobrevier ao vínculo matrimonial integra o acervo comum. Importante evidenciar, contudo, que o Artigo 1.659 do Código Civil especifica os bens que não se comunicam durante o matrimônio, além dos que já se excluem no regime da comunhão universal de bens, pois se o regime que mais comunica patrimônio possui exceções de comunicabilidade, estas são compreendidas também ao regime em questão. (BRASIL, CC, 2013).

Os frutos advindos de bens comuns ou particulares de cada cônjuge se comunicam, desde que surgidos na constância do casamento, ou se encontrando pendentes ao tempo da cessação da comunhão. Exemplo comum são os aluguéis de bens pertencentes apenas a um dos cônjuges. (GAMA, 2008).

Resume-se o dispositivo legal referente à exclusão de bens da seguinte maneira:

A lei entende que, quando as partes escolhem o regime da comunhão parcial, de aquestos ou de adquiridos, são considerados excluídos da comunhão aqueles bens adquiridos antes do casamento, os adquiridos após o casamento como liberalidades, ou seja, gratuitamente (doações, legado, heranças), os sub-rogados aos bens particulares por um dos cônjuges. Excluem-se, ainda, do regime da comunhão

parcial os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão. (WALD, 2005, p. 164).

O dispositivo legal exclui, ainda, da comunhão parcial de bens, as obrigações anteriores ao casamento, as provenientes de atos ilícitos²², os proventos do exercício de trabalho de cada um dos cônjuges, as pensões, meios-soldos, montepios e demais rendas semelhantes. (BRASIL, CC, 2013).

Cabe pontuar que as jóias e adornos, que se inserem na qualificação de bens pessoais, não entram no patrimônio comum, especialmente os recebidos por doação do outro cônjuge ou terceiros. Enfatiza-se, que em se tratando de adorno com relevante valor pecuniário, e tendo sido adquirido a título oneroso por um dos cônjuges, com o intuito de investimento financeiro, compreende-se pertencente ao patrimônio comum, devendo ser partilhado seu valor em caso de extinção do vínculo conjugal. (DIAS, 2010).

A posição de Dias, quanto aos frutos do trabalho pessoal, repudia a determinação legal: “absolutamente desarrazoado excluir da universalidade dos bens comuns os proventos **do trabalho pessoal** de cada cônjuge (CC 1.659 VI), bem como as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes (CC 1.659 VII)”. (2010, p. 231, grifo da autora).

Defende a autora, em suas considerações, ser injusto que ambos os cônjuges trabalhando, apenas um se atenha as despesas do lar, enquanto o outro, que não converte seus ganhos em prol da entidade familiar, se beneficie das reservas pecuniárias feitas por tal comportamento, e obtenha a vantagem da incomunicabilidade, uma vez que os cônjuges têm o dever de mútua assistência.

A mesma autora condena o fato de se excluírem do patrimônio comum os livros e instrumentos da profissão, postulando que os bens devem ficar na posse daquele que os utiliza, mas, apesar disso, deve o outro cônjuge ser ressarcido economicamente através de bens diferentes ou contraprestação pecuniária. Sua argumentação reside na possibilidade de comprometimento do equilíbrio na divisão patrimonial, posição da qual não se comunga e que geralmente é refutada pela justiça quando da dissolução da sociedade conjugal.

Pontua a autora que o FGTS²³ e as indenizações trabalhistas não são consideradas verbas personalíssimas pela jurisprudência assim como os benefícios previdenciários, sendo comunicáveis, independente do regime de bens.

²² Se o ato ilícito gerar benefício a ambos os cônjuges, não se excluem as obrigações adquiridas por tal fim, conforme súmula 251 do STJ: “A meação só responde pelo ato ilícito quando o credor, na execução fiscal, provar que o enriquecimento dele resultante aproveitou ao casal.” (BRASIL, STJ, 2001).

²³ Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

3.2.3.2 Regime da comunhão universal de bens

Até o advento da Lei 6.515 de 1977 este era o chamado regime legal, ou seja, nos casos de ausência de pacto antenupcial, nulidade ou invalidade deste, o regime da comunhão universal de bens se instituía automaticamente.

Repudiam, Monteiro e Silva (2012), a conceituação de regime da comunhão universal como forma de condomínio, visto que esta última possui regulamentação própria, não se assemelhando à primeira. Exemplo disso é o fato de ser lícito aos condôminos, a qualquer tempo, requererem a divisão do bem comum, enquanto no regime da comunhão universal só se admite tal partição nos casos previstos no artigo 1.571 do Código Civil²⁴.

Conceitua-se regime da comunhão universal de bens “como aquele em que se tornam comuns tanto os bens com os quais os cônjuges entraram na sociedade conjugal como os que foram posteriormente adquiridos pelo marido ou pela mulher.” (WALD, 2005, p. 155).

Enumera Pereira, que são apenas dois os requisitos para adoção do referido regime: “[...] o casamento válido e a convenção por escritura pública, bem como disposição especial de lei”. (2012, p. 233).

Desenvolvendo, de forma mais ampla, a caracterização de comunhão universal tem-se:

O que caracteriza o regime da comunhão universal é a comunicação de todos os valores, móveis ou imóveis, de que cada um dos cônjuges é titular ao tempo das núpcias, e bem assim os que forem adquiridos na constância do matrimônio, posto que adquiridos por um deles apenas. Comunicam-se igualmente as dívidas, anteriores e posteriores. Além de outras exceções, legais ou convencionais, eventualmente estabelecidas [...]. (PEREIRA, 2012, p. 233).

Explica Dias (2010), que as dívidas que forem contraídas anteriormente ao casamento não fazem parte da universalidade conjugal, assim como no regime de comunhão parcial de bens. No regime da comunhão universal, porém, admite-se a comunicabilidade de tais débitos se tiverem sido obtidos para fim de realização do matrimônio, em proveito comum dos cônjuges.

²⁴ O artigo 1.571 do CC traz as possibilidades de extinção da sociedade conjugal, que pode ocorrer pela morte de um dos cônjuges, nulidade ou anulação do casamento, separação judicial [que deixou de existir no ordenamento jurídico após a Emenda Constitucional número 66 de 13 de julho de 2010], e, pelo divórcio. (BRASIL, CC, 2013). Necessário observar que a dissolução da sociedade conjugal também ocorre pela separação de fato. (DIAS, 2010).

A legislação em voga²⁵ traz, em seu artigo 1.668, o rol dos bens excluídos da comunhão. São aqueles doados ou herdados a qualquer título com cláusula de incomunicabilidade, e os sub-rogados em seu lugar, os gravados de fideicomisso²⁶, assim como o direito do herdeiro fideicomissário [antes da realização da condição suspensiva], as dívidas contraídas antes do casamento [obedecendo aos critérios explicados anteriormente], os bens doados por um dos cônjuges ao outro [desde que doados com cláusula de incomunicabilidade], os de uso pessoal, livros, instrumentos de profissão, os proventos auferidos da atividade laboral [desde que com caráter personalíssimo, conforme explicação constante do item que tratou do regime da comunhão parcial de bens], bem como as pensões, montepios, meio-soldos e outras rendas equiparadas. (BRASIL, CC, 2013). Também não se comunicam os direitos autorais, independente do regime de bens, de acordo com o artigo 5º, inciso XXVII da Constituição e a Lei 9.610 de 1998, que dispõe sobre os direitos autorais. (COELHO, 2012).

Diferentemente do regime da comunhão parcial de bens, na comunhão universal as obrigações adquiridas pela prática de ato ilícito, por um dos cônjuges, ao outro se comunicam. (DIAS, 2010).

Salienta-se que as obrigações e patrimônio comum cessam sua comunicabilidade no momento da extinção da sociedade conjugal, que pode ocorrer pela separação de fato. “Para que cesse a responsabilidade patrimonial, não se faz necessária a partilha de bens. O estado de mancomunhão²⁷, que persiste mesmo depois da separação de fato, não gera obrigação de quem não está com o bem sob sua posse”. (DIAS, 2010. 236).

Podem, os nubentes, optarem por este regime livremente, salvo nos casos de obrigatoriedade da separação de bens que será visto a seguir. É imprescindível, para a adoção deste, a confecção de pacto antenupcial nos moldes exigidos em lei, e seu registro no ofício competente.

²⁵ Refere-se ao artigo 1.668 do Código Civil em vigência, que trata dos bens excluídos da comunicabilidade no regime da comunhão universal de bens.

²⁶ Fideicomisso é uma das espécies de substituição testamentária trazido pelo Código Civil de 2002, o qual se apresenta como um recurso capaz de atender o desejo do testador de instituir herdeiro ainda não existente ao tempo da abertura da sucessão. Através deste instrumento, o testador nomeia um fiduciário que recebe a liberalidade, ou seja, de logo tem a posse e a propriedade da herança ou legado, porém, seu domínio sobre este é limitado e resolúvel. Importante frisar que uma das maneiras do testador garantir que a coisa fideicometida chegue realmente a pessoa que ele deseja é impor cláusula de inalienabilidade. Dessa feita, o fiduciário não se eximirá de passar a coisa fideicometida ao fideicomissário. (MATOS, 2011).

²⁷ Mancomunhão tem significado de propriedade em mão comum, ou seja, propriedade de ambos os cônjuges. (DIAS, 2010).

3.2.3.3 Regime da separação de bens

Inúmeras são as doutrinas que discorrem a respeito dos regimes patrimoniais, opta-se preferencialmente, no caso do regime em tela, pela obra de Gama (2008), que se acredita definir e dividir de maneira mais clara a separação de bens²⁸.

Esta modalidade concede maior liberdade aos cônjuges no que se refere à administração da sociedade conjugal. Inicia pelo fato de não haver, em regra, patrimônio comum, sendo que cada um é titular exclusivo dos bens sobre sua titularidade, tanto dos que possuía antes do matrimônio, quanto dos que vier a adquirir, podendo tutelá-los como melhor lhe convier. Além disso, beneficia o cônjuge na condição sucessória, de conformidade com a lei.

Existem duas formas de constituição deste regime. A primeira se dá por meio de convenção, em que os nubentes têm a faculdade de escolher o regime proposto, por meio de pacto antenupcial, e por tal motivo é chamada de **separação convencional**. A segunda é a **separação legal**, conhecida comumente como separação obrigatória. Nesta última os nubentes são obrigados, por norma cogente, a instituírem o referido regime.

O dispositivo legal que institui a compulsoriedade da separação de bens é o artigo 1.641 do Código Civil, que declara a obrigação da separação de bens nos casos das suspensões previstas no artigo 1.523 do mesmo código, dos maiores de 70 anos²⁹, e de todos os que necessitarem de suprimento judicial para o matrimônio. (BRASIL, CC, 2013).

Não existem empecilhos para que os cônjuges adquiram bens em conjunto, mas em assim procedendo, serão regidos pela égide dos direitos reais, estando os contratantes na situação de condôminos, e não figurando como pares na sociedade conjugal.

Apesar de coexistirem apenas dois patrimônios [um para cada cônjuge], sem a habitual caracterização de patrimônio comum, a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal determina que os bens adquiridos na constância do casamento comunicam-se, com a necessidade da vênua conjugal, daquele que não possui a titularidade do bem, para alienação deste. No que se refere à administração do patrimônio conjugal, esta será verificada a seguir, enquanto a vênua conjugal será analisada detalhadamente no capítulo central do presente estudo. (BRASIL, STF, 2013).

²⁸ Na presente seção, que trata do regime da separação de bens, usou-se como base o conteúdo descrito na obra de Gama (2008).

²⁹ Anteriormente à Lei 12.344 de 09 de dezembro de 2010, a idade prevista, no CC, para a imposição do regime de separação de bens era de 60 anos. A lei veio alterar o inciso II do artigo 1.641 do CC.

3.2.3.4 Participação final nos aquestos

Trata-se de regime de bens complexo, instituído por pacto antenupcial, pouco utilizado em nossa sociedade, uma vez que facilita a administração da sociedade conjugal de casais com patrimônios pessoais de grande monta e negócios próprios que necessitem de total liberdade administrativa.

A luz da doutrina de Dias (2010), tentar-se-á esclarecer, dentro das possibilidades, as características do aludido regime de bens³⁰, que se legaliza por intermédio dos dispositivos legais que vão do artigo 1.672 ao artigo 1.686 do Código Civil.

Na participação final dos aquestos existem duas classes de bens, os particulares e os comuns. Os primeiros compõem o acervo dos bens que o cônjuge já detinha como seu antes de contrair núpcias, os adquiridos por sub-rogação e os transmitidos por herança ou liberalidade. Nos últimos estão inclusos os bens adquiridos pelos cônjuges, em conjunto, na constância do casamento.

Entende-se propício explicar quanto às nomenclaturas usadas para diferenciar o patrimônio dos cônjuges:

Chama-se de **patrimônio próprio** os bens particulares de cada um, somados aos adquiridos em seu nome na constância do casamento (CC 1.673). Fora disso há os **aquestos**: 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. Esse é o acervo – com esses nuances – a ser partilhado e compensado quando da dissolução do casamento. Cada cônjuge faz jus à metade dos **bens comuns** (acervo amealhado em conjunto pelo casal) e mais à metade do valor **do patrimônio próprio** (adquirido pelo outro durante o casamento). Apurado o montante do patrimônio próprio de cada cônjuge, os valores são compensados e divididos entre o par. (2010, p. 237, grifos da autora).

