

Universidade Federal do Paraná
ALAN BUSNARDO DOS SANTOS

**DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO E AFETAÇÃO DO
PATRIMÔNIO FRUTO DE INDENIZAÇÃO TRABALHISTA**

Monografia apresentada para obtenção do grau de Bacharel
em Direito, no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Professor Elimar Szaniawski

CURITIBA
2003

Universidade Federal do Paraná
ALAN BUSNARDO DOS SANTOS
Matrícula nº 9900462

**DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO E AFETAÇÃO DO
PATRIMÔNIO FRUTO DE INDENIZAÇÃO TRABALHISTA**

Monografia apresentada para obtenção do grau de Bacharel
em Direito, no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Professor Elimar Szaniawski

Co-orientador: Saulo de Tarso Carneiro

CURITIBA
2003

Universidade Federal do Paraná

TERMO DE APROVAÇÃO

ALAN BUSNARDO DOS SANTOS

DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO E AFETAÇÃO DO PATRIMÔNIO FRUTO DE INDENIZAÇÃO TRABALHISTA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:


Prof. ÉLIMAR SZANIAWSKI (ORIENTADOR)

~~
Prof. ANTONIO ALVES DO PRADO FILHO~~


Prof. CARLOS EDUARDO P. RUZYK

CURITIBA
2003

À minha esposa
Dedico

Agradeço ao professor e orientador Elimar Szaniawski, pelo acompanhamento e revisão deste trabalho, e ao co-orientador Dr. Saulo de Tarso Carneiro, advogado do EMAJ-UFPR, pelo incentivo e críticas que favoreceram ao aprofundamento do tema.

SUMÁRIO

RESUMO	v
1 – INTRODUÇÃO	1
2 – A FAMÍLIA	2
2.1 – <i>Conceito</i>	2
2.2 – <i>Histórico</i>	3
2.3 – <i>Igualdade entre cônjuges</i>	4
3 – CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL	7
4 – REGIME DE BENS	12
4.1 – <i>No Casamento</i>	12
4.1.1 – <i>Regime de Comunhão Parcial</i>	14
4.1.2 – <i>Regime de Comunhão Universal</i>	15
4.1.3 – <i>Regime de Participação Final nos Aquestos</i>	16
4.1.4 – <i>Regime de Separação de Bens</i>	17
4.1.5 – <i>Sobre o Regime Dotal – extinto</i>	18
4.2 – <i>Bens excluídos da comunhão no casamento</i>	18
4.2.1 – <i>Excluídos da Comunhão Parcial</i>	18
4.2.2 – <i>Excluídos da Comunhão Universal</i>	19
4.2.3 – <i>Excluídos da Participação Final nos Aquestos</i>	20
4.3 – <i>Regime aplicável à união estável</i>	20
5 – DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL	23
6 – AFETAÇÃO OU NÃO PATRIMÔNIO FRUTO DOS PROVENTOS DO TRABALHO – INDENIZAÇÃO TRABALHISTA	27
6.1 – <i>Apreciação legislativa</i>	42
6.1.1 – <i>EMC – proventos do trabalho</i>	42
6.1.2 – <i>EMC – bens reservados</i>	46
6.1.3 – <i>Lei do Divórcio</i>	47
6.1.4 – <i>União estável</i>	48
6.2 – <i>FGTS e PDV</i>	50
7 – CONCLUSÃO	52
8 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

RESUMO

Trata-se o presente estudo do tema da afetação do patrimônio derivado dos proventos do trabalho, em especial o fruto da indenização trabalhista, quando da dissolução da sociedade conjugal e conseqüente partilha de bens. Para tanto, abordou-se, primeiramente, a família, seu conceito, histórico e a questão da igualdade entre os cônjuges; as características e diferenciação do casamento e união estável; e o regime de bens, no casamento, mencionando os que se comunicam e os que não, bem como qual seria o regime aplicável à união estável. Somente a partir de tais considerações, passou-se a estudar a dissolução do casamento em si, com suas modalidades e características, e, enfim, a comunicação ou não dos proventos do trabalho e os bens com eles adquiridos. Nesta última análise, fez-se uma abordagem crítica do tema, com apreciação legislativa, em que foram verificadas as alterações introduzidas pelo Estatuto da Mulher Casada e pela Lei do Divórcio, bem como a forma em que a união estável é afetada. Ainda, foram trazidas questões sobre o FGTS e o Plano de Demissão Voluntária.

1 - INTRODUÇÃO

A família é, indubitavelmente, a base da sociedade. O Estado e, em consequência, o legislador pátrio, reconheceu esse fato de forma a protegê-la. Tanto isso é verdade, que os assuntos da família, anteriormente tratados basicamente no âmbito do direito privado foram aos poucos sendo constitucionalizados, ou seja, passaram de meras regras infraconstitucionais a princípios constitucionalmente tutelados. Por isso, não se fala mais em tratar a família unicamente sob a ótica do Código Civil, seja o antigo, seja o novo, mas, outrossim, sob os olhos da Constituição Federal. Da mesma forma, não mais se questiona a validade das formas de núcleos familiares distintos do casamento, como é o caso da união estável e da família monoparental.

Todavia, por longos anos a família era regida pelo marido, tendo a mulher posição submissa e de pouca validade, tanto que praticamente nada podia fazer sem a devida autorização do esposo. Assim, o legislador, cômico de sua responsabilidade e débito para com a mulher, legislou, de modo a alterar certos dispositivos, quer constitucionais, quer na legislação infraconstitucional. Mas, ao assim proceder e devido à má técnica legislativa utilizada causou dúvidas em relação a certas situações, em especial na questão do regime de bens.

É basicamente esta a importância deste estudo, analisar quais os dispositivos alterados e qual o alcance das alterações, se vieram efetivamente a proteger a situação da mulher ou, ao contrário, trouxeram mais confusões legislativas a serem dirimidas pelo Poder Judiciário. Assim, foram analisados os regimes de bens, seus artigos, as alterações sofridas e a interpretação jurisprudencial do assunto.

Verificar-se-á que a apreciação dos Tribunais não é pacífica e que as alterações trazidas pelo EMC e pelo novo Código Civil, causaram discussões e ainda serão objeto de divergências, como será visto nos próximos capítulos.

2 - A FAMÍLIA

2.1 – Conceito

O homem é um ser social por natureza, com tendência a reunir-se em grupos, tendo em vista os objetivos mais diversos. Uma dessas reuniões, em especial, tem por finalidade a colaboração entre seus membros com vistas à proteção recíproca, seja proteção propriamente dita, ou seja, física, seja proteção em sentido mais amplo, como a provisão alimentar e a emocional. A esta reunião chama-se família.

A família se apresenta, segundo Sílvio Rodrigues, como a instituição que surge e se desenvolve do conúbio entre homem e mulher e que vai merecer a mais deliberada proteção do Estado, que nela vê a célula básica de sua organização social¹.

Por esse motivo, a família é interessante ao Estado e, em consequência, amparada pelo Direito. Este, protege o ser humano desde a sua concepção até a sua morte, sempre levando em consideração as relações intersubjetivas, quer individuais, quer se afigurem de natureza coletiva.

O Direito de Família, que tem relação direta com os fundamentos do convívio social, tem por objeto a exposição dos princípios de direito que regem as relações de família, do ponto de vista da influência dessas relações, não só sobre seus membros, como também sobre os seus bens. Ou, nas palavras de Sílvio Rodrigues, “...as regras de Direito de Família afetam o indivíduo dentro daquele núcleo social, relativamente pequeno, em que ele nasce, cresce e se desenvolve, disciplinando suas relações de ordem pessoal e patrimonial.”²

¹ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. Vol. VI. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998. P. 06.

² RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. Vol. VI. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998. P. 03.

2.2 - Histórico

A família é a forma mais natural, espontânea e antiga de vida social³.

Nas sociedades primitivas, a família era formada para a satisfação de necessidades primárias de seus membros. Não existia uma relação conjugal individualizada, como a que conhecemos, apenas grupos grandes e promíscuos.

Com o passar do tempo, o número de membros desses grupos foi diminuindo. No período clássico grego e romano, a família era formada em torno do culto dos antepassados realizado no próprio lar.

Segundo Fustel de Coulanges, a família romana era “um agrupamento de pessoas ligadas por um culto: o dos mortos – crença segundo a qual os antepassados continuavam a viver no túmulo, transformados em deuses tutelares da família (...)”⁴.

O afeto, a simpatia e o próprio nascimento não eram itens que se levassem em consideração na estruturação do grupo familiar. O que realmente importava era o fato de os membros do grupo, sob o mesmo lar, invocarem em culto os mesmos antepassados. E, em assim procedendo, sob a autoridade do chefe da família e sacerdote da religião, chamado *paterfamilias*, pertenciam à mesma família. Nela estavam incluídos, além de cônjuges e seus filhos, os parentes, considerados estes os advindos do ramo masculino, serviçais e clientes.

Como o culto no lar era de extrema importância, tudo deveria ser feito para que ele tivesse prosseguimento, mas, para tanto, era imprescindível a existência de um filho homem, pois a sucessão do culto no lar estava a cargo da linhagem masculina, cabendo à feminina cultuar os deuses do pai ou do marido. Além disso, ainda, tinha ele de ser legítimo, ou seja, advindo de união consagrada segundo a religião daquela família.

³ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 18.ed., Rio de Janeiro : Forense, 1995. p. 321.

⁴ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. 9. Ed. Lisboa: Almedina, 1958.

É a partir dessa época que começa a tomar proporções a diferença entre a união livre e o casamento. Assim, as uniões livres não eram consideradas casamento, uma vez que o filho delas advindo não poderia dar seguimento ao culto no lar.

Com o advento do cristianismo, as uniões livres passaram a ser repudiadas e ocorreu a sacramentação do casamento.

Como se vê, o casamento, em detrimento das uniões livres, decorreu de uma posição religiosa, quer com o culto dos deuses lares em Roma, quer com a expansão do cristianismo.

Assim como o romano, o casamento cristão não tinha, ao menos em princípio, conotação afetiva, estando inteiramente ligado à religião. E, com a mudança dos costumes, passou a ser obrigatório, acarretando a diminuição do grupo familiar, em relação aos numerosos membros que compunham a família romana.

Até o século XVIII, a família era tida como uma pequena unidade de produção. Com a Revolução Industrial, a família perde sua característica de unidade de produção e, só então, passa a existir ligação humana dos membros familiares exclusivamente em decorrência do vínculo afetivo.