Em relação à administração do patrimônio durante o casamento, verificar-se-á a seguir, em tópico próprio da administração da sociedade conjugal. O que se precisa demonstrar é que se trata de regime que requer constante contabilidade, tanto antes da união quanto durante o enlace matrimonial, e, mais ainda, em caso de dissolução do casamento.

Havendo tal dissolução, caberá a cada cônjuge a totalidade dos bens que detinha antes do casamento, a metade dos bens adquiridos em condomínio durante o matrimônio, por ambos os cônjuges, a totalidade dos bens próprios adquiridos durante a sociedade conjugal, e, ainda, metade da diferença do valor dos bens que o outro cônjuge adquiriu em nome próprio neste lapso temporal do matrimônio. Fala-se em compensação de valores, e não em divisão

³⁰ No que se refere a este item, regime de participação final dos aquestos, utilizou-se como única fonte a doutrina de Dias (2010).

igualitária, pois, em havendo diferença pecuniária no valor do bem próprio de cada um, o outro tem direito a ser compensado em moeda, inclusive com alienação de bens em caso de ausência de numerário.

Difere do regime da comunhão parcial de bens pelo fato deste ser dotado de comunicabilidade imediata do patrimônio durante o casamento, enquanto a participação final nos aquestos já se define pelo nome, ocorrendo a comunhão só na extinção da sociedade conjugal. Nesta forma de regime o direito não se manifesta em relação ao acervo do outro consorte, mas sobre o contingente saldo patrimonial observado “após a compensação dos acréscimos patrimoniais de cada um”. (2010, p. 238).

Excluem-se da soma dos patrimônios próprios, na partilha final dos aquestos, os bens adquiridos anteriormente ao casamento ou em sub-rogação a estes, os que forem objeto de aquisição por sucessão ou liberalidade, desde que a título gratuito e as dívidas resultantes do patrimônio próprio.

Difícil se apresenta, por compor universalidade patrimonial, identificar quem possui a meação deste ou daquele bem, visto só ser possível aferir tal informação quando da extinção da sociedade conjugal.

Por fim, como reconhecido anteriormente, refere-se a regime inabitual em nosso ordenamento devido a sua complexidade em todas as etapas, desde sua escolha até sua real utilização no caso de extinção do vínculo matrimonial, sendo comumente aplicado nas relações em que os cônjuges são titulares de patrimônios consideráveis, o que não reflete, infelizmente, a realidade nacional.

3.3 ADMINISTRAÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

A igualdade de posições na administração da sociedade conjugal, que se vê atualmente, nem sempre foi assim verificada. No direito romano a mulher era vista como propriedade do marido, que chegou a dispor, inclusive, de sua vida.

Com a ascensão do cristianismo, que restaurou a dignificação da mulher³¹, ao menos no âmbito emocional, iniciou-se visão mais afetuosa do gênero feminino, até então discriminado de todas as formas possíveis, sendo, na maioria das vezes, considerada objeto de posse dos homens de sua família paterna e, posteriormente, do cônjuge.

³¹ Mano [s.d] escreve em seu artigo, O patriarcado está desmoronando, que há milhares de anos a mulher era endeusada, por sua capacidade de fertilização e reprodução, até o homem perceber que também participava da procriação e começar a ter noção de propriedade.

Em meados do século XX, os movimentos feministas foram tomando corpo, culminando com a conquista, em oito de novembro de 1948, da expressão incluída no artigo 14 da Declaração dos Direitos Humanos, que estabeleceu a igualdade de direitos entre homens e mulheres, tanto antes quanto durante e após o fim do vínculo matrimonial. (MONTEIRO; SILVA, 2012).

Ainda, segundo os mesmos autores, em 1948 os Estados americanos, através da Convenção Interamericana de Bogotá³², decretaram igualdade de todos os direitos entre homens e mulheres. Obedecendo as determinações de tal convenção, em 27 de agosto de 1962 o legislativo brasileiro expediu a Lei 4.121/62, chamada de Estatuto da Mulher Casada. Tal instrumento diminuiu as desigualdades entre os cônjuges, como retirar a mulher casada do rol dos relativamente incapazes, porém, não excluiu totalmente as disparidades entre homem e mulher, permanecendo, por exemplo, o marido como chefe da família, embora agora, com a colaboração da mulher.

Avaliando as incongruências e anormalidades da legislação antiga, escreve Gomes:

O marido [...] dirigia sua consciência e podia até empregar a violência para ser obedecido, como autorizavam as Ordenações. Era-lhe lícito fiscalizar as relações pessoais da mulher, controlar suas visitas e vigiar a correspondência, interferindo até nos mais simples atos e hábitos pessoais. Esses poderes foram cassados ou se mitigaram sob a influência dos novos costumes. Permaneceram, não obstante, limitações à capacidade da mulher, inspiradas, em parte, na falsa idéia de que não tem aptidão para exercer certos atos [...]. (1987, p. 142).

Efetiva concretização de igualdade entre os sexos viria por se estabelecer apenas após a promulgação do Constituição de 1988, com posterior regularização legal no Código Civil de 2002, que, apesar de não fazer distinção entre as obrigações dos cônjuges, mas sim os igualando, já entrou em vigor carecendo de revisão em diversos dispositivos, que hoje necessitam de interpretação de acordo com a Constituição para produzirem os efeitos reais.

Em suma, o Código Civil atual exime toda e qualquer distinção entre homens e mulheres, no entanto, não se observa a expressão **em conjunto**, para igualar os direitos e deveres dos cônjuges, mas sim, permanece a expressão **colaboração**, evidenciando a existência de atos que podem ser praticados pelos cônjuges individualmente, sem a exigência da vênua conjugal. Em existindo a obrigação da prática conjunta de todos os atos de direção da

³² No Brasil esta Convenção foi promulgada pelo Decreto número 31.643 de 23 de outubro de 1952. (MONTEIRO; SILVA, 2012). Atualmente a igualdade de direitos entre homens e mulheres, especificamente no tocante ao casamento, está inserida no artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (BRASIL, Comitê de Paz, tradução, 2013).

sociedade conjugal, estar-se-ia dificultando atividades rotineiras, como, por exemplo, mero saque em conta bancária. (SILVA, 2012 apud GOMES, 2012, p. 223).

Assinala Diniz (2007), que é de competência de ambos os cônjuges a administração do patrimônio comum e de determinados bens particulares, observando-se o regime de bens adotado.

Na comunhão universal de bens cabe lembrar que o patrimônio faz parte de uma universalidade, ou seja, não existe, em regra, patrimônio particular, salvo no que se refere às hipóteses previstas no artigo 1.668 do Código Civil. (BRASIL, CC, 2013).

A administração do patrimônio comum da comunhão universal segue as mesmas regras do regime da comunhão parcial de bens. Sendo assim, dívidas contraídas por um dos cônjuges, no exercício da administração patrimonial, são de responsabilidade de ambos, respondendo, o administrador, com seus bens particulares e com os bens comuns. O cônjuge alheio à administração só responderá com seus bens próprios na proporção da vantagem auferida. As dívidas contraídas na administração dos bens particulares, e em seu benefício, não obrigam o bem comum, assim como a gerência e disposição acerca dos bens particulares, é de exclusiva competência do cônjuge administrador. É obrigatória, contudo, a anuência dos cônjuges nos atos, a título gratuito, que resultem em cessão do uso ou gozo dos bens comuns. (BRASIL, CC, 2013).

No regime da participação final nos aquestos e na separação de bens, cada cônjuge administra os bens sob sua titularidade, e havendo bens comuns, por ambos são administrados. Cumpre lembrar que na separação de bens não se fala em patrimônio comum, embora a Súmula 377 do STF expresse a comunicabilidade dos bens havidos durante o matrimônio, em se tratando de regime de separação obrigatória. (BRASIL, STF, 2103).

Dispõe o artigo 1.642 do Código Civil que, independente do regime de bens adotado, pode, qualquer dos cônjuges, praticar, livremente, os atos necessários à administração e desempenho de sua profissão, ressalvados os atos de alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis, a não ser que tenham adotado o regime da separação convencional de bens ou o imóvel pertença exclusivamente ao patrimônio próprio do cônjuge, nos casos da participação final dos aquestos. (BRASIL, CC, 2013).

Determina ainda, o mesmo dispositivo legal, que é lícito aos cônjuges administrarem os bens próprios, desobrigar ou reivindicar os imóveis alienados ou gravados [sem o consentimento de um dos consortes ou sem suprimento judicial], rescindir judicialmente os contratos de doação [não sendo remuneratória e podendo integrar futura meação] ou fiança que careçam de autorização do outro, invalidar os contratos de fiança que

não possuam anuência do consorte, e, por fim, reivindicar bens móveis ou imóveis que tenham sido doados ou transferidos ao concubino, desde que não tenham sido adquiridos com esforço comum entre o cônjuge e este, se já tiver ocorrido a separação de fato entre os consortes. (BRASIL, CC, 2013).

Também prevê o Código Civil que os cônjuges podem praticar, sem a autorização um do outro, os atos necessários à manutenção da economia doméstica, bem como, obter empréstimos para adimplir tais obrigações. Além disso, cabe apenas ao cônjuge prejudicado, ou aos seus herdeiros, demandar em juízo acerca da invalidade, falta de consentimento ou ausência de suprimento judicial dos atos assim praticados. (BRASIL, CC, 2013).

Estando um dos cônjuges impedido, por qualquer motivo, de exercer a administração dos bens sobre sua responsabilidade, cabe ao outro, de acordo com o regime de bens escolhido, gerir o patrimônio, ficando sob sua gerência, além dos seus, os bens comuns e os do consorte, podendo alienar os bens móveis comuns indiscriminadamente, os imóveis comuns, bem como os móveis e imóveis particulares, do consorte impossibilitado, somente mediante autorização judicial. Será, o cônjuge gestor, responsabilizado pelos atos que praticar na administração do patrimônio do outro consorte, para com este e seus herdeiros. (BRASIL, CC, 2013).

Verifica-se que não poderá nenhum dos cônjuges, sem o consentimento do outro, praticar atos que impliquem na alienação ou gravame de ônus real dos bens imóveis [salvo na separação convencional], assim como pleitear, como autor ou réu, acerca destes bens ou direitos. Também não é possível prestar aval ou fiança sem a devida anuência do outro cônjuge, nem doar bens comuns ou que possam vir a integrar meação futura, salvo em se tratando de doação remuneratória. (BRASIL, CC, 2013)³³.

Observando-se má administração quanto ao patrimônio comum, poderá o magistrado atribuir os atos de gerência à apenas um dos consortes. (BRASIL, CC, 2013).

Constata Pereira (2012, p. 206), ao citar Carvalho Filho (2008), a distinção feita pelo legislador ao tratar dos bens móveis e imóveis, salientando que a economia moderna evidencia a existência de bens não imóveis com valores superiores aos chamados bens de raiz. Vai além, ao recomendar que os dispositivos legais devam demonstrar maior preocupação com os demais bens familiares não imóveis, como, por exemplo, ações de empresas, títulos cambiários, jóias e outros. Esta constatação resume a preocupação do presente estudo, uma vez que maior zelo por parte do legislador evitaria a ocorrência de vícios de alienação.

³³ Tal previsão é encontrada no artigo 1.647 do Código Civil.

4 O NEGÓCIO JURÍDICO E SEUS DEFEITOS

Com as inovações trazidas pela Constituição de 1988, pelo atual Código Civil e algumas leis esparsas, observa-se maior segurança no que se refere ao patrimônio conjugal, especialmente em se tratando da igualdade entre os consortes, que veio por dizimar a antiga visão de capacidade relativa da mulher em relação aos atos da vida civil.

Uma vez compreendido que o patrimônio comum da sociedade conjugal é definido, em regra, antes que os pares optem por viver em comunhão³⁴, destaca-se o princípio da preservação do patrimônio conjugal, que defende a manutenção do patrimônio auferido em prol do bem estar da entidade familiar, da boa-fé, da segurança e da dignidade humana.

Motta (2009), ao tratar deste princípio, apega-se a idéia de que principalmente os bens imóveis, em especial o bem de família³⁵, exercem a função de fortalecimento do núcleo familiar, e, assim sendo, devem ser protegidos e mantidos no patrimônio comum dos consortes.

Ainda que tal princípio defenda a manutenção do patrimônio, é preciso ressaltar que a alienação destes bens e direitos cabe única e exclusivamente aos integrantes da sociedade conjugal, desde a forma, até a utilização dos valores obtidos, contanto que respeitem as normas legais e os direitos de terceiros.

A princípio, para facilitar o entendimento do presente capítulo, mostra-se necessário diferenciar bens móveis e imóveis.

Os artigos 79, 80 e 81 do Código Civil determinam o que e quais são os bens imóveis, enquanto a seguir, do artigo 82 ao artigo 84, do mesmo diploma legal, tem-se o conceito e especificações a respeito dos bens móveis. Portanto, os primeiros tratam do solo e de tudo que o incorporar natural ou artificialmente, enquanto os últimos são os que têm movimento próprio ou possam ser removidos por força alheia, desde que não se alterem em substância ou destinação econômico-social. (BRASIL, CC, 2013).

Não se pretende uma análise aprofundada das classificações das duas espécies de bens [móveis e imóveis], mas é preciso apenas diferenciá-los para que se possa analisar as desigualdades no tratamento dos dispositivos legais e suas respectivas conseqüências.

³⁴ Na União estável a escolha não existe, salvo em convenção contratual, passando-se a ter as mesmas regras patrimoniais previstas no regime da comunhão parcial de bens. Ademais, hoje existe a possibilidade de alteração controlada do regime de bens, conforme visto no capítulo anterior.

³⁵ “[...] se trata de uma qualidade que se agrega a um bem **imóvel e seus móveis**, imunizando-os em relação a credores, como forma de proteger a família que nele reside.” (DIAS, 2010, p. 586, grifo da autora).

Desta forma, apenas os bens móveis serão enfatizados em sua classificação, por vez que os bens imóveis são de fácil entendimento, e, embora não se pretenda desmerecer sua análise, são definidos como o solo e tudo que nele estiver inserido de forma natural ou artificial, e que passem a incorporá-lo permanentemente, bem como os direitos reais sobre estes bens, suas respectivas ações, além da herança aberta. (BRASIL, CC, 2013).

Venosa destaca que são três as categorias de bens móveis, a saber:

São móveis por natureza, [...] as coisas corpóreas que se podem movimentar, por força própria ou alheia, com exceção daquelas que se agregam aos imóveis. [...]. O direito moderno reconhece a categoria dos móveis por antecipação. São bens que, incorporados ao solo, destinam-se à separação e serão convertidos em móveis, como é o caso de árvores que se converterão em lenha. [...]. (2010, p. 301, grifos do autor).

O autor destaca, como terceira categoria, a dos móveis por determinação legal, previsto no Código Civil:

Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:
I - as energias que tenham valor econômico;
II - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes;
III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações. (BRASIL, CC, 2013).

Ainda segundo Venosa (2010), os direitos autorais não são bens móveis, mas, disciplinados em um microsistema próprio, e, dispensam a vênua conjugal para sua alienação, por se incluírem nos direitos pessoais de caráter patrimonial. Também se incluem nesta classe, dispensando a outorga uxória ou marital, as cotas de capital ou ações de sociedade mercantil.

Gomes (2006) esclarece, em acordo com o autor supracitado, que a lei considera estes bens [direitos autorais e industriais, bem como as cotas de capital ou ações de sociedade mercantil], que ele classifica apenas como incorpóreos, como sendo do tipo material pelo fato de não necessitarem da anuência do outro cônjuge quando de sua alienação, pois segundo ele, se trata de direitos, e, estes não são nem móveis nem imóveis, motivo pelo qual não pertenceriam a esta espécie.

No decorrer do presente estudo, para facilitar o entendimento do objeto central, serão chamados, daqui por diante, de bens de caráter patrimonial, estudados na classe de bens móveis, com suas peculiaridades, uma vez que encontram disciplina legal nesta categoria do Código Civil, sendo inexigível a vênua conjugal para sua alienação.

Conforme Diniz (2009), os bens imóveis não podem ser transportados de um lugar para o outro sem sua desconstituição ou destruição, não podendo, da mesma forma, serem alienados, hipotecados, ou gravados de ônus real, pelo cônjuge ou companheiro, sem a anuência do outro, de acordo com o artigo 1.647 do Código Civil, exceto, no regime da

separação absoluta de bens. Tal tratamento diverge daquele dado aos bens móveis no ordenamento jurídico, lembrando que estes, em regra, não possuem a exigibilidade da vênua conjugal para sua alienação. Esta diferenciação será analisada de forma mais ampla no capítulo seguinte, ao se tratar especificamente da vênua conjugal.

Mostra-se necessária, por fim, a **conceituação de alienação**, cabendo salientar que consiste em transferência de bem ou direito real ou pessoal, para outra pessoa, podendo ocorrer a título gratuito ou oneroso³⁶. Existe, ainda, a alienação fiduciária, que é aquela em que se transfere a um determinado credor, pessoa ou instituição financeira, a propriedade resolúvel³⁷ ou a posse indireta de determinado bem, em garantia de obrigação, até o adimplemento desta, sendo possível esta forma apenas expressamente e por escrito. E, por último, tem-se a alienação judicial, que ocorre em razão de leilão ou ordem de magistrado para sanar possíveis vícios, ou, para efetivar o cumprimento de obrigações com terceiros. (GUIMARÃES, 2010).

A seguir, passar-se-á a conceituação de fato e ato jurídico, negócio jurídico, seus elementos, requisitos e efeitos, além da definição e classificação dos vícios destes negócios, e, por fim, analisar-se-á o abuso de direito, que se encontra no campo dos atos ilícitos.

4.1 FATOS E ATOS JURÍDICOS

Todo acontecimento natural, ou voluntário, capaz de produzir efeitos jurídicos é considerado **fato jurídico**. A aptidão de gerar os tais efeitos se dá em função da anterioridade do tipo legal, ou seja, para que um determinado fato possa surtir os efeitos jurídicos, deve existir, anteriormente, previsão normativa, ainda que não expressa, como alguns princípios implícitos. (MEIRELES, 2007).

Gomes (2006) conclui que o fato por si só nada influencia o ordenamento, pois é fundamental a existência de estrutura jurídica que o reconheça, conferindo-lhe significado jurídico. Na mesma definição escreve: “[...] *O fato jurídico* é já aquele fato que recebe uma qualificação do Direito. [...] tradicionalmente, é considerado tal qualquer acontecimento em virtude do qual nasce, modifica ou extingue uma situação ou relação jurídica”. (GOMES, 2006, p. 337, grifo do autor).

³⁶ Para o estudo proposto, importa apenas o conceito de alienação concernente à transferência de bens e direitos, a título gratuito ou oneroso.

³⁷ “Propriedade Resolúvel – O direito pelo qual uma coisa pertence a alguém, instituída mediante cláusula resolutória, e tem como característica a possibilidade de ser revogada, passando a propriedade ao antigo dono. A propriedade resolúvel não tem, portanto, caráter permanente”. (GUIMARÃES, 2010, p. 193).

Em síntese, fato jurídico é todo o fato humano, ou não, voluntário ou natural, capaz de produzir efeitos jurídicos a partir de uma anterioridade de estrutura jurídica, e que tenha aptidão de criar, modificar ou extinguir direitos e/ou obrigações. Portanto, um desastre natural, um contrato de obrigações entre as partes, e, ainda um ato ilícito, são fatos jurídicos, pois produzem efeitos no âmbito do ordenamento.

Para facilitar o entendimento e as diferenças entre fato jurídico e ato jurídico, mostra-se interessante a classificação de Venosa (2010), explicando que Fatos jurídicos em sentido amplo são todos os fatos capazes de criar, modificar ou extinguir direitos, seja por meio de ação humana voluntária ou involuntária, ou, por decorrência de eventos naturais. No entanto, esclarece que os acontecimentos naturais que geram efeitos jurídicos são chamados de fatos jurídicos em sentido estrito. Enquanto isso, os fatos advindos de ação humana, com ou sem a intenção de ocasionar conseqüências jurídicas ou negociais, são os denominados **atos jurídicos**, que podem ser lícitos ou ilícitos.

Preocupa-se, o autor, em destacar que os atos que não tenham a intenção de gerar conseqüências jurídicas, embora o façam, são aqueles conhecidos como atos jurídicos meramente lícitos, enquanto os atos praticados pela pessoa com a intenção específica de gerar efeitos jurídicos, adquirindo, resguardando, transferindo, modificando ou extinguindo direitos são chamados de negócio jurídico, que será objeto de análise no próximo item. Quanto aos atos ilícitos, propriamente ditos, não é pretensão analisá-los profundamente, salvo o que couber nas classificações de vícios, que será vista adiante.

4.1.1 Conceito de negócio jurídico

Existem duas principais correntes a respeito do ato jurídico. A unitária entende que o ato jurídico não se divide, sendo compreendido tanto o que decorre única e exclusivamente da lei, quanto o decorrente da manifestação de vontade das partes. Em contrapartida, teoria dualista divide o ato jurídico em estrito senso e negócio jurídico. (MEIRELES, 2007).

Ato jurídico em senso estrito, de acordo ainda com Meireles (2007), é aquele em que o ato de vontade resigna-se à disposição da lei, cumprindo especificamente o que ela determina, sem a possibilidade de alteração, mas, apenas cumprimento da lei. Já no negócio jurídico, os elementos de vontades das partes, direcionados ao cumprimento da lei, porém, com livre disposição a respeito do conteúdo, por óbvio, sempre nos limites legais.

Segundo a mesma autora, o Código Civil inovou ao abraçar a teoria dualista do ato jurídico, inserindo o negócio jurídico como ápice da autonomia privada e submetendo-o à manifestação de vontade das partes, que deverão arcar com as consequências deste ato volitivo.

Reafirmando a posição acima exposta, Gonçalves (2012, p. 260, grifo do autor) descreve: “A expressão ‘negócio jurídico’ não é empregada no Código Civil no sentido comum de operação ou transação comercial, mas como uma das espécies em que se subdividem os **atos jurídicos lícitos**”.

Explica ainda o mesmo autor, que nos negócios jurídicos, a manifestação das vontades tem finalidade negocial, portanto, todo ato lícito, proveniente da manifestação de vontade das partes, com objetivo de resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, de forma imediata, é denominado atualmente, negócio jurídico. Embora a regra dos negócios jurídicos seja a bilateralidade de condutas, existem negócios jurídicos unilaterais, ou seja, uma única manifestação de vontade, como por exemplo, o testamento, a confissão de dívida, e a renúncia da herança.

4.1.2 Elementos, requisitos e efeitos do negócio jurídico

Primeiramente é necessário verificar os elementos de formação, existência ou validade do negócio jurídico.

Carvalho (2009) classifica os elementos e requisitos do negócio jurídico em três espécies, explicando-os em conjunto e dotados do mesmo significado:

a) A primeira diz respeito aos **elementos essenciais ao negócio jurídico**, figurando no plano da existência, da validade e da eficácia em sentido estrito. Quanto ao plano da existência, verificam-se a necessidade da declaração ou manifestação de vontade, a individualização do sujeito, a materialidade do objeto e as causas, que é o que permite a identificação e distinção do negócio jurídico em relação aos demais.

No plano da validade, os elementos são a existência de agente capaz, a legitimação para figurar como parte do negócio, a licitude e possibilidade do objeto, assim como o fato de este ser determinado ou determinável, a existência de formas solenes ou não proibidas pela lei e a ausência de vícios.

Por fim, no plano da eficácia em sentido estrito, descreve o mesmo autor, que ocorre quando o negócio jurídico existe é válido no plano jurídico, porém, por motivos

supervenientes a sua formação, ainda não produz efeitos, em função, por exemplo, de termo ou condição prevista.

b) A segunda classificação é, pelo autor, denominada de **elementos naturais do negócio jurídico**. São aquelas que estão inseridas intrinsecamente em alguns negócios, como por exemplo, a garantia de indenização em caso de evicção, nos contratos de compra e venda, pois ainda que o instrumento disponha em contrário, o evicto terá direito a receber de volta, no mínimo, o que pagou pelo bem, se não sabia dos riscos, ou, se não os assumiu expressamente. Não são, contudo, imprescindíveis à formação e validade do negócio.

c) A terceira e última classificação proposta pelo autor é chamada de **elementos acidentais**, que são aqueles não imperativos ao conteúdo do negócio jurídico, porém, uma vez inseridos, a partir da vontade dos declarantes, influenciam definitivamente na eficácia do negócio. Seriam as cláusulas contratuais não obrigatórias que as partes inserem no contrato, como por exemplo, uma cláusula resolutiva, termo, encargo ou condição, mas, uma vez acordado de tal maneira, elas devem ser observadas indispensavelmente.

Contrapondo a classificação acima, Gomes (2006) afirma que os elementos do negócio jurídico se encontram no plano da existência, enquanto os requisitos estão inseridos no plano da validade.

Na tentativa de simplificar o entendimento, adota-se a classificação de Gomes (2006), que define:

Os elementos do negócio jurídico foram assim divididos: 1) elementos essenciais ou gerais intrínsecos: forma, objeto e circunstâncias negociais; e extrínsecos: tempo lugar e agente; 2) elementos categoriais inderrogáveis e derogáveis; 3) elementos particulares: condição, termo e encargo. (GOMES, 2006, p. 358, grifos do autor).

Atendendo a classificação do autor supracitado, é preciso destacar que cada um destes elementos deve preencher determinados requisitos para tornarem-se válidos.

No concernente à forma, o Código Civil, em seu artigo 107, é claro ao afirmar a inexigibilidade da mesma, salvo em casos específicos que a lei defina, portanto, em regra, sua forma é livre. Já no que se refere ao objeto, este deverá ser lícito, possível, determinado ou determinável. A licitude do objeto se substancia naquele que não contrarie a ordem jurídica, os bons costumes e a ordem pública. O elemento circunstâncias negociais, segundo o autor, não possui requisitos próprios, já que se trata do elemento caracterizador da própria essência do negócio. Quanto ao tempo e lugar, este são elementos/requisitos que podem ser definidos pelas partes, ou seja, alguns negócios podem estipular a sua ocorrência em lugar e tempo futuros, por exemplo. Para o elemento agente, cumpre a obrigatoriedade da capacidade e legitimidade, devendo este ser plenamente capaz para o exercício do ato e ter legitimidade,

não se encontrando impedido, como é o caso, por exemplo, do tutor proibido por lei de adquirir bens do tutelado. (GOMES, 2006).