Essa é, em princípio, a concepção atual de família, ou seja, pessoas ligadas afetivamente, seja através do casamento, seja pela união estável, seja em famílias monoparentais.

2.3 – Igualdade entre cônjuges

A dignidade da pessoa humana e sua preservação como princípio fundamental requer a consagração da igualdade entre os cônjuges.

Nossas Constituições sempre reconheceram que a lei deve ser igual para todos. A Constituição de 1824, art. 179, XIII, estabelecia que "a lei será igual para todos, quer proteja e quer castigue..."; a Constituição de 1891, art. 72, § 2º, também dispôs que "Todos são iguais perante a lei ..."; a Constituição de 1934, art. 113, § 1º, estatuiu que "Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de sexo ..."; as Constituições de

1937 e 1946, arts. 122, § 1º e 141, § 1º, respectivamente, dispuseram que "Todos são iguais perante a lei ..."; a Constituição de 1967, art. 150, § 1º, ditou que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo...", princípio que foi confirmado pela Emenda nº 01, de 1969, art. 153, § 1º. E, finalmente, a Constituição de 1988 da mesma forma garante os princípios gerais de que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza ..." e que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações...", estatuídos no art. 5º, caput e inciso I, respectivamente⁵.

A legislação ordinária, no entanto, por longos anos, estabeleceu e manteve regras marcadas pela desigualdade entre os cônjuges, no tratamento da matéria do casamento⁶. Luiz Edson Fachin acentua que "o traço de exclusão da condição feminina marcou o patriarcado e fundou um padrão familiar sob a lei da desigualdade"⁷.

A Lei 4121, de 27.08.1962, chamada "Estatuto da Mulher Casada", iniciou o movimento legislativo de equiparação entre o homem e a mulher no casamento, aliviando de certa forma tais desigualdades, sem, no entanto, tê-las suprimido completamente. Ao marido continuou a caber a chefia da sociedade conjugal, embora devesse exercê-la com a colaboração da mulher, conforme o CC de 1916, art. 233, caput, e, conseqüentemente, permaneceram atuantes na legislação ordinária os poderes do marido na representação da família, na administração de bens, na fixação do domicílio conjugal e seu dever de manter a família, CC de 1916, art. 233, incisos I a IV. A mulher adquiriu a titularidade do pátrio poder, que antes era exclusivamente do marido, mas seu exercício continuou a caber ao pai, sendo a mãe apenas colaboradora, CC de 1916, art. 380, caput e § único.

Verifica-se, assim, a relevância da atual Constituição, a qual estabeleceu, expressamente, em seu art. 226, § 5º que "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher".

⁵ O Código Civil de 1916, entretanto, não foi adaptado aos valores e princípios então estabelecidos pela Constituição da República de 1988.

⁶ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. **Reparação Civil na Separação e no Divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 63 e 64.

⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do Direito de Família**: Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 15.

Em tese, a legislação infraconstitucional deveria ter suas disposições imediatamente alteradas, no que contrariasse a Lei Maior, uma vez que as leis devem obediência à Carta Magna, segundo as regras hermenêuticas de aplicação do Direito e atendendo ao princípio da unidade do ordenamento jurídico. No entanto, passados vários anos da promulgação da Constituição da República, as diferenças entre homem e mulher na relação conjugal ainda constam da legislação ordinária, que não recebeu as alterações necessárias, para se adequar ao texto constitucional. Assim, a todo momento são requisitadas interpretações jurisprudenciais sobre a auto-aplicabilidade do princípio constitucional em tela⁸.

Novo Código Civil de 2002 nada mais fez que corroborar as disposições constitucionais, acerca da igualdade entre homem e mulher, seja na constância do casamento, seja na união estável. E, por força da igualdade, o novo Código já não se refere às faculdades atribuídas e às restrições impostas ao marido ou à mulher, mas disciplina a atuação de ambos⁹.

⁸ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. **Reparação Civil na Separação e no Divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 64-70.

⁹ FELIPE, Jorge Franklin Alves e ALVES, Geraldo Magela. **O novo Código Civil anotado**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. P. 326.

3 – CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL

Os nossos civilistas tradicionais, sempre compreenderam que a união sem casamento era fenômeno estranho ao direito de família, gerando somente efeitos obrigacionais. Essa era a posição de mestres como Pontes de Miranda e Washington de Barros, por exemplo.

O casamento, instituto bastante rígido, trouxe características do Direito Romano e sofreu profunda influência dos preceitos da Igreja Católica.

Como já mencionado no item 2.2, o casamento teve início com o advento dos cultos religiosos. Porém, antes deles, já existiam certas uniões, do que se depreende que o concubinato é anterior ao casamento, como um fenômeno social. É preexistente ao direito positivo e ao Estado e, por isso mesmo, não pode ser tido como secundário ou inferior.

O concubinato nasceu de forma natural, sendo facilmente verificável na formação das famílias de todos os tempos, e assim viveu até o cristianismo identificá-lo pejorativamente, ficando relegado, por alguns séculos, à obscuridade diante da radiante prevalência do casamento. Também aqueles que se adequavam a este instituto eram duramente discriminados. No entanto, sobreviveu, chegando até nós.

A união de fato de pessoas de sexo diferente, embora tenha sido sempre numerosa no Brasil, não foi devidamente regulamentada pelo Código Civil, exceto em caráter de oposição.

Casamento e união estável diferenciam-se pela relação de parentesco. Enquanto o Casamento cria uma relação de parentesco por afinidade, a união estável não.

Dentro do concubinato podem-se agregar todas as famílias que não são consideradas como tal pela ausência do casamento.

O concubinato é definido como a forma de união conjugal socialmente reconhecida, que implica uma série de direitos e deveres mais ou menos bem determinados, e considerada distinta do casamento, segundo critérios que podem variar

conforme a sociedade¹⁰. Ou, ainda, como o “estado de um homem e uma mulher que coabitam como cônjuges, sem serem casados; comborçaria; concubinação; mancebia”¹¹.

Quanto ao tratamento constitucional, enquanto a Constituição anterior previa, em seu art. 175, que "a família é constituída pelo casamento", a atual Lei Maior estatui, no caput do art. 226, que "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado", e os §§ 1º e 2º do mesmo artigo tratam do casamento civil e religioso, reconhecendo, seu § 3º, a união estável como entidade familiar para efeito de tutela do Estado, e considerando, da mesma forma, a família monoparental, em seu § 4º. Assim, a CF veio reconhecer a união estável, não permitindo mais haver na família a qualificação de legítima ou ilegítima. A família tanto pode ser constituída pelo casamento, como pela união estável, como, ainda, por um dos genitores e sua prole, sendo sempre merecedora da proteção do Estado.

Quanto à legislação ordinária, a Lei 8.971, de 29.12.1994, atribuiu direito a alimentos e direitos sucessórios aos companheiros, desde que solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, e desde que, também, a convivência tivesse pelo menos cinco anos.

Já a Lei 9.278, de 10.05.1996, reconheceu, como entidade familiar, a convivência duradoura, pública e contínua e um homem e uma mulher, com a finalidade de constituição de família, estabelecendo direitos e deveres de cunho pessoal e patrimonial aos conviventes. Em seu artigo 1º, define a união estável como uma união entre um homem e uma mulher.

Como as uniões estáveis formam-se e desenvolvem-se de maneira natural e espontânea, com a constituição de família e patrimônio comum, razão pela qual esse instituto tem peculiaridades, não deve ser estabelecido requisito temporal para sua proteção jurídica. Não existindo prazo de convivência para se criar a união estável, não

¹⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3. Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. P. 522.

¹¹ MICHAELIS. **Moderno dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Cia Melhoramentos, 1998. P. 554.

são necessários cinco anos estabelecidos na Lei 8.971/94. Esta união deve ser duradoura, portanto, mas sem prazo definido.

Assim, tais relações, as chamadas uniões estáveis, regulam-se pelas Leis n^os 8.971/94 e 9.278/96, segundo as quais: os conviventes têm deveres entre si; há reflexo patrimonial nessas relações, independentemente de prazo; os conviventes poderão, por contrato, estabelecer normas quanto aos bens móveis e imóveis; o patrimônio comum é administrado em conjunto; os conviventes poderão pedir alimentos um ao outro; garante o usufruto dos bens do casal com os limites que impõe; não havendo descendentes nem ascendentes, defere-se a herança ao convivente supérstite, da mesma forma que o art. 1.829 do Código Civil de 2002 defere a herança ao cônjuge sobrevivente.

Características que necessariamente devem estar presentes para caracterizar a união estável:

- I) Estabilidade: está relacionada com o prazo de duração, que deve ser razoável, mas não está vinculada somente ao prazo. Este prazo fica a critério do julgador;
- II) Publicidade: isto elimina de vez qualquer relação sigilosa à margem da sociedade. Publicidade significa se apresentar frente à sociedade como marido e mulher, por exemplo, conta bancária conjunta; dependente no plano de saúde, etc; e
- III) *Animus* de Família: A fidelidade é fundamental nessa situação, pois o Brasil adota a forma monogâmica. A união estável necessita da vida sob o mesmo teto e que mantenham relações sexuais.

União estável não pode existir se os conviventes forem casados, eis que haverá, neste caso, a prática de adultério. Mas com a separação judicial deixa de existir a sociedade conjugal, extingui-se o dever de fidelidade, não havendo razão para vedar a produção de efeitos à união estável de pessoas separadas judicialmente. Também será configurada a união estável quando se está separado de fato definitivamente e constitui uma relação de marido e mulher.

No seguinte julgado, datado de 2001, o Superior Tribunal de Justiça decidiu: "Meação. União estável. Mulher separada de fato. Comprovada a sociedade de fato por mais de 11 anos, tem que se reconhecer os direitos decorrentes desse concubinato e a partilha dos bens adquiridos durante o período de convivência, mesmo que a mulher seja legalmente casada, separada de fato do marido e mantenha as vantagens financeiras desse matrimônio"¹².

Nos casos de relação adúltera, por exemplo, onde a mulher, de boa-fé, não sabe que seu concubino é casado, aproveita os efeitos da união estável tendo direito a 50% dos bens que adquiriu com ele, porém os que ele adquiriu com a esposa, a concubina não terá direito.

Paralelamente, não se pode formar uma união estável em que o impedimento para casar seja absoluto, por exemplo, uma relação incestuosa entre um irmão e uma irmã, nunca será uma união estável.

A união estável é um instituto que quer se aproximar do casamento por isto que as regras do casamento valem para a união estável. Por isso, hoje os direitos são os mesmos entre concubinos e casados, seja quanto aos alimentos; seja com relação à sucessão, onde o concubino também tem direito a meação, dependendo do regime de bens.