Os elementos categoriais derogáveis são aqueles que podem ser afastados pelas partes sem alterarem a substância do negócio e não possuem requisitos específicos, por não serem obrigatórios. Já os elementos de categorias inderrogáveis devem obedecer ao que determina a lei, não podendo ser afastados pela vontade das partes. Exemplo fácil de compreensão é a escritura pública de doação que é ato gratuito. Se estipulado valor monetário para a transferência, não há que se falar em doação, mas sim em compra e venda. (GOMES, 2006).

Finalmente, os requisitos da condição, termo e encargo devem cumprir as exigências de possibilidade, legalidade e existência, segundo o mesmo autor. Ou seja, devem ser possíveis de cumprimento, físico e intelectualmente; o termo, por exemplo, deve ser uma data existente, por isso, se houver negócio que estipule data de início da obrigação para trinta de fevereiro, conclui-se pela inexistência de vontade de contratar, uma vez que tal data não existe em nosso calendário; e, não deve, por exemplo, o encargo, ser qualquer ato ilícito, impossível ou que possa prejudicar a liberdade dos obrigados.

Em se tratando dos **efeitos**, estes se encontram, ainda de acordo com Gomes (2006), no plano da eficácia, sendo considerados, sob o aspecto jurídico, a completa realização da pretensão das partes no momento da manifestação de suas vontades.

Pode ocorrer de um negócio válido não gerar efeitos, como é o caso da condição suspensiva que não ocorre. Também é possível que negócios inválidos gerem efeitos, como por exemplo, o casamento putativo, em que os efeitos já existentes são mantidos. Como regra geral, ocorrendo a nulidade do negócio, este sequer chega a ser inserido no plano da eficácia, pois é como se nunca houvesse existido, tendo fulminado antes de gerar efeitos. Se, contudo, o negócio for passível de anulabilidade, ao invés de anulação, ainda que inválido, poderá se convaler, tornando-se válido e eficaz. (GOMES, 2006).

Cumprido frisar que a vontade das partes, uma vez declarada, cria obrigação entre estas, e, também, possíveis obrigações em relação a terceiros. Além disso, em caso de silêncio, o artigo 111 do Código Civil determina que este deva ser considerado como anuência, desde que a lei não traga a exigência da declaração de vontade em forma expressa. (BRASIL, CC, 2013).

Em relação à interpretação das manifestações volitivas, esta deve ser feita sempre com base na boa-fé e nos costumes do local onde o negócio jurídico for celebrado, devendo, a renúncia e os negócios benéficos, seguirem a interpretação literal. (BRASIL, CC, 2013).

4.2 VÍCIOS DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Vícios são defeitos que denigrem o ato jurídico em seu componente mais importante, a manifestação de vontade, atingindo-a, ou, gerando repercussão social, que tornam o negócio possível de sofrer ação anulatória ou declaratória de nulidade, em caso de interesse e manifestação de terceiro prejudicado. (TARTUCE, 2009).

Leciona Gonçalves (2010) que o Código Civil, no artigo 171, II, regula seis defeitos do negócio jurídico, que seriam anuláveis, sendo eles: erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude contra credores. Os cinco primeiros são chamados de vícios de consentimento, por provocarem manifestação volitiva em dissonância com a real intenção do agente.

A fraude contra credores não corresponde a conflito de manifestação, mas sim, à exteriorização de vontade com o intuito de prejudicar terceiros. É considerada, juntamente com a simulação, vício social, pois ambas intentam ludibriar terceiros e/ou violar a lei. Contudo, é preciso atentar para o fato de que a simulação não encontra previsão legal no mesmo capítulo que trata de defeitos do negócio jurídico, e sim, no que se refere a validade do negócio, considerando nulos aqueles assim praticados, exceto os dissimulados, que, em caso de serem válidos em substância e forma, podem convalescer. (GONÇALVES, 2010).

Entende-se necessário destacar, ainda, o abuso de direito, porém, este não é considerado defeito do negócio jurídico, mas sim ato ilícito. Assim sendo, o abuso de direito na sociedade conjugal não é fato deveras extinto, conforme se almeja, podendo, em algumas circunstâncias, gerar desequilíbrio no patrimônio dos cônjuges ou companheiros. De qualquer forma, não se estudará detalhadamente tal instituto, sendo necessário, apenas, esta breve explanação, para constar que há quem o classifique como defeito do negócio jurídico, embora a legislação o equipare a ato ilícito.

4.2.1 Erro e ignorância

O Código Civil equipara, para todos os efeitos, o erro e a ignorância, portanto, só é possível encontrar a distinção entre as duas nomenclaturas na doutrina. Quando se verifica a existência de defeito, em decorrência da falsa idéia de realidade, se está diante do erro. Ao contrário, quando o vício ocorre em função de total desconhecimento da situação real, o negócio jurídico se encontra defeituoso pela ignorância. (GONÇALVES, 2010).

Explica Tartuce que “o erro é um engano fático, uma falsa noção, em relação a uma pessoa, ao objeto ou a um direito, que acomete a vontade de uma das partes que celebrou o negócio jurídico”. (2009, p. 362).

O autor supracitado acredita na teoria de que o erro não carece mais de discussão quanto ao fato de ser justificável, ou não, sendo necessário somente, àquele que recebe a manifestação de vontade, o conhecimento do vício, e, que o manifestante da vontade seja considerado homem médio. Com tal posicionamento, conclui pela aproximação entre os conceitos de erro e dolo. (SIMÃO, 2007 apud TARTUCE, 2009, p. 363).

Destaca ainda, o autor, que erro e ignorância merecem o mesmo tratamento legal, uma vez que a última é o desconhecimento total do objeto constante do negócio jurídico, enquanto o primeiro trata da falsa compreensão sobre certa pessoa, objeto ou direito. Para ele, nos dois casos a pessoa comete determinado engano sozinha, seja de forma parcial ou total, pois é ela quem desconhece ou se confunde no que diz respeito à negociação.

O artigo 139 do Código Civil determina a anulabilidade³⁸ do negócio jurídico nos casos em que o erro ou a ignorância sejam substanciais, ou, essenciais, no que se refere à natureza do negócio, à pessoa, ao objeto ou ao direito envolvidos no ato, desde que possível a verificação por pessoa de diligência normal. (BRASIL, CC, 2013).

Entende-se que tanto o erro quanto a ignorância não invalidam o negócio jurídico, uma vez que o receptor da manifestação de vontade, reconhecendo o vício, ofereça-se para retificar o ato conforme a vontade real do manifestante. (BRASIL, CC, 2013).

4.2.2 Dolo

Ao se falar em dolo é comum surgir o pensamento de prejuízo a uma das partes envolvidas em determinada negociação. Desta forma, considera-se dolo “o artifício ardiloso empregado para enganar alguém, com intuito de benefício próprio”. (TARTUCE, 2009, p. 367). Gonçalves (2010) inclui em seu conceito, além do benefício ao praticante do ato, a possibilidade de ser considerado dolo o benefício em favor de terceiros.

O dolo ocorre por ação ou omissão de uma das partes. Enquanto a primeira se refere a ato praticado por alguém para auferir vantagem para si ou para outrem, a última diz respeito ao silêncio intencional da parte que com ele se beneficia. Em havendo evidências de que o prejudicado no ato jurídico não concretizaria o negócio, se soubesse da intenção omissa,

³⁸ Anulabilidade se refere aos negócios que possam ser ratificados pelas partes, ou pelo magistrado, convalidando o ato jurídico.

este pode ser considerado nulo, conforme preceitua o artigo 147 do Código Civil, em obediência ao princípio da boa-fé. (GONÇALVES, 2010).

Se as duas partes envolvidas praticarem ato, ou omitirem informação relevante que não resultasse na celebração do negócio, se está diante do dolo bilateral. Assim sendo, nenhum deles poderá alegar vício almejando a anulação do ato jurídico, e, nem ao menos reclamar indenização, vez que não é admissível valer-se da própria torpeza. (BRASIL, CC, 2013).

4.2.3 Coação e estado de perigo

Gonçalves (2010) e Gomes (2006) entendem que coação é o ato pelo qual o negócio jurídico tem impedida a livre manifestação de vontade, valendo-se para isto, a parte contrária, ou terceiro, de violência psicológica, também chamada de coação relativa ou moral, enquanto a coação física seria a absoluta. Ambos manifestam suas opiniões no sentido de que se houver coação física, não há que se falar em nulidade do ato, mas sim inexistência do negócio jurídico, pois, se estaria diante da ausência total de manifestação de vontade [principal elemento dos negócios jurídicos].

Contrapondo esta teoria, Tartuce (2009) insiste na violência física como forma de coação da classificação absoluta, gerando a nulidade do negócio. Traz como exemplo duas situações. Na primeira, o vendedor de um imóvel seria espancado, e, estando em estado de inconsciência, fosse coagido a assinar determinado contrato. Na segunda, uma pessoa sob efeitos de hipnose adquiriria certo bem.

A legislação vigente não especifica a violência a ser praticada, valendo-se, no artigo 150 do Código Civil, apenas do termo coação, e exigindo fundado temor de dano iminente à pessoa do declarante, seus bens ou a sua família. Portanto, compreende-se que o dano precisa ser atual ou iminente, considerável e em detrimento da segurança ou saúde do paciente³⁹, de seus familiares, ou para garantir a manutenção de seus bens. Em se tratando de violência que atinja pessoa não pertencente ao grupo familiar, o juiz decidirá, de acordo com o caso concreto, se houve, ou não, a efetiva coação. (BRASIL, CC, 2013).

Entendendo-se que a coação ocorre com o emprego de violência para alcançar determinado fim, ou seja, a manifestação de vontade contrária a real intenção do manifestante, fica fácil diferenciá-la do estado de perigo. Neste último, não ocorre constrangimento de uma

³⁹ Termo utilizado pelo legislador para denominar aquele que se obriga à prática de determinado ato em função da coação.

das partes contratantes com o intuito de obrigar a outra à prática de qualquer ato. Há, por fim, apenas o conhecimento de uma pessoa da situação de risco da outra, ou de algum membro de sua família, que, aproveitando-se de tal situação impõe-lhe obrigação excessivamente onerosa.

Em suma, ocorre o estado de perigo quando alguém, para salvar a si, ou a alguém de sua família, de grave dano conhecido por outrem, compromete-se com este último em obrigação que resulte num ônus em excesso. Há que se atentar para o fato de que o beneficiário da situação não é o seu causador.

Gonçalves (2010) traz como exemplo o caso de alguém que esteja se afogando, e, desesperado, prometa todo seu patrimônio para ser salvo. Afirma o autor, que o estado de perigo se equipara ao estado de necessidade.

Tartuce (2009) e Gonçalves (2010) entendem não ser correta a anulação do negócio jurídico provido de tal vício de consentimento, mas sim, a revisão do contrato de prestação obrigacional, até mesmo para se evitar o enriquecimento ilícito e/ou o empobrecimento desmedido dos envolvidos.

4.2.4 Lesão

Ocorre lesão, de acordo com o artigo 157 do Código Civil, quando o contraente, sob necessidade premente, ou ainda, por falta de experiência, contrai obrigação desproporcional, de forma manifesta, em relação à prestação da parte contrária. (GONÇALVES, 2010).

Observa-se que o componente central da desproporção negocial deve ser manifesto, sendo, este, o elemento objetivo da lesão. O elemento subjetivo reside na inexperiência ou necessidade premente do prejudicado na relação.

É preciso atentar para o fato de que a legislação vigente não exige, daquele que se beneficia, o conhecimento da situação lesiva ao prejudicado.

A diferença, da lesão para o estado de perigo, é que neste o indivíduo que se encontra em estado de necessidade assume uma prestação de dar ou fazer, sempre em função de uma a contraprestação apenas de fazer, residindo, em regra, no campo dos contratos aleatórios, podendo ser, inclusive, proveniente de contratos unilaterais. Não se permite, no estado de perigo, a suplementação da contraprestação. (GONÇALVES, 2010).

Ao contrário, na lesão, esta é sempre resultado de contratos comutativos, admitindo, portanto, a suplementação da prestação. Ademais, nesta, não se exige a ciência da

parte contrária para caracterizá-la, enquanto no estado de perigo há tal exigência. Poderá, em caso de lesão, aquele que sofreu o dano, optar pela anulação do negócio, ou, pela revisão do contrato. Pode, ainda, a outra parte, optar pelo suplemento da contraprestação manifestamente desproporcional, ainda que o lesado decida pela anulação. (GONÇALVES, 2010).

Quando, além da inexperiência e necessidade, a lei exige o dolo de aproveitamento da parte beneficiada, se está diante da lesão usuária ou real. É chamada de lesão especial, enorme, ou simplesmente lesão, quando a lei não verifica a existência, ou não de má-fé, apegando-se ao simples fato da vantagem desproporcional manifesta. (GONÇALVES, 2010).

4.2.5 Fraude

O vício social da fraude contra credores é a prática de ato com o intuito de prejudicar estes. Sua disciplina encontra guarida no direito das obrigações, e, segundo o princípio da responsabilidade patrimonial, o devedor responde com seu patrimônio econômico pelas prestações a que se compromete. (GONÇALVES, 2010).

Quando o devedor se desfaz de seus bens, de forma intencionalmente maliciosa, com o intuito de descumprir a obrigação assumida, ao ponto de não poder arcar com o pagamento das dívidas contraídas com seus credores, por entrar em situação de insolvência, se está diante da fraude contra credores. (GONÇALVES, 2010).