Quando o regime de bens for de comunhão parcial de bens, ou separação total de bens, o cônjuge sobrevivente tem direito ao usufruto dos bens, usufruto da metade dos bens se não houver filhos, e 1/4 dos bens se houver filhos.

Quanto à terminologia empregada, os termos que foram sendo sucessivamente utilizados para as situações que envolvam uniões de fato são: concubinato, como a união não legalizada de caráter contínuo, duradouro; concubinagem, para as ligações livres de cunho eventual e transitório; união estável, expressão que a CF de 1988 adotou; concubinos, eram os integrantes do concubinato; concubina e companheira, a jurisprudência distinguia os termos no terreno da capacidade passiva para o testamento. No campo previdenciário a palavra companheira mereceu acolhida. A lei 8.971/94

¹² BRASIL. STJ. Meação. União estável. Mulher separada de fato. REsp 202.278/SP.

optou pelos vocábulos companheiro e companheira e a Lei 9.278/96 usa o termo conviventes.

Em suma, o legislador pátrio substituiu o vocábulo concubinato por união estável; concubino e concubina por conviventes. Continua, entretanto, a existir o concubinato significando relação passageira, não duradoura, espúria.

Hoje, o termo concubinato refere-se a uniões não estáveis, livres, furtivas ou mancebia, tais como o concubinato adúltero ou impuro, onde haja casamento concomitante ao concubinato, o concubinato múltiplo e a união estável putativa, que só geram a proteção legal para o concubino ou concubina de boa fé. De resto, não recebe a tutela da legislação especial.

4 - REGIME DE BENS

Como já ficou evidenciado, a união pelo casamento almeja mútua cooperação e assistência, sem conteúdo econômico direto. Entretanto, tal união traz inexoravelmente, reflexos patrimoniais para ambos os consortes, seja no sustento do lar, na constância do casamento, seja após o desfazimento do vínculo conjugal. Devem, portanto, ser organizadas essas relações patrimoniais do casal, as quais se traduzem no regime de bens, como uma das conseqüências jurídicas do casamento. Tais relações estabelecerão as formas de contribuição do marido e da mulher para o lar, a titularidade e administração dos bens comuns e particulares e em que medida esses bens respondem por obrigações perante terceiros¹³.

Em outras palavras, o regime de bens entre os cônjuges é o complexo das normas que disciplinam as relações econômicas entre marido e mulher, durante o casamento¹⁴.

A existência de um regime de bens é necessária, não podendo o casamento subsistir sem ele. Ainda que os cônjuges não se manifestem, a lei o faz, ou seja, supre tal vontade, disciplinando o regime patrimonial de seu casamento¹⁵.

4.1 – No Casamento

O novo Código Civil, em seu Livro IV, Título II, Subtítulo I, contempla quatro regimes de bens, quais sejam, Regime de Comunhão Parcial; Regime de Comunhão Universal; Regime de Participação Final nos Aquestos; e Regime de Separação de Bens, que serão analisados separadamente. Todavia, antes da celebração do casamento,

¹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de família**. Vol. 6. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2003. P. 169-170.

¹⁴ MIRANDA, Darci Arruda. **Anotações ao código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1981. P. 207.

¹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de família**. Vol. 6. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2003. P. 170.

podem os nubentes fazer quaisquer estipulações quanto aos seus bens, conforme o *caput* do artigo 1639:

Art. 1639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

Trata-se da convenção ou pacto antenupcial, que tem por fim permitir aos nubentes a escolha do regime que deverá prevalecer na vida conjugal. Saliente-se que há plena liberdade na elaboração da escritura antenupcial, salvo questões de ordem pública. Desse modo, os nubentes podem escolher qualquer dos regimes possíveis ou mesclá-los entre si¹⁶.

Vale lembrar que dispensável será o pacto se preferirem o regime legal vigente, ou seja, a comunhão parcial¹⁷, uma vez que o art. 1640 estipula que:

Art. 1640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.

A convenção antenupcial somente será válida quando respeitadas, como condições, que seja por escritura pública e que o casamento se efetive. Também será ineficaz quando toda a convenção, ou cláusula nela contida, prejudique direitos conjugais, paternos ou a própria disposição da lei.

Cabe, então, a análise, ainda que sucinta, das modalidades de regimes de bens, constantes de nosso Código Civil.

¹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de família**. Vol. 6. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2003. P. 172.

¹⁷ MIRANDA, Darci Arruda. **Anotações ao código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1981. P. 207.

4.1.1 – Regime de Comunhão Parcial

É o regime legal, que vigora nos casamentos sem pacto antenupcial ou cujos pactos sejam nulos, vigente no direito pátrio após o advento da lei que introduziu e regulamentou o divórcio.

Neste regime, comunicam-se quaisquer bens que o casal venha a adquirir durante o casamento. Assim, entram na comunhão:

- os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;
- os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;
- os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;
- as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge; e
- os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

Há, portanto, três massas de bens, ou seja, os bens do marido e os bens da mulher, particulares, trazidos antes do casamento, e os bens comuns, amealhados após o matrimônio¹⁸.

Presumem-se adquiridos na constância do casamento os bens móveis, quando não se provar que o foram em data anterior.

A administração do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges. As dívidas contraídas no exercício da administração obrigam os bens comuns e particulares do cônjuge que os administra, e os do outro na razão do proveito que houver auferido. A anuência de ambos os cônjuges é necessária para os atos, a título gratuito, que impliquem cessão do uso ou gozo dos bens comuns. Em caso de

¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de família**. Vol. 6. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2003. P. 181.

malversação dos bens, o juiz poderá atribuir a administração a apenas um dos cônjuges.

Os bens da comunhão respondem pelas obrigações contraídas pelo marido ou pela mulher para atender aos encargos da família, às despesas de administração e às decorrentes de imposição legal.

A administração e a disposição dos bens constitutivos do patrimônio particular competem ao cônjuge proprietário, salvo convenção diversa em pacto antenupcial.

As dívidas, contraídas por qualquer dos cônjuges na administração de seus bens particulares e em benefício destes, não obrigam os bens comuns.

4.1.2 – Regime de Comunhão Universal

Este regime de bens foi adotado pelo código de 1916, quando do seu advento, como o regime legal para o direito pátrio. Entendeu o legislador, originariamente, que a comunhão universal seria a que melhor se afeiçoava aos interesses dos cônjuges, desarticulando possível desconfiança que os outros regimes poderiam provocar entre eles, colocando dúvidas quanto ao seu interesse matrimonial. Com a comunhão, ao contrário, o patrimônio dos cônjuges se confundiria, formando um só, como uma prova de amor e de confiança. Isso, entretanto, não evitaria o golpe do casamento por interesse. Todavia, a comunhão universal cedeu lugar, com a publicação da Lei 6.515/77, ao regime de comunhão parcial de bens¹⁹.

De acordo com o Código Civil de 2002, o regime de comunhão universal é o regime de bens em que há comunicação de todos os bens presentes e futuros, dos cônjuges e suas dívidas passivas, bem como os frutos percebidos durante o casamento, daqueles bens tidos por incomunicáveis por cláusula própria.

¹⁹ MIRANDA, Darci Arruda. **Anotações ao código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1981. P. 211-212.

Como regra, tudo que entra para o acervo dos cônjuges ingressa na comunhão, tudo que cada cônjuge adquire torna-se comum, ficando cada consorte meeiro de todo o patrimônio.

Quanto à administração dos bens, dá-se da mesma forma que no regime de comunhão parcial.

4.1.3 – Regime de Participação Final nos Aqüestos

Trata-se de inovação do novo Código Civil, que o introduziu. É um regime híbrido, no qual se aplicam regras da separação de bens e da comunhão de aqüestos. Sua utilidade se dá aos cônjuges que atuam em profissões diversas, em economias desenvolvidas, e já possuem certo patrimônio ao se casar. Denota-se um negócio patrimonial que suplanta o cunho afetivo²⁰.

“Aqüestos” são os bens havidos na vigência do casamento, que se comunicam em qualquer regime de bens, salvo disposição em contrário em pacto antenupcial, Não se deve considerar como aqüesto, todavia, o bem havido com recursos decorrentes da alienação de bens anteriores ao casamento²¹, via sub-rogação.

Neste regime, cada cônjuge possui patrimônio próprio e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

No caso de bens adquiridos pelo trabalho conjunto, terá cada um dos cônjuges uma quota igual no condomínio ou no crédito por aquele modo estabelecido.

Salvo prova em contrário, presumem-se adquiridos durante o casamento os bens móveis.

As dívidas de um dos cônjuges, quando superiores à sua meação, não obrigam ao outro, ou a seus herdeiros.

²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de família**. Vol. 6. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2003. P. 191-192.

²¹ FELIPE, Jorge Franklin Alves e ALVES, Geraldo Magela. **O novo Código Civil anotado**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. P. 327.

4.1.4 – Regime de Separação de Bens

Este regime só poderá ser estabelecido pelos nubentes em uma convenção antenupcial, feita por escritura pública e seguida da efetivação do casamento, no caso da separação convencional.

Nesta modalidade, os bens permanecem sob a propriedade, posse e administração exclusiva de cada um dos cônjuges que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real, pois é característica do regime a completa distinção de patrimônios.

A respeito, Sílvio de Salvo Venosa²² aduz que:

“O novo Código estabelece verdadeiramente uma separação de patrimônios, pois no Código de 1916, mesmo no regime de separação absoluta, havia necessidade de outorga conjugal para a alienação de imóveis. Disciplinava o art. 276:

‘Quando os contraentes casarem, estipulando separação de bens, permanecerão os de cada cônjuge sob administração exclusiva dele, que os poderá livremente alienar, se forem móveis.’

O art. 1.647 do novo Código foi expresso, autorizando os negócios ali descritos, os quais podem livremente ser praticados pelo cônjuge no regime de separação de bens.”

Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial.

Percebe-se que este regime isola totalmente o patrimônio dos consortes e não se conecta com as finalidades da união, seja advinda do casamento, seja no caso da união estável.