Esclarece o autor supracitado, que, em havendo fraude, o credor só logrará êxito na ação de anulabilidade da alienação⁴⁰, caso comprove a má-fé do terceiro adquirente na intenção fraudulenta, ou seja, o conhecimento, pelo terceiro adquirente, da situação de insolvência do devedor alienante. O simples fato de conhecer da insolvência, no entanto, é suficiente, não sendo necessária a comprovação de conluio. Necessário se faz destacar que o autor da ação anulatória tem o ônus da prova de má-fé no negócio jurídico entre o devedor e o terceiro.

Destaca ainda o mesmo autor, que a fraude ocorre não apenas nas transmissões a título oneroso, mas, também naquelas a título gratuito, referente à remissão de dívida e pagamento antecipado de dívida vincenda.

⁴⁰ As ações cabíveis são as chamadas paulianas ou revocatórias. (GONÇALVES, 2010).

4.2.6 Simulação

Valendo-se, ainda, da obra de Gonçalves, e tendo como último vício, na classificação proposta, observa-se como conceito de simulação a “declaração falsa, enganosa, da vontade, visando aparentar negócio diverso do efetivamente desejado” (2010, p. 176).

Ocorre a simulação, portanto, conforme o autor em destaque, quando existe combinação entre os contratantes com a intenção de demonstrar efeito diferente daquele que o negócio possui realmente. Em regra, a vítima da simulação é estranha a uma das partes, sendo considerado vício social por objetivar a ilusão desta, ou, violar a lei.

Na simulação absoluta, as partes não realizam, efetivamente, negócio algum, mas apenas fingem realizá-lo com o intuito de enganar terceiro, subtraindo o patrimônio do devedor para evitar execução ou partilha. (GONÇALVES, 2010).

Na simulação relativa, tem-se a figura da dissimulação, onde para realizar determinado negócio, que realmente se deseja, anteriormente, se pratica outro ato dissimulado, tentando ocultar o primeiro. Gonçalves (2010) traz como exemplo o homem casado que pretende doar determinado imóvel à concubina, mas, para que não se possa descobrir tal intento, primeiramente simula a venda a um amigo, e, este, posteriormente efetua a transferência a real destinatária do bem. Aqui se está diante da simulação por interposição de pessoa. Cita, também, o autor, o exemplo das partes, que ao elaborarem contrato ou escritura de transferência de bem imóvel o fazem por valor abaixo do real, pretendendo burlar o fisco, pagando imposto inferior ao que deveriam. Neste caso, tem-se a simulação por ocultação da verdade.

Explica o autor, que “*simulação* não se confunde, pois, com *dissimulação*, embora em ambas haja o propósito de enganar. Na simulação, procura-se aparentar o que não existe; na dissimulação, oculta-se o que é verdadeiro.[...]”. (GONÇALVES, 2010, p. 177, grifos do autor).

O ordenamento jurídico não regula este tipo de vício social como algo passível de mera anulabilidade, mas, que traz como consequência, quando presente, a nulidade do negócio jurídico, quer por simulação absoluta, quer por relativa, sempre ressalvados os direitos de terceiros de boa-fé.

4.3 ABUSO DE DIREITO

O abuso de direito encontra-se disciplinado no campo dos atos ilícitos, ainda que não se trate de ilicitude no sentido estrito da palavra.

Embora não haja, nestas situações, violação ao objeto da lei, o agente se excede no cumprimento de seus direitos, prejudicando outrem. Ou seja, quando aquele que pratica o ato, previsto em lei, exorbita o direito disciplinado, desviando-se da boa-fé, moral, bons costumes e finalidade social e econômica, gerando efeitos danosos e/ou ilícitos a alguém, se está diante de abuso de direito. (VENOSA, 2010; GONÇALVES, 2010).

A comparação entre abuso de direito e ato ilícito encontra fundamentação legal nos artigos 186 e 187 do Código Civil, os quais não trazem a comprovação de culpa como requisito imprescindível na caracterização do excesso praticado no direito previsto, bastando que se desviem as finalidades a que o ato se propunha. (BRASIL, CC, 2013).

Expõe Gonçalves: “[...] a jurisprudência, em regra, e já há muito tempo, considera abuso de direito o ato que constitui o exercício egoístico, anormal do direito, sem motivos legítimos, nocivos a outrem, contrários ao destino econômico e social do direito em geral”. (2010, p. 193).

Para a pesquisa proposta, necessário se faz concentrar a análise do abuso de direito no âmbito da sociedade conjugal. Tem-se, como exemplo de abuso de direito na seara da família, conforme Venosa (2010), o poder marital, em épocas em que a mulher não detinha os mesmos direitos que o homem, e estava sujeita ao arbítrio do poder do marido ou companheiro, conforme já citado anteriormente.

Premente se mostra destacar que embora homem e mulher, no atual ordenamento, encontrem-se em pé de igualdade na administração da sociedade conjugal, não se baniu completamente a visão de que o chefe de família seja o homem, incumbido do dever de definir as diretrizes acerca da manutenção da entidade familiar.

Há que se atentar, porém, para o fato de que, na sociedade moderna, muitos casais optaram por inverterem as situações outrora comuns, sendo hoje, em alguns casos, a mulher responsável pela manutenção da economia doméstica, enquanto o homem permanece no recôndito do lar, assumindo as funções anteriormente designadas de competência feminina.

Ante o exposto, pretende-se alertar para o fato de que os pares da sociedade conjugal possam estar sujeitos ao abuso de direito, seja pelo domínio administrativo dos bens a encargo apenas de um dos cônjuges ou companheiros, seja pelo excesso de confiança.

5 VÍCIOS DE ALIENAÇÃO NA SOCIEDADE CONJUGAL

Após estudo do instituto da sociedade conjugal, com visão adaptada segundo o novo olhar sobre o direito de família, e breve análise do instituto do negócio jurídico e seus defeitos, pretende-se, neste capítulo, situar o leitor nas possibilidades de ocorrência dos referidos vícios, bem como abuso de direito, nas relações afetivo-conjugais.

É fato que houveram alterações importantes no ordenamento jurídico, concedendo-lhe maior segurança, porquanto, seria exatamente este o objetivo proposto. Contudo, estas mesmas modificações e a própria evolução social permitem inúmeras formas de se auferir vantagens pessoais, muitas vezes, à custa de prejuízo alheio, especialmente quando findos os laços que mantinham a sociedade conjugal e os vínculos sentimentais.

Em função disso, o presente capítulo traz à tona o tema central da pesquisa, com ênfase para os diferentes tratamentos legais que recebem os bens imóveis dos não imóveis, pertencentes ao patrimônio da sociedade conjugal, destacando-se as sociedades empresariais como bens móveis de expressivo valor pecuniário, posto que, estas diferentes maneiras de disciplinar as classes de bens culminam, não raras vezes, em danos a uma das partes na relação.

5.1 A VÊNIA CONJUGAL E A ALIENAÇÃO DE BENS E DIREITOS

Para desenvolvimento do tema proposto torna-se essencial explicar a utilização do termo vênia conjugal.

Em outras épocas, apenas a expressão outorga uxória tinha importância, especialmente para identificar a necessidade de anuência de um dos cônjuges aos atos praticados pelo outro. Tal expressão resumia-se à autorização da mulher quanto ao exercício dos atos do cônjuge varão. Por óbvio, assim ocorria pelo fato de a mulher não possuir, até então, capacidade absoluta, necessitando, em regra, do aval do marido para quaisquer atos da vida civil.

Assim, introduziu-se, aos poucos, o termo outorga marital, identificando a necessidade da anuência do marido para os atos praticados pelo cônjuge virago, bem como para alienação dos bens trazidos pela mulher, ao matrimônio, quando da existência do extinto regime dotal, que encontrava disciplina no Código Civil revogado. (RIZZARDO, 2004).

Atualmente, o judiciário tem utilizado, com habitualidade, vênia conjugal, para determinar a necessidade tanto da outorga uxória quanto marital. Ademais, a palavra vênia

tem, por si só, o significado de permissão, licença, autorização, dentre outros. (GUIMARÃES, 2010).

O Código Civil atual traz, em seus dispositivos legais, somente a palavra outorga, tanto ao tratar da uxória quanto da marital. Contudo, sempre que a norma trouxer tal expressão, leia-se vênua, sem qualquer distinção de sexo, visto que, conforme tratado no primeiro capítulo, as uniões entre pessoas de mesmo sexo são equivalentes as de sexos distintos, permitindo-se, inclusive, em decisões e alterações legais recentes, a conversão de tais uniões em casamento civil.

Na intenção de situar o leitor, demonstrando com maior praticidade o que se busca comprovar com o referido tema, urge a análise de alguns dispositivos legais do Código Civil Brasileiro.

Para tanto, necessária sua transcrição:

Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;

III - prestar fiança ou aval;

IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada.

Art. 1.648. Cabe ao juiz, nos casos do artigo antecedente, suprir a outorga, quando um dos cônjuges a denegue sem motivo justo, ou lhe seja impossível concedê-la.

Art. 1.649. A falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária (art. 1.647), tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal.

Parágrafo único. A aprovação torna válido o ato, desde que feita por instrumento público, ou particular, autenticado. (BRASIL, CC, 2013).

Independente do regime patrimonial, pactuado ou aplicado por norma cogente, os cônjuges, salvo no regime da separação absoluta de bens [neste caso mais especificamente da convencionada em pacto antenupcial], deverão observar os dispositivos legais supra mencionados.

Em análise aos referidos artigos, identifica-se a proteção peculiar que o direito atribui aos bens imóveis que integram o patrimônio conjugal. Não contando, porém, os bens e direitos não imóveis, com a mesma proteção, uma vez que não se exige a vênua conjugal para a alienação destes.

Rizzardo (2004) entende que as regras limitadoras têm como escopo restringir o poder administrativo dos bens que integram o patrimônio comum do casal, pois, embora a Constituição e o Código Civil determinem a igualdade entre estes, não raras vezes a administração da sociedade conjugal se concentra nas mãos de apenas um dos cônjuges ou

companheiro, tanto nas situações previstas no Artigo 1.570 do Código vigente quanto em situações corriqueiras em que um dos consortes entrega ao outro poderes para tanto. Pode, um deles, valendo-se de tal faculdade, praticar desmandos e atos eivados do chamado abuso de direito, levando, em alguns casos, o patrimônio econômico do casal, ou de apenas um deles, à ruína.

As normas protetivas, que de certa forma intervém no mundo particular dos cônjuges ou companheiros, servem, dentre tantas coisas, para resguardá-los de si mesmos, e de seus rompantes emocionais ou falta de conhecimento quanto a certos assuntos, evitando-se a dilapidação do patrimônio familiar em nome da confiança absoluta na conduta do outro, que nem sempre ocorre com a lisura esperada. (RIZZARDO, 2004).

Percebe-se que as principais normas limitadoras, no que se refere à administração e disposição dos bens constantes da sociedade conjugal, estão expressas no artigo 1.647 do Código em vigor, embora o legislador tenha tratado com maior cautela o patrimônio composto pelos bens imóveis, motivo pelo qual se entende de grande valia a discussão proposta.

As determinações legais constantes do artigo 1.647 do Código Civil, que se preocupam de forma acentuada com os bens imóveis, dando maior liberdade à administração dos demais bens de caráter patrimonial, resultam inúmeras vezes em demandas judiciais que seriam evitadas caso o legislador tivesse optado por conferir a estes últimos alguns cuidados especiais. Afinal, observa-se, atualmente, o crescimento de patrimônios particulares compostos, em sua grande maioria, de bens móveis, tão ou mais valiosos que os imóveis.

Confirmando este posicionamento, verifica-se:

[...] Considerando que o objetivo do legislador foi garantir a segurança e a harmonia da vida conjugal e a proteção do patrimônio familiar como um todo evitando-se prejuízo irreparável para um dos consortes, talvez fosse recomendável que o dispositivo legal em análise abrangesse também os demais bens familiares que tenham grande valor econômico (ações de empresas, títulos cambiários, joias, por exemplo). (CARVALHO FILHO, 2008 apud PEREIRA, 2012, p. 206).

No mesmo diapasão de idéias, Amin (2002) acredita não ser proveitosa a regra do artigo em questão, se, por certo, a intenção do legislador é conferir segurança econômica à família, evitando-lhe a diminuição do patrimônio conjugal, pois, conhecido é o fato de bens móveis, como por exemplo, um automóvel da marca Ferrari, chegar a valores tão expressivos que possam superar largamente o valor venal de um bem imóvel.

Destaca, a mesma autora, que além do inciso I do artigo 1.647 do Código Civil que dispensa a outorga, no regime da separação absoluta, para alienação de bens e gravames

dos bens imóveis, existem outras exceções que prescindem da vênua conjugal para tais atos, como por exemplo, a previsão do artigo 978 do mesmo diploma legal, que permite ao empresário casado, sem a outorga do cônjuge, alienar ou gravar de ônus, independentemente do regime de bens adotado, os imóveis que integrem o patrimônio da empresa.

Dias (2010, p, 222), citando Pereira, ([s.d]) considera perigosa a regra que permite ao empresário alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis da empresa sem a outorga do cônjuge ou companheiro, visto que tal liberdade abriria brechas para o desvio de bens de forma maliciosa, autorizando, assim, que se invoque o princípio da desconsideração da personalidade jurídica⁴¹ no momento da partilha patrimonial.

Outra situação em que a vênua conjugal é desnecessária encontra fundamentação no artigo 1.656 do Código Civil, no qual se tem a possibilidade de convencionar, através de pacto antenupcial quando do regime da participação final nos aquestos, a livre disposição dos bens imóveis particulares. (AMIN, 2002).

Observando semelhante preocupação no que se refere à diferença de tratamento dos bens imóveis em relação aos móveis, ressalta-se:

Talvez tivesse sido melhor exigir a outorga conjugal para alienação de bem "móveis" [sic] para cuja transferência não basta à tradição como a venda de quotas de empresa, de automóveis e outros. Já se vai longe o tempo em que os bens imóveis eram os mais valiosos. Hoje, muitas vezes papéis, como ações, têm muito maior repercussão econômico-financeira do que o bem imóvel. Por isso mesmo, dentro do novo mercado e da expressão que bens móveis podem ter, para segurança do meeiro, provavelmente teria sido boa opção ampliar para os bens móveis a exigência na sua transferência, da outorga conjugal. (GONTIJO, 2008, grifo da autora).

No que se refere à disparidade de tratamento, entre as duas classes de bens em destaque, resta compreendido não se tratar de preocupação isolada. Antes sim, há que se atentar para o fato de que os elaboradores das normas em evidência tenham sido descuidados, permitindo que constantes vícios, decorrentes de negócios jurídicos e excessos na prática do exercício regular do direito, dessem margem a desequilíbrios jurídicos em relação ao patrimônio da sociedade conjugal, com efeitos e envolvimento que, não raras vezes, atingem terceiros estranhos a relação do casal.

Mostra-se imprescindível, a seguir, identificar os vícios e atos ilícitos mais comuns, decorrentes da inexigibilidade de vênua conjugal para alienação de bens móveis, com ênfase às sociedades empresariais, que na realidade atual, configuram grande parte do patrimônio dos cônjuges e companheiros.

⁴¹ A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, e sua aplicação no direito de família serão tratadas no item 5.3 deste capítulo.

5.2 VÍCIOS MAIS COMUNS EM RELAÇÃO ÀS SOCIEDADES EMPRESARIAIS

Conforme já dito anteriormente, as sociedades empresariais⁴² têm se destacado no que se refere ao patrimônio conjugal, com valores de grande monta, chegando, inclusive a superar, em muito, os bens imóveis que compõem o acervo familiar.

Antes de adentrar aos vícios mais comuns na partilha do patrimônio das sociedades empresariais, quando da extinção da sociedade conjugal, é preciso que se situe o leitor quanto às duas formas de constituição de sociedade, ou seja, sociedades de pessoas e sociedades de capitais.

Nas **sociedades de pessoas**, além de estar voltada para o fim social, também se tem como regra inafastável a confiança e a colaboração mútua entre os sócios, o que se conhece como *affectio societatis*. Em regra, o estatuto social deste tipo de empresa traz cláusulas que, por exemplo, impossibilitam a entrada de terceiros na sociedade, salvo por concordância dos demais sócios, bem como, é possível estipular que, em caso de sucessão, os herdeiros são ressarcidos pelas cotas [ou quotas] do sócio, não adentrando, contudo, no âmbito da sociedade. Tem-se como exemplo deste tipo de sociedade as puramente simples, as sociedades em comandita simples e as sociedades em nome coletivo⁴³. (VIDO, 2012).

A contrário senso, de acordo com Vido (2012), nas **sociedades de capital** a relação de confiança entre os sócios não é elemento imprescindível, sendo essencial apenas a manutenção do fim social a que esta se dispõe. De tal forma, é possível a livre entrada de terceiros na sociedade, tendo-se como principal exemplo as sociedades por ações.

Definidos os conceitos acima, é preciso ressaltar que a Pessoa Jurídica possui disciplina própria, não se misturando com os direitos e deveres das Pessoas Físicas que a compõe. Mostra-se, portanto, de grande valia destacar o que segue:

Embora quotas e ações possam compor o patrimônio comum dos cônjuges ou conviventes, não há comunhão na condição de sócio e, assim, nos direitos e deveres societários. A comunhão está restrita aos direitos patrimoniais decorrentes da participação societária. (MAMEDE, G.; MAMEDE, E., 2011, p. 53).

⁴² Quando a expressão sociedade empresarial for utilizada no presente trabalho deverá ser lida abrangendo tanto as sociedades empresariais quanto as sociedades simples.

⁴³ As sociedades simples são, em regra, exercidas por profissionais liberais, que têm como objeto os de natureza científica, literária ou artística. As sociedades em comandita simples seguem, no que couber, as regras da sociedade em nome coletivo. São duas as categorias de sócios: os comanditados, que podem ser apenas pessoas físicas, que respondem solidaria e ilimitadamente pelas obrigações sociais, e os sócios comanditários, que podem ser pessoas físicas ou jurídicas, e respondem às obrigações de forma limitada, na proporção de suas cotas. Por fim, as sociedades em nome coletivo os sócios respondem em proporções iguais e solidárias de forma ilimitada pelas obrigações, embora de forma subsidiária, pois primeiramente são atingidos os bens da pessoa jurídica, para posteriormente serem atingidos os bens particulares dos sócios. De modo geral, na prática, esta última forma de sociedade não existe. (VIDO, 2013).

Os autores supracitados destacam que, embora as ações e/ou quotas possuam valor econômico, devendo compor a partilha nos casos de dissolução da sociedade conjugal, os direitos e deveres decorrentes das participações e deliberações societárias estão restritos ao cônjuge sócio, sendo sequer necessária a vênua conjugal para o exercício dos atos pertinentes ao bom andamento da sociedade no cumprimento de suas finalidades sociais. Os cônjuges não sócios se mantêm apenas como cotitulares do patrimônio societário, estranhos às relações da Pessoa Jurídica da qual seu cônjuge ou companheiro é sócio, salvo em caso de provimento judicial.

Mostra-se mister destacar, ainda, que o Código Civil, em seu artigo 977, faculta a contratação de sociedade entre os cônjuges, exceto se casados sob o regime da comunhão universal ou separação obrigatória de bens. Lembrando que em caso de sociedade empresarial entre cônjuges ou companheiros, esta será regida pelas regras do direito societário, sem adentrarem ao âmbito do direito familiar. (BRASIL, CC, 2013).

Vistos os conceitos pertinentes ao bom andamento deste capítulo, serão abordados alguns exemplos de possibilidades de vícios nas sociedades empresariais que têm como objetivo causar danos ao cônjuge ou companheiro em detrimento de benefício próprio⁴⁴.

5.2.1 Manipulação na escrituração contábil

A legislação vigente, mais especificamente o artigo 1.179 do Código Civil, traz a exigibilidade de um sistema de contabilidade para as sociedades empresariais [lembrando que o termo sociedade empresarial é aqui aplicado tanto para as sociedades empresariais em sentido estrito quanto para as sociedades simples]. Este sistema contábil poderá ser mecanizado ou não, sendo exigido, contudo, que a escrituração dos livros contábeis seja uniforme, com arquivamento da documentação de movimento da empresa e que esta última corresponda aos atos anotados nos livros.

Os livros contábeis devem ser guardados e conservados em bom estado, bem como os documentos a que se referem, essencialmente até o decurso do prazo prescricional ou decadencial, devendo conter folhas numeradas sequencialmente, termo de abertura e de encerramento, além destes últimos serem assinados por seu administrador ou representante legal. Além disso, devem ser assinados também por contabilista legalmente habilitado, e,

⁴⁴ Para o estudo das possibilidades de incidência de vícios no patrimônio das sociedades empresariais será utilizada apenas a obra de Mamede, G.; Mamede, E., (2011), com título constante das referências bibliográficas deste trabalho.

salvo exceções legais, deverão ser autenticados junto ao Registro Público de Empresas Mercantis [Junta Comercial ou Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas] a que se submetem.

Destaca-se a utilização da língua portuguesa e o uso da moeda nacional para as anotações, e, acima de tudo, a ordem cronológica de dia, mês e ano, com a proibição de intervalos em branco, entrelinhas ou rasuras, ou até mesmo emendas nas margens, dificultando, ou impossibilitando a fraude na escrituração.

Por óbvio os erros humanos decorrentes de adequado manuseio no momento da escrituração deverão ser corrigidos, porém, com devido lançamento de estorno, conforme previsão legal.

Além da escrituração anual e mensal, em livros próprios, exige a lei, ainda, à existência de livro diário, que conterà a movimentação detalhada da sociedade que possa ensejar a modificação patrimonial do empresário. Deve ser oposta no livro diário a data da operação, em ordem rigorosamente cronológica, a descrição dos títulos de débitos e créditos, bem como seus valores, assim como a devida descrição dos dados que os geraram, como por exemplo, número de nota fiscal, cheques, dentre outros.

Todas estas exigências têm o cunho de evitar as incompatibilidades e atos fraudulentos, ou atentatórios à segurança do ordenamento jurídico como o abuso de direito, facilitando desta forma a devida verificação do patrimônio, especialmente através do balanço patrimonial e dos demonstrativos econômicos⁴⁵.

Com a evolução tecnológica, torna-se mais difícil a ocorrência de fraudes na escrituração contábil, porém, o pensamento arдил, em razão de benefício próprio, não raras vezes acaba por encontrar formas de burlar as exigências legais, negligenciando voluntariamente as movimentações societárias.

Segundo os autores, a escrituração contábil é, habitualmente, objeto de fraude, e por tal razão, o meeiro das cotas ou ações societárias pode, e deve, em pedido judicial, solicitar a exibição dos livros empresariais e sua auditoria através de profissional qualificado. Importante atentar para o fato de que a comprovação de atos fraudulentos se mostra complicada, restando, inúmeras vezes, impossível.

A fraude mais comum é aquela feita nos livros diários, que irá surtir efeitos no restante da escrituração contábil. Observa-se, neste sentido, a prática do conhecido caixa dois,

⁴⁵ Balanço patrimonial “é uma tradução numérica do patrimônio (universitas iuris) da atividade negocial [...]”. (MAMEDE, G.; MAMEDE, E., 2011, p. 78). Demonstrativos econômicos são as transcrições de lucros e perdas, ou seja, o demonstrativo dos créditos e débitos do empresário, bem como das mutações do patrimônio líquido, valores agregados à sociedade e fluxos de caixas. (MAMEDE, G.; MAMEDE, E., 2011).

onde são lançadas as transações informais, realizadas fora dos livros autenticados, e que têm como objetivo principal forjar as movimentações financeiras no intuito de ludibriar o fisco e lesionar os direitos do cônjuge ou companheiro.

Assim, os autores da obra em destaque escrevem:

A omissão ou manipulação de lançamentos contábeis pode produzir efeitos diversos, conforme a natureza do que se omitiu ou manipulou. Habitualmente, tais fraudes têm por finalidade ocultar resultados positivos, razão pela qual omitem-se operações de venda, e manipulam-se compras, superfaturando-as. Tais medidas alteram o balanço da empresa, reduzindo seus lucros, aumentando seus prejuízos ou, enfim, fazendo constar como prejuízo o que na verdade foi lucro. Via de consequência, o próprio valor da empresa é reduzido e, dessa maneira, o valor das participações societárias (quotas ou ações). (MAMEDE, G.; MAMEDE, E., 2011, p. 122).

O pedido de auditoria, nas contas e documentos, se mostra a iniciativa mais adequada, porém, a demonstração das dissonâncias entre a escrituração contábil e a documentação verificada não atestam por si só a existência do caixa dois, mas, apontam para a probabilidade de fraudes, sendo oportuno fazer o inventário completo das contas, talonários, estoque, e afins.

5.2.2 Fraudes no ativo circulante, no realizável a longo prazo e no ativo imobilizado

Tem-se como entendimento que o ativo circulante de uma empresa diz respeito “[...] ‘as disponibilidades, os direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente e as aplicações de recursos em despesas do exercício seguinte’”. (2011, p. 123, grifo dos autores). Em outras palavras, são os valores disponíveis em caixa, bem como os valores de depósitos bancários, aplicações financeiras com expectativa de retorno à curto prazo, títulos de créditos de recebimento imediato, como os cheques pós-datados, duplicatas a receber, etc., as dívidas e o estoque [no caso deste último, apenas dos bens que tenham por destino a venda imediata].

Enfatizam os autores que as fraudes mais frequentes neste tipo de ativo são aquelas ligadas às disponibilidades financeiras, como o fluxo de caixa e os movimentos bancários, em especial em face de sua liquidez. No que se refere às contas a receber, a fraude ocorre por meio da apropriação de títulos de créditos, especialmente em se tratando de cheques. Também são comuns os lançamentos de empréstimos aos funcionários e sócios, o desvio de estoque, dentre outras possibilidades. Apenas uma auditoria minuciosa, inclusive com confirmação junto aos devedores, é capaz de constatar tais fraudes.

É preciso destacar que quaisquer das fraudes apontadas neste título não configuram, em si, fraudes contábeis, mas não obstante, refletem na contabilidade da sociedade empresarial.

Os ativos realizáveis a longo prazo tratam de investimentos que se concretizam após o término do exercício seguinte⁴⁶, além dos empréstimos a sociedades coligadas ou controladas por diretores, acionistas ou participantes dos lucros da sociedade empresarial, como venda, adiantamento e mútuo, a não ser que se trate de negócios habituais de exploração do objeto desta. A fraude ocorre quando se forja uma transação com esta empresa coligada, o que nem sempre é passível de comprovação. Há, ainda, o possível investimento em títulos, como marcas e patentes que não estejam ligadas ao objeto da empresa, e, ainda os títulos da dívida pública.