A separação dos bens decorre não só da vontade dos nubentes, mas também por imposição legal. Será obrigatória, não prevalecendo nem o regime legal, ou seja, o da comunhão parcial de bens, nem o convencional, sendo denominado regime de separação “legal” ou “obrigatória” de bens, quando da ocorrência de causas

²² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de família**. Vol. 6. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2003. P. 196.

suspensivas de casamento, ou quando um dos nubentes for maior de 60 anos, ou, ainda, quando faltar o consentimento judicial. É o que se depreende do art. 1641, que segue:

Art. 1641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

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

II - da pessoa maior de sessenta anos;

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

4.1.5 – Sobre o Regime Dotal - extinto

Quanto ao regime dotal, onde os cônjuges estipulam em escritura antenupcial os bens que constituem o dote, o novo Código Civil não mais o prevê, posto que de praticamente nenhuma utilização em nosso país, sendo somente aplicável aos estabelecidos anteriormente à sua vigência.

O regime dotal não era um regime propriamente dito, mas uma modalidade de administração de bens que se combinava com os demais regimes²³.

4.2 – Bens excluídos da comunhão no casamento

Entendeu por bem o legislador pátrio excluir determinados bens, dependendo da sua natureza, da comunhão de bens que forma a sociedade conjugal.

4.2.1 – Excluídos da Comunhão Parcial

Segundo o art. 1659 do novo Código Civil, os bens que se excluem da comunhão parcial são:

- os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;

- os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação aos bens particulares;
- as obrigações anteriores ao casamento;
- as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;
- os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão, inclusão feita pelo no novo código;
- os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge, também incluído pelo novo código; e
- as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes, também inclusão no novo código.

São incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento.

4.2.2 – Excluídos da Comunhão Universal

Como já visto, na comunhão universal a regra é que os bens adquiridos pelos cônjuges tornarem-se comuns. Há, todavia, exceções que criam patrimônio especial, em determinadas situações descritas em lei, as quais são listadas a seguir:

- os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;
- os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;
- as dívidas anteriores ao casamento, salvo as despesas com seus preparativos, ou reverterem em proveito comum;
- as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;

²³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de família**. Vol. 6. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2003. P. 171-172.

- os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão, inclusão feita pelo novo código;
- os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge, também inclusão no novo código; e
- as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes, também inclusão no novo código.

4.2.3 – Excluídos da Participação Final nos Aquestos

O art. 1674 do novo Código Civil exclui, da soma dos patrimônios próprios, os seguintes bens:

- os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram;
- os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade; e
- as dívidas relativas a esses bens.

4.3 – Regime aplicável à união estável

Até o advento do Novo Código Civil, não se falava propriamente em regime de bens para a união estável. Assim, a jurisprudência apontou, ao longo do tempo, algumas soluções, como, por exemplo, atribuir à companheira direito a salários em razão dos serviços domésticos prestados ou dar-lhe participação no patrimônio auferido pelo esforço comum em razão de sociedade de fato havida entre os concubinos. Tais soluções eram estabelecidas sempre no campo do direito das obrigações.

Tal postura foi alterada. Observe-se o seguinte julgado, datado de 1995, no qual a 5ª Turma Civil do Tribunal de Justiça do Distrito Federal entendeu caber analogia entre o casamento sob o regime da separação total de bens onde, segundo seu entendimento, há comunicação dos aquestos, e o concubinato estável:

1. A concubina, integrante de uma união estável não pode ser equiparada a mera serviçal do companheiro. Quem age e se comporta como dono e sócio, em igualdade de participação, não merece ser remunerado como se fora empregado. 2. Os serviços prestados pela concubina, enquanto mãe e mulher, são imponderáveis e, por isso, impedem a atribuição de expressão monetária. Tal circunstância, no entanto, não implica dizer da existência de seu desvalor, sob pena de premiar-se o concubino com o enriquecimento sem causa lícita. 3. Afigura-se ilegal e injusto distinguir-se ou avaliar-se, com um grau menor, a colaboração prestada por um dos concubinos para a formação do patrimônio haurido, exclusivamente durante a vida em comum. Comparece juridicamente irrelevante o exercício ou não de atividade laboral remunerada e regular por um dos integrantes da união estável, impondo apenas o resultado atingido pelo casal, do ponto de vista econômico-financeiro. 4. A diferença entre o casamento e a sociedade concubinatória estável, quanto à sua existência e o regime de bens adotado, resume-se em ter aquela prova pré-constituída, enquanto esta não desfruta de tal requisito. Assim, cabe analogia entre o casamento sob o regime da separação total de bens - onde há comunicação dos aqüestos - e o concubinato estável [sem grifo no original]. Desse modo, torna-se impertinente indagar-se quanto à contribuição de cada um dos companheiros, devendo o patrimônio amealhado no interregno ser dividido em duas partes iguais. Inteligência do art. 226, § 3º, da Constituição Federal; Súmula nº 377, do Excelso Supremo Tribunal Federal. Apelação do Réu improvida. Unânime. Apelação da Autora provida. Maioria"²⁴.

A Lei 9.278/96 usava a expressão "condomínio" ao tratar do regime de bens aplicável à união estável, em seu artigo 5º: "os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito". O termo "condomínio" deveria ser substituído por "comunhão" e, assim, tal como se dá no regime da comunhão parcial, poderiam conviver três patrimônios: o comum, relativo a bens móveis e imóveis, havidos na constância da união e a título oneroso; o pessoal do convivente e o pessoal da convivente, ou seja, aqueles bens que já pertenciam a cada um antes da união.

O novo Código Civil, também no Livro IV, mas em título próprio, de número "III", acabou com essa dúvida, passando a presumir o regime de comunhão parcial de bens na união estável²⁵.

²⁴ DISTRITO FEDERAL. TJ. 5ª Turma Civil. Civil - Sociedade de fato e concubinato - Concurso para formação de patrimônio - Atividade laboral regular - Irrelevância - Comunhão dos aqüestos. Ac. 34.025. Relator: Desembargador Valter Xavier. 22.02.1995. DJU 3 30.08.1995, p. 12.155.

²⁵ Art. 1725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Todavia, pode haver um contrato escrito, como mencionado no artigo 1725 do novo Código Civil e no artigo 5º da Lei 9278/96, sem necessidade de escritura pública, podendo ser, ainda, por escrito particular.

No casamento, o regime de bens deve ser pactuado antes do casamento, além de não poder ser alterado posteriormente, sem que haja autorização judicial para tal. Já a união estável não prevê estas regras acima citadas, por isso as opiniões se dividem, havendo uma corrente, majoritária, que adota por analogia o que se aplica ao casamento e uma outra corrente, minoritária, que diz que o contrato pode ser firmado a qualquer momento pois não existe um marco, como há no casamento, não há termo inicial.

Com relação a alteração do pacto nupcial, como a lei não proíbe, é permitido. Todavia, não pode ser aplicado analogicamente, por se tratar de uma norma restritiva de direito.

Resta abordar qual regime de bens se adota ao caso do concubinato, referindo-se a uniões não estáveis, livres, furtivas ou mancebia, tais como o concubinato adulterino ou impuro. Sabe-se que o relacionamento erigido sobre a infração ao dever de fidelidade conjugal não surte efeitos e, como essa união não se constitui por falta de liame lícito, não tem eficácia como entidade familiar. Assim, os concubinos adulterinos que formem patrimônio específico em razão da relação, podem ter esse acervo dividido pelas regras do direito das obrigações, ou seja, que disciplina a sociedade de fato, e não pelo direito de família. É o que estipula a Súmula n. 380 do STF: "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum".

5 – DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

Após esta visão geral do instituto da família e de seus caracteres, ou seja, casamento, união estável e regime de bens, cabe, agora, aprofundar este estudo sobre o tema da dissolução, seja do casamento, seja da união estável, bem como da afetação do patrimônio oriundo do trabalho, por exemplo, no caso da indenização trabalhista.

Desde a implantação hegemônica do cristianismo, que passou a exercer grande influência sobre o direito matrimonial, criaram-se grandes dificuldades para a separação do casal. A doutrina da indissolubilidade do vínculo toma forma definitiva no século XII, ao mesmo tempo em que se cria a teoria da separação de corpos, que faz cessar a vida em comum sem possibilidade, todavia, de contrair novas núpcias, como ocorreu com o desquite, que vigorou até 1977, quando a Emenda Constitucional nº 9/77 introduziu o divórcio no ordenamento brasileiro, após vencer fortes barreiras de resistência²⁶.

A sociedade conjugal se dissolve, segundo o novo Código Civil, nas seguintes hipóteses:

Art. 1571. A sociedade conjugal termina:

- I - pela morte de um dos cônjuges;
- II - pela nulidade ou anulação do casamento;
- III - pela separação judicial;
- IV - pelo divórcio.

§ 1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.

§ 2º Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial.

Por outro lado, a ocorrência de qualquer desses eventos não põe fim, imediatamente, à comunhão, o que somente ocorrerá com a partilha. Até sua ocorrência, o patrimônio continuará na administração do cônjuge que tiver tal responsabilidade ou, por decisão judicial, pode a administração dos bens ser atribuída

²⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de família**. Vol. 6. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2003. P. 206.

ao outro cônjuge ou a terceiro, e haverá um estado transitório de indivisão, onde os frutos, rendimentos e ganhos de capital em geral continuarão a agregar-se ao patrimônio comum, devendo ser igualmente partilhados²⁷.

Para efeitos do presente estudo, excluir-se-á, das hipóteses apresentadas para a dissolução da sociedade conjugal, a ocorrida por pela morte de um dos cônjuges, de modo a restringir a partilha de bens, não abordando a modalidade por sucessão causa *mortis*.

Tanto a separação como o divórcio devem ser uma solução para o conflito estabelecido entre o casal, sendo um remédio para a família, e não propriamente uma sanção, de modo a evitar maiores danos aos cônjuges, bem como aos filhos, quando existentes. A separação judicial dissolve a sociedade conjugal sem desfazer completamente o vínculo matrimonial, ou seja, desaparecem vários efeitos do casamento e outros terão seu conteúdo modificado. O rompimento total do vínculo se dará posteriormente, com a conversão da separação em divórcio²⁸.

Assim, havendo o desfazimento da sociedade conjugal, em virtude da separação ou do divórcio, a partilha pode decorrer de mútuo acordo, dita convencional, com a divisão do ativo e do passivo do casal e, extinta a comunhão com a partilha, cessará a responsabilidade de cada cônjuge para com os credores do outro, conforme dispõe o art. 1671 do novo Código Civil²⁹, que segue:

Art. 1671. Extinta a comunhão, e efetuada a divisão do ativo e do passivo, cessará a responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro.

Com o fim, então, da sociedade conjugal, a partilha dos bens se dará conforme a previsão legal do regime de bens escolhido pelos nubentes ou, na impossibilidade ou omissão, pelo regime legal, como já visto no item número 4 deste trabalho.

²⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de família**. Vol. 6. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2003. P.190.

²⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de família**. Vol. 6. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2003. P. 207-210.

²⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de família**. Vol. 6. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2003. P. 190.

No caso do regime de participação final nos aqüestos, caberá a cada cônjuge, à época da dissolução do casamento, metade dos bens adquiridos mediante esforço comum do casal, a título oneroso, durante a vida conjugal, verificando-se o montante dos aqüestos à data em que cessou a convivência, e não na data em que se decretou a separação judicial ou o divórcio, questão esta de fato, a ser apurada no caso concreto, por exemplo, da decisão que decretou a separação de corpos.

Se não for possível nem conveniente a divisão de todos os bens em natureza, calcular-se-á o valor de alguns ou de todos para reposição em dinheiro ao cônjuge não proprietário. Não se podendo realizar a reposição em dinheiro, serão avaliados e, mediante autorização judicial, alienados tantos bens quantos bastarem. Tal matéria trará problemas complexos, mormente se o cônjuge não mais possui patrimônio quando da dissolução da sociedade conjugal ou numerário suficiente para as tornas em dinheiro mencionadas³⁰.

A partilha do patrimônio é efetivada de acordo com o regime de bens, escolhido antes do casamento, sendo de todo impertinente o exame da culpa pela separação, pois a partilha é realizada com a adoção de critérios objetivos definidos por lei.

Ao determinar-se o montante dos aqüestos, computar-se-á o valor das doações feitas por um dos cônjuges, sem a necessária autorização do outro; nesse caso, o bem poderá ser reivindicado pelo cônjuge prejudicado ou por seus herdeiros, ou declarado no monte partilhável, por valor equivalente ao da época da dissolução.

Incorpora-se ao monte o valor dos bens alienados em detrimento da meação, se não houver preferência do cônjuge lesado, ou de seus herdeiros, de os reivindicar.

Se um dos cônjuges solveu uma dívida do outro com bens do seu patrimônio, o valor do pagamento deve ser atualizado e imputado, na data da dissolução, à meação do outro cônjuge.

Quanto à união estável, não existe para a sua dissolução toda aquela gama de ações que se tem para o casamento. A única ação que existe é a ação de dissolução de

união estável, ou também chamada de ação de dissolução da sociedade de fato, sendo de competência da vara de família. Na união estável não é preciso alegar motivo algum, diferentemente do casamento, além da vontade para dissolver a união estável, porém é permitido discutir os motivos, bastando apenas um querer. O objeto do litígio é somente a partilha dos bens e guarda dos filhos, como o divórcio, como cláusulas obrigatórias.

É o que se depreende do parágrafo único, do artigo 7º, da Lei 9.278/96:

Art. 7º - Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Já verificou-se a exclusão de certos bens da comunhão do casal, em especial, segundo a atual legislação, o patrimônio fruto dos proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge, derivado, por exemplo, de salários e de indenização trabalhista. Estes são alguns dos aspectos a serem abordados na próxima unidade.

³⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de família**. Vol. 6. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2003. P. 196.

6 – AFETAÇÃO OU NÃO DO PATRIMÔNIO FRUTO DOS PROVENTOS DO TRABALHO – INDENIZAÇÃO TRABALHISTA

Quando se fala em afetação do patrimônio fruto dos proventos do trabalho, refere-se ao fato de tal patrimônio ser afetado, ou seja, comunicar-se com os demais bens do casal, passando a fazer parte da massa de bens da sociedade conjugal, ou, por outro lado, a não afetação, continuando os proventos do trabalho e os bens com eles adquiridos na esfera particular de cada consorte. De tal modo, quer se estudar se, por ocasião do recebimento de indenização trabalhista, ou outros proventos do trabalho ou indústria a ela assemelhados, tal numerário ou o patrimônio com ele adquirido entrará ou não na comunhão de bens a serem partilhados por ocasião da dissolução da sociedade conjugal.

Quando se fala em causa da indenização trabalhista, tem-se em mente aqueles proventos oriundos do trabalho do indivíduo, por exemplo, salários devidos e outras formas de indenização e seus reflexos.

E qual seria a razão pelo interesse com a indenização trabalhista? A indenização trabalhista, além de ser uma forma derivada dos proventos do trabalho, é uma modalidade bem singular de indenização, não somente pela matéria ser tratada por um tribunal especial, mas principalmente por afetar profundamente a família. Ao lado dos valores do FGTS e do PDV, o chamado plano de demissão voluntária, o montante recebido em uma indenização trabalhista serve, não raras vezes, de única fonte de subsistência para inúmeras famílias, isso porque, regra geral, quando o indivíduo vem a perceber dinheiro através das modalidades citadas, já está em sem outra fonte de renda, seja através de salário, seja por outros meios. Saliente-se que, por outro lado, tanto os recursos do FGTS, quanto os do PDV, são verbas disponibilizadas de forma relativamente rápida, o que não ocorre, de praxe, com a indenização trabalhista, salvo se esta for ajustada em uma conciliação prévia. Assim, levando-se em conta a morosidade da Justiça Trabalhista, seja em função do acúmulo de ações, fruto, vale dizer, do modelo econômico implantado por nossos governantes, seja pelas

características do próprio processo trabalhista, a indenização trabalhista pode vir a ser gozada em um prazo não inferior a cinco anos. De qualquer forma, interessa aqui verificar que se há direito a uma indenização trabalhista é porque os proventos do trabalho não foram calculados como deveriam, ou foram totalmente omitidos, entre outras razões, e, assim, prejudicaram sobremaneira as relações econômicas de uma família, quer na aquisição da residência, quer na manutenção do lar, quer na educação dos filhos, quer na saúde da família, e tantos outros reflexos que pode trazer uma deficiência nos rendimentos mensais de um casal. Isso porque, também regra geral, os rendimentos do casal provém ou do trabalho assalariado, e deste deriva a indenização trabalhista, ou da indústria, como o comércio, por exemplo. De resto, têm-se exceções. Então, assim como a manutenção do lar, também a aquisição dos bens do casal, que serão regulados pelo regime de bens adotado, convencional ou legal, pode advir dos proventos do trabalho e da indenização trabalhista, por via reflexa, e, geralmente, assim o é. Tanto que, não raras vezes, as indenizações de cunho trabalhista são foco de discussões jurídicas entre o casal, após a dissolução conjugal.

Adiante-se, desde logo, que a posição jurisprudencial para o tema em questão, é no sentido de tal patrimônio não se comunicar com os demais bens, pelas mais diversas razões apresentadas nos julgados trazidos a este estudo. É o que passaremos a analisar agora.

A terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgado datado de 1997, entendeu que o bem adquirido com o produto de indenização trabalhista percebida após a ruptura do vínculo conjugal não se comunica³¹:

Ementa: Civil. Família. Fruto civil de trabalho. Ruptura do vínculo conjugal. Bem adquirido com o produto de indenização trabalhista percebida após a ruptura do vínculo conjugal não se comunica. Inteligência do art. 263, XIII, do Código Civil. Recurso conhecido e provido. Decisão: por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento.

³¹ BRASIL. STJ. 3ª Turma. Civil. Família. Fruto civil de trabalho. Ruptura do vínculo conjugal. REsp 77676/DF; Recurso Especial (1995/0055062-8). Relator: Ministro Costa Leite. 04.12.1997. Fonte: DJ DATA:13/04/1998 PG:00115RSTJ VOL.:00104 PG:00277.

Também em tratamento desfavorável à afetação da indenização trabalhista, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em julgado datado de 2000³², entendeu:

T. M. E. S. ajuizou ação cautelar de arrolamento de bens contra A. F. S. aduzindo que casou com o requerido pelo regime de comunhão universal de bens, tendo ingressado em 08/08/97 com pedido de divórcio direto litigioso onde arrolou na partilha apenas a carta de intenção para aquisição de unidade imobiliária.

Gizou, contudo, que o requerido possui uma reclamatória trabalhista que se encontra em fase de liquidação, valor este que também entende lhe pertencer.

Salientou, por fim, que protocolou pedido perante a Justiça Trabalhista onde solicitou o depósito judicial de metade do montante mencionado, o qual foi indeferido, razão pela qual intentou a presente ação no intuito de evitar possível dissipação do numerário pelo réu.

... Sentenciando, o MM. Juiz de Direito indeferiu a pretensão da suplicante por impossibilidade jurídica do pedido, com base no artigo 267, VI, do CPC.

Irresignada, a vencida apelou asseverando que o regime de comunhão universal caracteriza-se pela comunicação de todos os bens presentes e futuros, adquiridos antes e depois do matrimônio, estando, portanto, comprovada a presença dos elementos essenciais para o deferimento do pedido. É o relatório.

... Na pugna pela reforma da decisão a quo, sustenta a virago que seu casamento foi celebrado pelo regime de comunhão total de bens, que se caracteriza pela comunicação de todos bens presentes e futuros, sejam eles adquiridos antes ou após a celebração do casamento.

Logo, teria direito à meação da indenização trabalhista que irá - ou mesmo já recebeu - o apelado, malgrado já esteja em curso a ação de divórcio.

Sua argumentação, todavia, é francamente improcedente, haja vista que a vingar o raciocínio por ela esposado, estar-se-ia infringindo a norma insculpida no art. 276, inc. XIII, do Código Material...

... A propósito, Yussef Said Cahali destaca julgado do Superior Tribunal de Justiça, onde se consigna que "invertendo o resultado do julgamento nos infringentes, conferiu-se relevo à circunstância de a ação trabalhista de que originara a indenização haver iniciado na constância do casamento, daí a conclusão no sentido de que a esposa tinha direito à meação da indenização e, em consequência, do bem adquirido com o produto desta. O raciocínio não parece correto. Choca-se com a regra do art. 263, XIII, do CC, além de dissentir de julgados trazidos a cotejo pelo recorrente. Segundo o ali disposto, são excluídos da comunhão os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos. Não mais se questiona hoje, entretanto, assim na doutrina como na jurisprudência, que os bens adquiridos com o produto do trabalho do marido entram na comunhão. Isso, entretanto, só pode ocorrer na vigência da sociedade conjugal. Nessa ordem de idéias, nada importa que a reclamatória trabalhista haja se iniciado na constância do casamento. A indenização dela resultante, qualificando-se como fruto civil de trabalho, não se comunicará. A comunicação se daria em relação ao bem adquirido com o seu produto, caso isso ocorresse antes da dissolução do casamento" [sem grifo no original] (3ª Turma, Resp 77.676, Rel. Costa Leite, 04.12.1997, DJU I de 13.04.1998, p. 115)" (in Divórcio e Separação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pág. 822/823).

³² SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. 2ª C.Cív. Civil. Família. Fruto civil de trabalho. Ruptura do vínculo conjugal. Bem adquirido com o produto de indenização trabalhista percebida após a ruptura do vínculo conjugal não se comunica. AC 00.008688-6. Relator: Des. Vanderlei Romer. 14.12.2000.

Traz à lume, ainda, o eminente doutrinador "assim, 'no regime de bens, são excluídos da comunhão os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos' (1ª Turma do TJDF, ap. 21.980/90, 21.05.1997, maioria, DJU III de 20.08.1997, p. 18.548); ou mais especificamente: 'Face à igualdade existente entre homem e mulher em direitos e obrigações referentes à sociedade conjugal, instituída pela Lei Maior, é inegável que o item XII do art. 263 se aplica tanto em favor da mulher como do homem, permitindo que os bens por este adquiridos, exclusivamente com o seu esforço, sejam considerados reservados, excluídos da partilha no caso de separação ou divórcio' (1ª Câmara do TJMG, ap. 83.310, Rel. Lúcio Urbano, 04.09.90, Minas Gerais II de 07.02.1991, p. 2 e Rep. IOB Jurisp 3/5288)" (ob. cit., pág. 823).

Dos anais jurisprudenciais, vale, ainda, citar:

"De acordo com o art. 263, XIII, e art. 269, IV, do Código Civil, estão excluídas da comunhão dos frutos civis do trabalho, bem como a chamada indenização trabalhista, que guarda caráter alimentício" [sem grifo no original] (ACV 2641691, rel. Des. Deocleciano Quiroga, DJU 19.10.94, pág. 12.995)

"CIVIL. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL. INDENIZAÇÃO TRABALHISTA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO DA SEPARANDA. VERA ADEMAIS PROVENIENTE DE CAUSA ANTERIOR ÀS NÚPCIAS. RECURSO DESPROVIDO.

"Tratando-se de indenização trabalhista, a mulher, pelo simples fato de ser casada, não tem direito a 50% do respectivo valor" [sem grifo no original] (AI n. 8.299, rel. Des. Amaral e Silva).

Neste passo, correta a sentença objurgada quando declara a ausência dos necessários fumus boni juris e periculum in mora, julgando extinto o feito.

Nego, pois, provimento ao recurso.

DECISÃO: Nos termos do voto do relator, a Câmara decidiu, por votação unânime, desprover o recurso.

Verificou-se, na parte grifada do julgado anteriormente transcrito, a seguinte assertiva, da terceira turma do STJ, que vale ressaltar: "...Não mais se questiona hoje, entretanto, assim na doutrina como na jurisprudência, que os bens adquiridos com o produto do trabalho do marido entram na comunhão." Tal posicionamento salta aos olhos, pois é uma flagrante ofensa constitucional frente à igualdade entre homem e mulher em direitos e obrigações, trazida a tona pela constituição de 88, tanto que o doutrinador Yussef Said Cahali chega a afirmar que o inciso XII, do art. 263 do antigo Código Civil, referente aos bens considerados reservados, aplica-se tanto em favor da mulher como também do homem, excluindo tais bens da partilha em caso de separação ou divórcio³³.

³³ CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P. 823.

Da mesma forma, desconsiderando a comunicação da indenização trabalhista, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em julgado datado de 2002³⁴, entendeu:

O art. 263, XIII, do Código Civil, afasta da comunhão os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos, onde enquadra-se a indenização trabalhista. Apelação desprovida.

... DES.^a LÚCIA DE CASTRO BOLLER (RELATORA) – O exame dos autos mostra que a apelante pretende a declaração da indisponibilidade do crédito trabalhista que o apelado está prestes a receber, verba que entende deva ser dividida igualmente, nos autos da ação de separação judicial litigiosa que o apelante ajuizou contra ela, considerando que a ação trabalhista foi proposta na constância da sociedade conjugal, a qual se deu pelo regime da comunhão parcial de bens.

Todavia, as verbas oriundas de reclamatória trabalhista não podem integrar o patrimônio a ser partilhado, pois, em que pese o estabelecido no art. 271, VI, do Código Civil, é de ser considerado que o art. 269, inc. IV, do mesmo diploma legal, exclui da comunhão, dentre outros, “os demais bens que se consideram também excluídos da comunhão universal.” [sem grifo no original]

Assim, tendo em vista que o art. 263, do Código Civil, que trata da comunhão universal, com redação posterior ao art. 271 (redação dada pela Lei nº 4.121/62), elenca, em seu inciso XIII, os bens comunicáveis e lá estão “os frutos civis do trabalho ou da indústria de cada cônjuge ou de ambos”, concluiu-se que, com mais, razão, as indenizações trabalhistas devem ficar fora da partilha, quando o casamento é celebrado pelo regime parcial de bens.

... Isto posto, nego provimento à apelação cível, condenando a apelante no pagamento das custas, cuja exigência fica suspensa, eis que concedo-lhe o benefício da assistência judiciária gratuita, requerido desde a petição inicial.

Todavia, tal entendimento dos Tribunais não afasta a validade de uma análise mais aprofundada do tema, até porque, em verdade, o patrimônio fruto dos proventos do trabalho e a indenização trabalhista entram para a comunhão de bens do casal até o advento do Estatuto da Mulher em 1962, legislação protetiva que ao tentar resguardar a mulher que exercia profissão lucrativa, excluiu tal patrimônio da comunhão e instituiu os bens reservados da mulher, deixando, entretanto, face a algumas imperfeições de técnica legislativa, margem a interpretação diversa. Tanto as modificações ocorridas na legislação, quanto o seu estudo e questionamento, analisando os pontos positivos e negativos das alterações impostas, caracterizam a dinamicidade do direito, acompanhando a evolução da sociedade, e, assim como as leis

³⁴ RIO GRANDE DO SUL. TJ. 2ª Câmara .Especial Civil. Apelação Cível. Cautelar Inominada Incidental. Indenização Trabalhista. Partilha. Indeferimento Da Inicial. Impossibilidade Jurídica Do Pedido. AC 70002888824. Relatora: Desembargadora Lúcia de Castro Boller. 19.06.2002.

são passíveis de alterações, também o é a apreciação jurisprudencial, que não pode ficar inerte e engessada, à revelia da diversidade do dia-a-dia, que requer uma interpretação adequada ao caso concreto.

Já foi estudado, em tópico próprio, os diversos regimes de bens possíveis do casamento, bem como o regime aplicável à união estável. Em linhas gerais, os bens do casal, comunicam-se ou deixam de comunicar-se, ficando na esfera particular, dependendo do regime de bens escolhido ou aplicável, segundo as disposições do Código Civil em vigor.

No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens havidos a título oneroso na constância do casamento, ainda que só em nome de um dos cônjuges; os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior; os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges; as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge; os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão; e, ainda, os bens móveis, quando não se provar que o foram em data anterior. Como exceção, não se comunicam os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento; os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar; os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação aos bens particulares; as obrigações anteriores ao casamento; as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal; os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes. Assim, há bens particulares de cada cônjuge, que os administra, e bens comuns³⁵.

No regime de comunhão universal, comunicam-se todos os bens presentes e futuros, dos cônjuges e suas dívidas passivas, bem como os frutos percebidos durante o casamento, daqueles bens tidos por incomunicáveis por cláusula própria. Como

exceção, não se comunicam os bens os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; as dívidas anteriores ao casamento, salvo as despesas com seus preparativos, ou reverterem em proveito comum; as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade; os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

No regime de participação final dos aqüestos, salvo estipulação do casal em contrário, comunicam-se os bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento, em condomínio, bem como os bens móveis. Como exceção, não se comunicam os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram; os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade; as dívidas relativas a esses bens.

São estes os regimes cujos bens podem suscitar alguma controvérsia, que será aqui abordada.

Tal análise suscita certos questionamentos, em relação a essa especialidade dos proventos do trabalho, qual seja, a indenização trabalhista. Assim, utilizar-se-á, como parâmetros de estudo, o tempo em que a indenização trabalhista é recebida e, também, o destino de tais proventos do trabalho.

Primeiramente, com relação ao tempo a que a indenização trabalhista é recebida, em relação à sua causa. Considerar-se-á se a causa é anterior ao casamento, ou união, e a indenização também; se a causa é anterior ao casamento, com indenização a perceber durante o casamento; ou, ainda, se a causa ocorre durante o casamento, com indenização a perceber também durante o casamento, ou, em uma última hipótese, com recebimento da indenização após a sua dissolução.

³⁵ FELIPE, Jorge Franklin Alves e ALVES, Geraldo Magela. **O novo Código Civil anotado**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. P. 329.

Analise-se, primeiramente, quanto ao tempo de recebimento da indenização trabalhista, o aspecto de a causa que gerou tal indenização ser anterior ao casamento, seja com o recebimento dos respectivos valores a qualquer tempo.

Primeiramente, considerando a causa anterior ao casamento. Em tese, não se comunicará, independentemente de sua utilização, do seu destino. Por exemplo, se um lote foi adquirido antes do casamento não se comunica, ainda que legalizado posteriormente ao casamento³⁶.

Já, com relação aos bens móveis, segundo o art. 1662 do novo CC, há presunção de que foram adquiridos na constância do casamento, salvo prova em contrário.

Essa questão é relevante pois, regra geral, em relação aos bens de raiz, e mais outras poucas exceções previstas por força da lei, todos que pertenciam a cada consorte antes do casamento, ou que vieram a pertencer por causa anterior a ele, inclusive os bens oriundos do direito sucessório, farão parte somente do seu patrimônio, não se comunicando com o do outro. É o que se depreende do art. 1661 do novo Código Civil:

Art. 1661. São incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento.

Por outro lado, todos que forem adquiridos posteriormente, quer individualmente, quer conjuntamente, farão parte inexoravelmente da comunhão.

Washington de Barros Monteiro, acerca do tema, diz que tais efeitos não se comunicam ao outro cônjuge, ou seja, cada um deles conserva exclusivamente para si tudo quanto possuía ao casar. A comunhão só compreende os bens que se adquiram a título oneroso na constância do casamento. É por isso que esse regime se chama de comunhão parcial, porque se limita aos adquiridos depois do casamento.³⁷

³⁶ FELIPE, Jorge Franklin Alves e ALVES, Geraldo Magela. **O novo Código Civil anotado**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. P. 329.

³⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**, ed. Saraiva, 2º vol., 35. ed., 1999. P. 174.

Nesse sentido foi o entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina³⁸, em julgado datado de 2001, que segue:

Os bens adquiridos anteriormente às núpcias, no regime de comunhão parcial de bens, não pertencem a meação da esposa meeira, não podendo pretender sua defesa por meio de embargos de terceiros, eis que meação não existe. Inteligência dos arts. 269, I e 272, ambos do CC ...

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso interposto.

Maria Helena Diniz, em seus comentários, aduz que se o título aquisitivo precede ao matrimônio, achando-se tão-somente a aquisição adiada por condição ou termo, o bem adquirido não entrará para a comunhão. Cita a autora, como exemplo, que se um rapaz solteiro vender a crédito um terreno seu, cujo valor só lhe foi entregue após seu casamento sob o regime de comunhão parcial, sua mulher nada terá de direito, pois o recebimento do quantum prendeu-se a causa anterior às núpcias³⁹, confirmado pela súmula 377 do STF, que diz: “no regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Posteriormente, no entanto, sua aplicação restringiu-se aos bens adquiridos pelo esforço comum dos cônjuges, reconhecendo-se a existência de uma verdadeira sociedade de fato. Assim o STJ também reconheceu ao cônjuge do casamento pelo esforço comum, no regime de separação convencional.

No mesmo sentido J.M. Carvalho Santos alega que diria melhor o novo Código Civil, em relação ao seu art. 1661, se dissesse, em sua redação, que são incomunicáveis os bens cuja aquisição se realize na constância do casamento, porém, por título anterior. Porque esse é o verdadeiro sentido do dispositivo legal, que, como se vê, não está redigido com a necessária clareza⁴⁰.

³⁸ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. 2ª Câmara Civil. Embargos De Terceiro – Defesa De Meação – Casamento Pelo Regime De Comunhão Parcial De Bens – Bem Anterior Ao Casamento – Incomunicabilidade – Recurso Improvido. AC 97.007160-4. Relator: Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz. 28.05.2001.

³⁹ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**, ed. Saraiva, 6. ed., 2000, pg. 279.

⁴⁰ SANTOS, J.M. Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**, vol. V, 11. ed., 1977, pg. 98.

Ainda quanto à análise do tempo em que é recebida a indenização trabalhista, num segundo aspecto, a causa geradora da indenização pode se dar durante o casamento e o recebimento dos respectivos valores também ou, ainda, após o mesmo.

A terceira turma do STJ tinha como posicionamento que se o bem fosse adquirido com indenização recebida após a dissolução da sociedade conjugal, não se comunicaria⁴¹. Todavia, mudou seu entendimento, manifestando-se favoravelmente à comunicação, em relação à indenização trabalhista percebida durante o casamento, quanto ao bem adquirido com o seu produto antes da dissolução do casamento. A nova posição da terceira Turma do STJ foi exposta em recente publicação da ADCOAS, de maio de 2003, a respeito do direito do ex-cônjuge sobre os créditos trabalhistas originados antes da separação. Tal fato é demonstração evidente de que não só a legislação muda, mas também o entendimento dos Tribunais. O julgado referido consta da publicação, que está a seguir reproduzida⁴²:

Ex-cônjuge tem direito sobre créditos trabalhistas se originado antes da separação

Para fins de partilha, o patrimônio a ser considerado é o existente no momento da separação. Tratando-se de regime de comunhão universal de bens, contudo, os proventos mensais do trabalho de cada cônjuge ou de ambos, recebidos e vencidos no decorrer do casamento, ingressam no patrimônio comum do casal, pois lhe servem ao sustento cotidiano, ainda que a percepção se dê posteriormente à separação. Essa é a conclusão a que chegou a maioria dos ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), reconhecendo a possibilidade de sobrepartilha dos créditos trabalhistas nascidos durante o casamento e percebidos depois de sua ruptura.

A questão ficou dividida na Terceira Turma do STJ. Para o relator, a circunstância de a reclamação trabalhista ter sido ajuizada na vigência do casamento não é relevante, não se comunicando o produto da indenização recebido após a separação.

A outra corrente, no entanto, iniciada pela Ministra Nancy Andrighi, entende que, confrontando os artigos 263 e 265, tratando-se de trabalho mensal, integra o patrimônio comum do casal. O direito a receber verbas indenizatórias decorrentes da rescisão de contrato de trabalho só será excluído da comunhão quando houver nascido e sido pleiteado após a separação dos cônjuges.

Essa foi a tese que prevaleceu na Turma. "Para que o ganho salarial se insira no monte partível (conjunto de bens passível de partilha), é necessário que o cônjuge tenha exercido determinada atividade laboral e adquirido direito de pagamento pelos mesmos na constância

⁴¹ BRASIL. STJ. 3ª Turma. Civil. Família. Fruto civil de trabalho. Ruptura do vínculo conjugal. REsp 77676/DF; Recurso Especial (1995/0055062-8). Relator: Ministro Costa Leite. 04.12.1997. Fonte: DJ DATA:13/04/1998 PG:00115RSTJ VOL.:00104 PG:00277.

⁴² ADCOAS. **Ex-cônjuge tem direito sobre créditos trabalhistas se originado antes da separação.** Fonte: <www.stj.gov.br> 21/maio/2003. Disponível em <http://www.adcoas.com.br/notas/tribunal> Acesso em : 03/09/2003

do casamento", afirma a ministra. "Se um dos cônjuges efetivamente a exerceu e se lhe foram reconhecidas as vantagens, ocorreu a subjetivação do direito e a respectiva consolidação de sua incorporação no patrimônio do casal."

Nancy Andrighi ressalta, ainda, que se as verbas trabalhistas houvessem sido pagas à época da rescisão não haveria dúvidas da comunicação (condição dos bens que são comum ao casal no regime de comunhão parcial ou universal) entre os cônjuges, não se justifica, pois, tratamento desigual apenas por uma questão temporal imposta pelos trâmites legais de uma ação no Judiciário: o reconhecimento do direito ao crédito trabalhista após o rompimento do vínculo conjugal. "Há que se sopesar que o desemprego do marido não só privou a esposa de usufruir das verbas trabalhistas indenizatórias como, presumivelmente, demandou-lhe maior colaboração no sustento familiar, tornando absolutamente legal que ora se faça jus à meação dos referidos valores", conclui a ministra.

A decisão prevaleceu por três votos a dois e garantiu à ex-esposa o direito à metade dos valores recebidos pelo ex-marido, em 1996, a título de crédito trabalhista relativo a salários, férias, gratificação natalina e fundo de garantia decorrentes de vínculo empregatício.

A seguir, outra decisão favorável à comunicação dos créditos trabalhistas, em ação de sobrepartilha⁴³:

Renovando o julgamento, a Turma, por maioria, entendeu que a ex-esposa tem direito à sobrepartilha dos créditos trabalhistas gerados durante a constância do casamento, mas percebidos só após a ruptura do matrimônio, com o trânsito em julgado da reclamatória trabalhista proposta pelo ex-marido.

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em processo que está correndo em segredo de Justiça, de apreciação recente, entendeu que os créditos provenientes de ação trabalhista devem ser incluídos na partilha dos bens em caso de separação do casal. Segue publicação da Revista Consultor Jurídico, com informações do STJ:

Créditos provenientes de ação trabalhista devem ser incluídos na partilha dos bens em caso de separação do casal. A decisão dos ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça favorece uma funcionária pública do Rio Grande do Sul.

Ela foi casada de setembro de 84 a maio de 92. Quando se divorciou, não foram incluídos na partilha R\$ 118.599,59, recebidos pelo marido em abril de 97. Por isso, a funcionária pública entrou na Justiça.

A primeira instância da Justiça gaúcha acolheu o pedido da funcionária pública. Para o juiz, os frutos do trabalho do marido recebidos em reclamação trabalhista, com débito que

⁴³ BRASIL. STJ. Sobrepartilha. Indenização Trabalhista. Percepção Após Separação. REsp 355.581-PR. Rel. originário Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Relator: Ministro Nancy Andrighi. 6/5/2003.

remonta à constância do casamento, devem ser partilhados. No julgamento da apelação, o TJ-RS excluiu o valor da partilha. A ex-mulher, então, recorreu ao STJ.

O relator do caso no STJ, ministro Ruy Rosado de Aguiar, afirmou que as leis em vigor são aparentemente contraditórias. No artigo 263 do Código Civil, os frutos civis do trabalho de cada cônjuge estão excluídos da comunhão universal. No artigo 271, os mesmos frutos entram na comunhão, no caso de regime de comunhão parcial. Ainda para o regime de comunhão parcial, o artigo 269 estabelece que nela não entram os bens excluídos da comunhão universal. O artigo 346 do Código Civil define como bem reservado, o produto do trabalho da mulher.

Segundo Ruy Rosado, essas disposições devem ser conciliadas de modo a alcançar solução adequada à realidade, preservando a razão da lei. Para a maioria dos casais brasileiros, os bens se resumem na renda mensal familiar. Se tais rendas fossem retiradas da comunhão, esse regime praticamente desaparece. "Se houver a separação, tais bens seriam apenas daquele que trabalha". No caso de apenas o marido trabalhar, a mulher seria prejudicada na meação, muito embora tenha contribuído como dona de casa para a renda e aquisição do patrimônio.

"A comunhão relativa ao salário dos cônjuges, portanto, penso que deveria ser reconhecida tanto no regime universal como no de comunhão parcial, fazendo prevalecer a regra do artigo 271. Isso para os ganhos do homem e também para os da mulher, uma vez que a discriminação feita no artigo 246 não pode prevalecer, considerando o princípio da igualdade", disse o relator.

Ruy Rosado esclareceu, ainda, que o STJ não vem decidindo dessa maneira. Este entendimento também não consta do novo Código Civil. No entanto, o ministro acolheu o recurso da ex-mulher. De acordo com ele, não tem maior importância o fato de o pagamento da indenização ter acontecido depois da separação. "O período aquisitivo dos direitos transcorreu durante a vigência do matrimônio, constituindo-se crédito que integrava o patrimônio do casal, quando da separação. Portanto, deveria integrar a partilha", concluiu.⁴⁴

Outra questão diz respeito ao destino de tais proventos do trabalho. Ou seja, segundo o entendimento até então dominante, não se comunicam com os demais bens do casal, aqueles bens adquiridos com os proventos da indenização trabalhista. Mas resta saber se o destino dado à indenização trabalhista poderia afetar tal comunicação, que, por exemplo, pode ser utilizada na aquisição de algum bem, móvel ou imóvel, ou permanecer em depósito bancário, por exemplo, como poupança.