A supervalorização, ou subvalorização dos títulos, que ocorre com base no valor de aquisição destes, e seu real valor de mercado, trazem os mais diversos resultados no balanço patrimonial, sendo possível a concretização de fraude nestas situações. Destaca-se que “[...] sobrevalorizando os investimentos, compensam-se, no resultado final, os desfalques em outras rubricas [sic], como no ativo circulante, a incluir depósitos bancários, aplicações de curto prazo e estoque”. (2011, p. 127). Já ao contrário, a subvalorização cria a chamada reserva oculta de capital, ou seja, escondem-se na escrituração contábil as disponibilidades efetivas da empresa, em regra, diminuindo o seu valor patrimonial, e podendo gerar danos a direitos de outrem, mais especificamente dos cônjuges e companheiros.

No que se refere ao ativo imobilizado, este é composto, em regra, pelos direitos derivados de bens corpóreos, destinados à manutenção das atividades da sociedade empresarial, como por exemplo, a propriedade imóvel utilizada nas atividades da empresa, as ferramentas, veículos e maquinários que se destinem ao objeto empresarial. Ao se desfazer do ativo imobilizado o empresário pratica o chamado esvaziamento do patrimônio societário, que não constitui fraude contábil, mas sim administrativa.

Os autores em destaque explicam que o meeiro tem contra si o fato de que a alienação do ativo imobilizado, bem como dos demais bens da sociedade empresarial, não carecem de vênua conjugal, nem mesmo nas situações onde o litígio já se faça presente, salvo determinação judicial em contrário. Portanto, as alienações são válidas e eficazes, cabendo ao cônjuge ou companheiro prejudicado requerer indenização do valor percebido. Contudo, a alienação do ativo imobilizado corresponde à baixa do mesmo, sendo que não raras vezes se tem a escrituração de tal ato por valor bem inferior ao realmente transacionado. Além da

⁴⁶ Não se consideram de longo prazo as atividades empresariais com ciclos operacionais que superem o exercício, como por exemplo, a empresa rural que se dedique ao plantio e até a safra supere o prazo de um ano; assim como as empresas de reflorestamento, que possuem ciclo operacional ainda superior. Nestes casos, os ativos são considerados circulantes, e não à longo prazo. (MAMEDE, G.; MAMEDE, E., 2011).

alienação é possível, ainda, a baixa por motivos de deterioração. Nos dois casos tem-se perda no valor contabilizado e conseqüentemente, no balanço patrimonial.

5.2.3 Simulações de despesas

O administrador tem a possibilidade de fraudar a contabilidade simulando saídas operacionais, pois esta é uma das formas mais corriqueiras, uma vez que os valores registrados como despesas são retirados do caixa.

A lista de possibilidades, na tentativa de simular despesas, é exaustiva, podendo ser por escrituração de valores aquém dos efetivamente gastos, assim como a escrituração de valores inexistentes, que, contudo, serão lançados como efetivo. Alguns dos exemplos mais comuns são as escriturações de gastos de produção, energia elétrica, telefone, publicidade, comissões de vendas, funcionários fantasmas, pagamento de horas extras não efetuadas, dentre outras. Há que se atentar para o fato de que quando o funcionário, prestador de serviço e credor pactuam com a simulação, esta dificilmente será detectada, ainda que em auditoria minuciosa.

5.2.4 Outros vícios comuns na administração societária

Conforme já citado anteriormente, uma das formas mais comuns de fraudar o patrimônio societário é esvaziamento deste, pois como a pessoa jurídica está protegida por regramento próprio, os bens a esta pertencem, e não a pessoa dos sócios. Esta autonomia, concedida pelo ordenamento e face do fim a que se destina a sociedade empresarial, acaba por facilitar as administrações fraudulentas. “Com efeito, o princípio da distinção das personalidades atua, aqui, de forma perversa. [...] Assim, de forma indireta, prejudica-se o cônjuge ou convivente [...]”. (2011, p. 141).

Cabe lembrar que o problema se assevera quando o casal transfere o bem comum para o patrimônio da sociedade empresarial, ou, adquire bens, com valores do patrimônio conjugal, diretamente em nome da empresa. Sendo o patrimônio da sociedade distinto do pertencente aos sócios, a alienação deste tipo de ativo é facilitada, bastando que o administrador da sociedade tenha poderes para tanto.

Outras duas formas de se tentar ocultar o patrimônio, assim como os ativos da sociedade empresarial, são o aluguel de CNPJ e a empresa espelho. Enquanto na primeira o empresário paga a outra sociedade empresarial os valores dos tributos e comissão para que

esta simule certa transação comercial, na última, o próprio empresário constitui uma outra sociedade, contando, porém, com um terceiro [comumente chamado de laranja] a frente da pseudo administração desta.

Geralmente a criação de uma empresa fictícia se dá por meio de desvio de ativos da outra sociedade que, em regra, vai enfrentar o litígio conjugal. Se o desvio ocorre por meio de papel moeda, mais difícil se mostra a comprovação da fraude, mas, o rastreamento de contas bancárias pode colaborar na comprovação da transferência dos ativos. Alienações simuladas também podem transferir os ativos para a empresa espelho, preenchendo-lhe o estoque de insumos e mercadorias, contando, inclusive, com falsos compradores que compram as mercadorias e, posteriormente, revendem à empresa que foi criada em nome de terceiro para ludibriar os direitos do cônjuge ou convivente.

Em relação aos ativos imobilizados, em regra as fraudes ocorrem com os bens que não possuem registros ou inscrições em órgãos como cartórios ou departamento trânsito. Quando, porém, atos viciados são praticados com bens imóveis, ou móveis, devidamente registrados em órgãos competentes, observa-se a arte da simulação relativa, ou simplesmente dissimulação, onde para a prática de determinado ato, primeiramente se pratica outro diferente da real intenção. Exemplo disso é a alienação fictícia de certo bem a um terceiro, com posterior transferência à empresa espelho.

Uma observação a ser feita diz respeito aos empregados de confiança da sociedade empresarial, que inúmeras vezes são transferidos para a empresa espelho, quando não tornam-se os supostos proprietários. Os parceiros habituais, nas operações do comércio, também podem estar no mesmo grupo dos funcionários ou companheiros de confiança, sendo, todos eles, elementos que possibilitam a caracterização dos atos viciados.

Finaliza-se o presente tópico destacando a possibilidade de intervenção na sociedade empresarial, nos casos de administração fraudulenta, com a nomeação de um interventor ou observador judicial. É fundamental enfatizar, porém, que a intervenção fere o princípio da autonomia da pessoa jurídica, e é considerada mais aceitável se o meeiro lesionado, ou em iminência de lesão, é sócio ou quotista do empresário, visto estar socorrido pelos direitos inerentes aos sócios minoritários. Quando o cônjuge ou companheiro não é sujeito na constituição da sociedade, mas simples meeiro, a intervenção é dificultosa.

5.3 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO DE FAMÍLIA: POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA OS VÍCIOS MAIS COMUNS NAS SOCIEDADES EMPRESARIAIS PERTENCENTES AO PATRIMONIO CONJUGAL

Em primeiro momento, é de suma importância a tentativa de conceituar, de forma breve, a pessoa jurídica, sua personalidade e o instituto da sua desconsideração.

Escreve Aguiar:

[...] a pessoa jurídica pode então ser considerada da seguinte forma: unidade de pessoas naturais ou jurídicas, bem como do patrimônio dessas pessoas, que tem como interesse precípua a realização de um fim econômico comum. Esse ente deve ser reconhecido pelo ordenamento jurídico vigente como sendo sujeito de direitos e obrigações, isto é, possuidor de personalidade e capacidade jurídica, distintas dos demais membros que as compõem. (2008, p. 17).

Deixa claro, a autora, que a pessoa jurídica não se confunde com os membros que a compõem, sejam elas outras pessoas jurídicas, ou pessoas físicas.

A personalidade da pessoa jurídica, que possui direitos e obrigações próprias, surgiu, segundo a mesma doutrinadora, em função de uma necessidade social, sendo obrigatória a existência autônoma do empreendimento, que não deve ser confundida ou misturada com o patrimônio dos indivíduos que a integram.

Frisa-se que a personalidade jurídica da sociedade empresarial possui tamanha relevância que o ordenamento a protege, não permitindo que seu patrimônio, direitos e obrigações se misturem com os de seus sócios. No entanto, se sua existência se traduz em fim social, deve encontrar limites no campo de atuação, evitando abusos e fraudes em nome de sua autonomia. Desta forma, surge a teoria da desconsideração de sua personalidade. (AGUIAR, 2008).

Também chamada de *disregard*, a desconsideração da personalidade é, portanto, “um mecanismo de proteção da pessoa jurídica, dos demais sócios e de terceiros envolvidos, posto que tem o condão de tornar ineficaz apenas aquele ato fraudulento ou abusivo realizado pelo sócio”. (AGUIAR, 2008, p. 19).

Quando se fala em desconsiderar a personalidade jurídica, não significa dizer que a sociedade empresarial deixará de existir⁴⁷, mas apenas que os atos praticados mediante fraude e abuso de poder serão declarados como ineficazes.

⁴⁷ Quando se está diante de uma situação em que a sociedade empresarial tem a anulação da personalidade jurídica, por ausência das condições que regulamentam sua existência, se está diante da despersonalização da personalidade jurídica, e não da desconsideração desta. (AGUIAR, 2008).

Ressalta-se que a sociedade empresarial é constituída inicialmente através de um contrato ou estatuto social, e neste constará o objeto da pessoa jurídica. Se, porém, os atos do empresário forem praticados em desacordo com a finalidade proposta no contrato ou estatuto, estes são chamados de atos *ultra vires*, onde não se tem a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, mas sim a responsabilidade desta em relação a terceiros de boa-fé, assim como o direito a ação de regresso contra o sócio responsável por tal ato. (AGUIAR, 2008).

Destaca Aguiar (2008) que a desconsideração da personalidade jurídica pode ser requerida quando os atos praticados pelo sócio estiverem evitados pela fraude ou pelo abuso de direito, utilizando-se, para tanto, da personalidade jurídica autônoma. “O fraudador sempre procura agir com cautela e segurança, protegendo-se no ato jurídico perfeito, e, para isso, cria uma barreira para a defesa da vítima”. (AGUIAR, 2008, p. 61).

Em relação ao abuso de direito o CC/2002 determina:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. (BRASIL, CC, 2013).

Verifica Aguiar (2008) que o artigo supracitado reconhece a possibilidade apenas da penhora dos bens particulares dos sócios, em se tratando de abuso de direito, sem citar as situações em que o empresário pratica ato fraudulento, bem como, não há previsão expressa para a desconsideração da personalidade jurídica, mas, simples penhora. No direito de família também não se encontra previsão legal para o instituto da *disregard*, motivo pelo qual cabe ao magistrado, no caso concreto, analisar os atos abusivos e fraudulentos que ensejam burlar os direitos do cônjuge ou companheiro, aplicando a desconsideração, caso possível.

É plausível lembrar que o Código Civil de 1916 já se preocupava com as possibilidades de abuso de direito e fraude, na intenção de evitar que um dos cônjuges pudesse prejudicar o outro, motivo pelo qual, em seu artigo 230, determinava a irrevogabilidade do regime de bens. (BRASIL, CC, 2013).

Neste sentido, outra questão a ser levantada, em se tratando da falta de regramento para a desconsideração da personalidade jurídica no direito de família, é a possibilidade que o atual código traz da modificação do regime de bens. Feita a alteração, não há dispositivo legal expresso que possibilite a aplicação da desconsideração, cabendo, ao julgador, se valer dos microsistemas para amenizar os danos que podem resultar do abuso de direito e da fraude realizados pelo cônjuge ou companheiro. (AGUIAR, 2008).

Assinala-se que os companheiros que vivem em união estável seguem, em regra, o regime da comunhão parcial de bens, salvo disposição legal ou convencional em contrário, e, assim sendo, em caso de dissolução da sociedade conjugal, são parte legítima para pleitear a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresarial.

Observam-se comumente os desvios de bens da sociedade conjugal para a comercial. Esta prática costuma demonstrar a intenção de burlar os direitos do meeiro. Também é costumeiro verificar a saída repentina do cônjuge ou companheiro do quadro societário, muitas vezes com retorno posterior ao fim da lide conjugal. Tal procedimento, contudo, pode ser alegado como comprovação do ato abusivo ou fraudulento, pleiteando a desconsideração da personalidade jurídica, mesmo após a dissolução da sociedade conjugal, momento em que o cônjuge ou companheiro lesado deverá propor ação indenizatória para reaver a parte de sua meação lesada. No caso do rompimento de união estável, a ação cabível é a de dissolução da sociedade de fato cumulado com o pedido de desconsideração da personalidade jurídica. (AGUIAR, 2008).

Cumpra lembrar que a parte prejudicada deve manifestar pedido de aplicação da *disregard*, quando da discussão judicial, em fase cognitiva, sempre comprovando os elementos que a ensejam. Em se tratando de fase de execução, o pedido deve ser feito na petição inicial. Se o ato fraudulento ou abuso de direito ocorrerem, porém, durante a demanda, esta deve ser suspensa, ajuizando-se ação declaratória incidental, para que seja declarada, via sentença, a desconsideração da personalidade jurídica. Em todas estas situações devem ser analisados os atos do caso concreto, para apurar se a autoria do ato abusivo ou fraudulento é da sociedade ou do sócio que tenta fraudar o patrimônio conjugal. (AGUIAR, 2008).

Quando os laços afetivos que mantinham a relação dos pares se enfraquecem, ou mesmo desaparecem, observam-se as mais diferentes discussões acerca do patrimônio conjugal. Não se trata de discussão desprovida de fundamento, haja vista as diversas possibilidades de lesão patrimonial que o ordenamento jurídico acaba por não regular, especialmente em se tratando da esfera dos bens e direitos não imóveis. Tamanha diferenciação de tratamento legal entre as duas espécies de bens [imóveis e móveis], acaba por abarrotar o judiciário com demandas familiares que seriam evitadas, acaso o legislador tivesse o cuidado de tratar o patrimônio conjugal de forma universal, igualando as normas dos bens e direitos móveis aquelas que regulam os imóveis.

6 CONCLUSÃO

As necessidades e evoluções sociais transformaram completamente a visão que se tinha de família, uma vez que os costumes encontram-se inclusos em nosso ordenamento jurídico como uma das fontes do direito. Assim sendo, vê-se, atualmente, a família, bem como as diversas formas de sociedades conjugais, de maneira que transcende o que outrora se tinha como parâmetro.

De acordo com Dias (2010), em épocas mais conservadoras o matrimônio se mostrou como o único modo de chancelar os vínculos afetivos, e, portanto, qualquer outra forma de união entre duas pessoas não trazia a possibilidade de aceitação social, quiçá, então, a chance de se buscar direitos resultantes de tal ligação e convivência.

Com o direito voltado mais para a dignidade da pessoa humana, as novas formas de ligações afetivas acabaram determinando atualizações no ordenamento jurídico, iniciando com a regularização de entidades familiares previstas na Constituição Federal até chegar ao atual posicionamento do STF que, em 2011, reconheceu a união homoafetiva, conferindo-lhe os mesmos direitos existentes entre pares de sexos distintos. Tal decisão traz como consequência, neste ano de 2013, a alteração do Código de Normas da Justiça de inúmeros estados, determinando que os cartórios extrajudiciais realizem os casamentos, entre pessoas de mesmo sexo, seguindo as regras do casamento hetero. (BRASIL, STF, 2013).

O posicionamento das corregedorias estaduais, com base na decisão da suprema corte, culminou com a unificação de procedimentos dos cartórios extrajudiciais para casamento de pessoas do mesmo sexo, pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução número 175, de 14 de maio de 2013. (BRASIL, CNJ, 2013).

Estas decisões acabaram por extinguir legalmente as distinções nas relações afetivas, conferindo executoriedade ao princípio da isonomia, pois, há muito se discutiam as consequências patrimoniais econômicas da falta de tal regulamentação. Ainda assim, cabe ao legislativo fazer as alterações expressas no ordenamento.

Ao contrário do que se costuma pensar, patrimônio é mais do que simplesmente o conjunto dos bens de uma pessoa ou de um ente despersonalizado. Se assim o fosse, pertenceria única e exclusivamente ao direito das coisas. Traduz-se, contudo, no conjunto das relações jurídicas ativas e passivas de uma pessoa ou ente jurídico, figurando no pólo do direito das coisas, mas, também, no do direito das obrigações. (MAMEDE, G.; MAMEDE, E., 2011).

Embora o patrimônio familiar não seja apenas composto pelos bens com valores pecuniários, quando do rompimento da sociedade conjugal é o que geralmente se leva em consideração. Esta situação enseja a escolha criteriosa do regime de bens, afinal, aquele que for escolhido pelos cônjuges, irá reger as relações patrimoniais até o fim, salvo nas situações de modificação do regime, nos termos da lei.

Segundo Ribeiro (2008), para a manutenção do bom estado do patrimônio, com foco específico no patrimônio conjugal, a governança é de fundamental valia. Da mesma forma, pondera o autor que a equidade tem importância tal qual, uma vez que a administração em conjunto, do patrimônio comum dos cônjuges, ou companheiros, impediria que um dos dois saísse prejudicado.

Infelizmente, o legislador talvez tenha sido descuidado na elaboração das normas que regulam a administração dos bens da sociedade conjugal, especialmente quando trata de maneira diversa o patrimônio composto pelos bens imóveis daquele composto pelos direitos e bens móveis. Cumpre ressaltar que, nos dias atuais, estes últimos costumam representar valores significativamente mais expressivos em comparação aos primeiros, como por exemplo, alguns automóveis importados e as próprias sociedades empresariais de médio e grande porte.

É visível, especialmente após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, que homens e mulheres desfrutam de igualdade de direitos e deveres quanto à entidade familiar e a sociedade conjugal. Entretanto, apenas essa equidade não se mostra suficiente para impedir que um dos dois seja lesado ao fim da união afetiva, pois não raras vezes observa-se a existência de vícios que maculam os negócios jurídicos e acabam por beneficiar apenas um dos consortes que, em regra, é o detentor do poder administrativo do patrimônio comum.

Dentre os vícios mais comuns na alienação de bens da sociedade conjugal encontra-se a simulação, como nos casos em que um dos cônjuges ou companheiros, pretendendo desviar bens comuns, realiza alienação dissimulada. A fraude, especialmente no que se refere ao patrimônio constituído por sociedade empresarial, e aos atos por ela praticados, também se destaca. Além disso, o abuso, que ocorre quando o agente se excede no exercício regular de um direito, embora não seja em sentido estrito classificado como um dos defeitos do negócio jurídico, subsiste no ordenamento, também com maior incidência na administração das sociedades empresariais que constituem o patrimônio comum dos cônjuges. O abuso de direito pode se confundir ou se agregar ao dolo, quando o excesso na prática de

determinado ato for intencional, almejando prejudicar o outro e auferir benefício próprio ou em favor de terceiro.

Tanto a fraude quanto o abuso de direito são precedentes que autorizam, quando comprovados, a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresarial, que se mostra uma das formas de evitar a dilapidação patrimonial do casal, ou, ainda, reaver, por meio de indenização, valor desviado da meação. O problema, porém, reside justamente na dificuldade do meeiro em comprovar tais atos defeituosos.

Quando surgem os primeiros sintomas de rompimento, aqueles que outrora mantinham confiança mútua e conduta de boa-fé, num repente podem passar a ter atitudes pouco condizentes com a licitude até então presente na relação. É neste momento que o casal em fase de separação, no sentido amplo da palavra, pode vir a ser corrompido pelo desejo de benefício pessoal, podendo uma das partes lucrar em detrimento do prejuízo da outra.

Ante o exposto, necessário se faz frisar que a distinção entre os requisitos obrigatórios para a alienação das duas espécies de bens é compreensível no sentido de se evitar os impasses, por exemplo, da sociedade empresarial na tomada de decisões pertinentes aos seus atos cotidianos.

Este engessamento poderia resultar no fato de que a sociedade empresarial, da qual não pertence um dos cônjuges, viesse a não atingir seu fim social, acaso fosse submetida ao aval do cônjuge não participante das quotas societárias a cada ato pertencente à sua administração. Contudo, ao menos no que se refere à alienação de bens e direitos das sociedades empresariais, deveria o elaborador da norma ter sido mais criterioso.

Seria adequado que o Código Civil não diferenciasse as duas classes de bens, quanto à exigibilidade da vênia, o que provavelmente não impediria a insurgência de vícios de alienação na sociedade conjugal, mas, os tornaria menos comuns.

Compreende-se a dificuldade para efetiva alteração da legislação em voga, que por certo seria demasiadamente morosa, pois se trata de um Código já que levou décadas para ser editado e publicado. No entanto, talvez fosse de bom tom o legislativo averiguar a possibilidade de lei especial, que regulamentasse a exigência de vênia do cônjuge, especialmente no que se refere à alienação de bens e direitos móveis com expressivo valor econômico, como é o caso das sociedades empresariais. Pretensa normatização poderia inibir a incidência de vícios de alienação na sociedade conjugal, conferindo maior segurança ao ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberta Macedo de Souza. **Desconsideração da personalidade jurídica no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

AMIN, Andréa Rodrigues; et al. **O novo código civil comentado**: livro IV do direito de família. In: LEITE, Heloisa Maria Daltro (coordenadora). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. Disponível em:

<http://search.4shared.com/postDownload/c28EAXnp/Ana_Lucia_Porto_de_Barro_-_O_.html>. Acesso em: 27 abr. 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 4 mar. 2013.

_____. Comitê de Paz. **Declaração universal dos direitos humanos**. Tradução oficial, UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. Disponível em: <<http://www.comitepaz.org.br/download/Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2013.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução Nº 175 de 14 de maio de 2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2013.

_____. **Decreto número 181/1890**. Dispõe sobre o casamento civil. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-181-24-janeiro-1890-507282-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 23 mar. 2013.

_____. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código civil brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 8 mar. 2013.

_____. Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916. **Código civil dos estados unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 28 mar. 2013.

_____. **Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>. Acesso em: 28 mar. 2013.

_____. **Lei 8.971 de 29 de dezembro de 1994**. Dispõe sobre o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 29 mar. 2013.

_____. **Lei 9.278 de 10 de maio de 1996**. Regula o § 3º do art. 226 da constituição federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm>. Acesso em: 29 mar. 2013.

_____. **Lei 12.344 de 09 de dezembro de 2010.** Dispõe sobre a alteração da redação do inciso II do art. 1.641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para aumentar para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12344.htm>. Acesso em: 29 mar. 2013.

_____. Lei 4.121 de 27 de agosto de 1962. **Estatuto da mulher casada.** Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1962/4121.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Ação direta de inconstitucionalidade 4.227.** Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Uni%E3o+homo+afetiva%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 9 mar. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Sessão Plenária. **Súmula 377 de 03 de abril de 1964.** Dispõe sobre os bens adquiridos na constância do casamento pelo regime da separação legal de bens. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=377.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 21 dez. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2009/0173443-9.** 5ª Turma. Ministra Laurita Vaz. Data do julgamento: 17 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=direitos+da+concubina&b=ACOR>. Acesso em: 9 mar. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 251 de 18 de agosto de 2001.** Dispõe sobre Meação - Ato Ilícito - Execução Fiscal - Prova de Enriquecimento. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0251.htm>. Acesso em: 29 mar. 2013.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito civil:** questões fundamentais e controvérsias na parte geral, no direito de família e no direito das sucessões. 3. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil:** família: sucessões. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** direito de família. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** teoria geral do direito civil. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIUZA, César. **Direito civil.** 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil:** família. São Paulo: Atlas, 2008.

- GONTIJO, Juliana. **Comentários ao título II do novo código civil: arts. 1.639 a 1.722.** Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Juliana_Gontijo/Comentarios.pdf>. Acesso em: 7 mai. 2013.
- GOMES, José Jairo. **Direito civil: introdução e parte geral.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- GOMES, Orlando. **Direito de família.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- _____, Orlando. **Direito de família.** 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____, Carlos Roberto. **Direito civil: parte geral.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____, Carlos Roberto. **Direito civil 1 esquematizado: parte geral obrigações contratos.** In: LENZA, Pedro (coordenador). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário compacto jurídico.** 14. ed. São Paulo: Rideel, 2010.
- LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito.** 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.
- MADALENO, Rolf. **Novas perspectivas no direito de família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Divórcio, dissolução e fraude na partilha de bens: simulações empresariais e societárias.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MANO, Maíra Kubík. O patriarcado está desmoronando. **Le Monde Diplomatique Brasil.** [sd]. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/print.php?tipo=ac&id=2929&PHPSESSID=43a74ad83ba8ad5d014da040567f4d46>>. Acesso em: 30 mar. 2013.
- MATOS, Josefa Rosania Reis de. Substituição testamentária e fideicomisso. **Jurisway.** Ensaios acadêmicos: direito das sucessões: testamentos. 2011. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6966>. Acesso em: 29 mar. de 2013.
- MEIRELES, Rose Melo Vencelau. O negócio jurídico e suas modalidades: disposições gerais. In: TEPEDINO, Gustavo (coordenador). **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- MIRANDA, Maria Bernadete. **Pequeno dicionário jurídico de expressões latinas.** Disponível em: <<http://bdjur.tjce.jus.br/jspui/bitstream/123456789/152/1/express%C3%B5es%20latinas.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2013.
- MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil: direito de família.** 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MOTTA, Alexandre de Medeiros. **Metodologia da pesquisa jurídica: o que é importante saber para elaborar a monografia jurídica e o artigo científico?.** Tubarão: Copiart, 2012.

MOTTA, Carlos Dias. **Direito matrimonial e seus princípios jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PLATÃO. **O banquete**. Biblioteca Virtualbooks, [s.d]. Disponível em: <http://virtualbooks.terra.com.br/freebook/didaticos/download/O_banquete.pdf>. Acesso em: 10. mar. 2013.

RIBEIRO, Anderson Martorano Augusto. **A gestão legal do patrimônio familiar: aspectos empresariais e jurídicos**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____, Arnaldo. **Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Portal do Extrajudicial: serviço de controle das unidades extrajudiciais. **Provimento 41/2012 de 17 de dezembro de 2012**.

Disponível em:

<<https://www.extrajudicial.tjsp.jus.br/pexPtl/visualizarDetalhesPublicacao.do?cdTipopublicacao=3&nuSeqpublicacao=108>>. Acesso em: 29 mar. 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: Método, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2002.

VIDO, Elisabete. **Curso de direito empresarial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