Em relação a este tópico, quanto ao destino dos proventos, ressalta-se a figura dos bens reservados, que era prevista no art. 246 do Código de 1916 e não contemplada no atual Código. A excluir-se da comunhão os proventos do trabalho de

⁴⁴ Revista Consultor Jurídico. **Bens divididos. Créditos trabalhistas integram partilha em separação.** 6 de junho de 2003. Disponível em <<http://conjur.uol.com.br/textos/19342/>> Acesso em 28/8/2003.

quaisquer dos cônjuges, passa a haver, pois, proventos reservados e a discussão sobre a natureza dos bens com eles adquiridos⁴⁵.

Deve se levar em conta que ambos os cônjuges devem colaborar para a estruturação da família como um todo, ou seja, os encargos, sustento do lar, etc. É o que se depreende dos seguintes artigos, do novo Código Civil:

Art. 1565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

Art. 1566. São deveres de ambos os cônjuges:

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

Art. 1568. Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial.

Assim sendo, caso a única disponibilidade financeira do casal para o atendimento das disposições anteriores seja uma indenização trabalhista, tal numerário ainda assim não se comunicará? E, como esta, diversas possibilidades surgem no dia-a-dia das famílias, nos casos concretos.

Amplie-se a discussão. Com relação ao regime de comunhão parcial, é de se questionar que tipo de bem entraria na comunhão dos consortes, em meio a tantas exclusões. Pois, para haver comunicação, o bem tem de ser adquirido na constância do casamento e sem que tenha por título causa anterior; a título oneroso; não pode ser proveniente de sub-rogação de bens particulares; os bens adquiridos por doação, herança ou legado só se comunicarão se se derem em favor de ambos os cônjuges. Em resumo, e em realidade, comunicam-se, sem qualquer dúvida, as benfeitorias e os frutos, percebidos durante o casamento ou pendentes ao seu final, dos bens, sejam eles comuns ou particulares. Até mesmo a presunção do art. 1662 do CC de 2002, de serem adquiridos na constância do casamento os bens móveis, é derrubada frente a prova em contrário, prova esta difícil mas possível.

⁴⁵ FELIPE, Jorge Franklin Alves e ALVES, Geraldo Magela. **O novo Código Civil anotado**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. P.329.

Com relação ao regime de participação final dos aqüestos acontece de forma semelhante.

Destarte, a questão que eclode desta análise é qual bem poderá ser adquirido em comunhão, uma vez que, na maioria dos casos, os bens são adquiridos com valores monetários e, considerando que a sociedade brasileira adota o padrão eminentemente capitalista de sistema econômico, os dinheiros são conquistados através do trabalho de cada indivíduo, como regra geral, e, assim, é exceção comprar algo sem vender sua força de trabalho, em troca de salário, pensões, entre outras formas de renda.

Destas considerações, conclui-se que as alterações legislativas ocorridas após o Código Civil de 1916, como o Estatuto da Mulher Casada de 62, que tinham como objetivo fundamental salvaguardar a posição da mulher no casamento, acabaram por prejudicá-las, ou seja, na relação conjugal em que a mulher trabalha a lei protege seus proventos e, em conseqüência disso, seus frutos civis, como dados bens adquiridos com os proventos do trabalho e a indenização trabalhista. Por outro lado, na sociedade conjugal em que a mulher não trabalha, ou seja, é “do lar”, terá grande prejuízo, por não ter proventos formais a receber e, assim, nada a reservar.

Outro não foi o pensamento de Sílvio Rodrigues, reportando-se ao art. 263 do antigo Código Civil, com as alterações introduzidas pelo Estatuto da Mulher Casada, ao dizer que “não só os frutos civis do trabalho da mulher não se comunicam, como por igual os do homem. O dispositivo constitui imensa modificação no regime matrimonial, cujas conseqüências ainda não tiveram repercussão. Ele atua em detrimento da mulher que se ocupa do lar e que não aufere renda. Seu marido, que ganha em sua profissão, guarda como bens seus, a renda de seu trabalho. Ela, que nada ganha, nada pode guardar.”⁴⁶

O problema fica ainda mais controverso ao se fazer uma análise da comunhão universal. Segundo o art. 1667 do CC de 2002 este regime importa a comunhão de todos os bens que os consortes detinham ao casar, bem como aqueles que venham a adquirir na constância do casamento. Todavia, excetuam-se da comunhão, segundo o

⁴⁶ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. Vol. VI. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998. P. 183.

art. 1668, e da mesma forma que ocorre na comunhão parcial, certos bens de uso pessoal; instrumentos de profissão e, finalmente, os proventos do trabalho pessoal e outras formas de rendas.

Poderia ser alegada, por outro lado, a condição de "sobra de salários" não gastos com a subsistência do cônjuge ou com a manutenção de sua família, tratando-se de valores extras, não indispensáveis para a sobrevivência do cônjuge, razão pela qual deveriam ser partilhados.

O dispositivo introduzido pelo Estatuto Da Mulher Casada, que prevê a exclusão da comunhão de bens os salários alcançados por cada cônjuge, tem no termo "frutos civis do trabalho ou indústria", ali empregado, questão importante, pois deve, por óbvio, ser tomado em uma interpretação restritiva, considerando-se, como tal, aquele percebido por cada cônjuge e necessário à sua subsistência. Tal não se deve considerar a sobra dos salários não gasta com a subsistência do cônjuge ou com a manutenção de sua família. Assim não fosse, incomunicáveis seriam aqueles bens adquiridos na constância do casamento realizado sob o regime da comunhão universal de bens e adquiridos com as economias de um ou de outro cônjuge. Se tais valores extras não são indispensáveis para a sobrevivência de uma das partes, tanto que demora por vezes anos perseguindo na Justiça do Trabalho, não mais necessita deles para manter-se. Desta feita, não haveria como se cogitar da incomunicabilidade de tais valores com o patrimônio do extinto casal. Esta é uma das considerações possíveis.

O novo Código Civil veio para consolidar as disposições constantes da Constituição Federal de 1988, de modo a acabar com possíveis contradições que ainda existiam do Código anterior. Todavia, excluiu definitivamente o disposto no art. 271, do Código de 1916, que poderia possibilitar alguma comunicação dos proventos do trabalho. Assim, somente o tempo e os julgados futuros decidirão como ficará a situação das pessoas afetadas pela não comunicação de tal indenização, o que poderá causar grandes injustiças.

6.1 – Apreciação legislativa

O direito de família é o ramo do direito civil que tem recebido as maiores modificações, tendo em vista as substanciais transformações por que passa o organismo familiar. Entre elas, pode ser apontada, inicialmente, a perda, pelo marido, de uma gama de poderes que outrora constituía o chamado poder marital e, ao mesmo tempo e, em contrapartida, deferiam-se à mulher casada inúmeras prerrogativas a lhe ensejar novo posicionamento na sociedade conjugal. Desvinculou-se a mulher daquela submissão do marido, de um lado, e levou-a, de outro, a participar da economia doméstica e do próprio desenvolvimento da família, de forma ativa e destacada⁴⁷.

6.1.1 – EMC – proventos do trabalho

Primeiramente, o assunto dos frutos civis do trabalho, sua inclusão ou não na sociedade conjugal, como bens comuns, foi assim apreciado pelo Código Civil de 1916, com relação ao regime da comunhão parcial:

Art. 271. Entram na comunhão:

VI - Os frutos civis do trabalho, ou indústria de cada cônjuge, ou de ambos.

Desde o Código Civil de 1916, a instituição familiar passou por uma série de reformas, especialmente a partir da década de 60. O Estatuto da Mulher Casada, Lei n. 4.121/62, visando melhorar a figura e a posição da mulher casada, acabou por alterar alguns artigos do código citado, entre eles os artigos 263 e 269, que passaram a ter a seguinte redação:

⁴⁷ ABREU, José. **O Divórcio no direito brasileiro**: anotações à Lei 6.515, de 26.XII.1977. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981. P. 1.

Com relação ao regime da comunhão universal:

Art. 263. São excluídos da comunhão:

XIII - Os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos.

E, com relação ao regime da comunhão parcial:

Art. 269. No regime de comunhão limitada ou parcial, excluem-se da comunhão:

IV - Os demais bens que se consideram também excluídos da comunhão universal.

Todavia, o EMC manteve a disposição do artigo 271, para a comunhão parcial, da maneira acima transcrita, a despeito de ter dado nova redação ao art. 269, IV, ocasionando confusão para tal regime de bens. Ou seja, se se excluem, para a comunhão parcial, os bens que também forem excluídos da comunhão universal (art. 269, IV), estariam excluídos os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos (art. 263, XIII); mas, ao teor do art. 271, VI, tais frutos civis do trabalho ou indústria também estariam incluídos na comunhão parcial.

O seguinte julgado, da nona Câmara de Direito Privado, do TJ de São Paulo, datado de 2000, por sua vez, não encontrou óbices para a convivência dos três artigos, não considerando, destarte, revogado o art. 271, IV, do antigo Código⁴⁸:

No regime de comunhão parcial constituem bens comuns os frutos civis do trabalho, Inteligência e aplicação do artigo 271, n. VI, do Código Civil. Artigo de lei que não foi revogado em decorrência dos incisos XIII e IV que o Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/62) introduziu nos artigos 263 e 269 do Código Civil, dada a inexistência de incompatibilidade [sem grifo no original]. Recurso desprovido.

Mas, também há julgados contrários. Exemplo desse entendimento é o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que, a despeito do disposto no citado art. 271 do antigo Código Civil, desconsidera a comunicação da indenização trabalhista, baseando-se tão somente no art. 263, XIII, do mesmo código, justificando, para tanto,

⁴⁸ SÃO PAULO. TJ. 9ª Câmara de Direito Privado. Casamento – Regime De Comunhão Parcial. AC 165.246-4. Relator: Desembargador Aldo Magalhães. 28.11.2000.

que o art. 263, XIII, tem redação posterior ao art. 271, em virtude da Lei nº 4.121/62. O referido julgado, datado de 2002⁴⁹, vale novamente transcrever:

O art. 263, XIII, do Código Civil, afasta da comunhão os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos, onde enquadra-se a indenização trabalhista. Apelação desprovida.

... DES.^a LÚCIA DE CASTRO BOLLER (RELATORA) – O exame dos autos mostra que a apelante pretende a declaração da indisponibilidade do crédito trabalhista que o apelado está prestes a receber, verba que entende deva ser dividida igualmente, nos autos da ação de separação judicial litigiosa que o apelante ajuizou contra ela, considerando que a ação trabalhista foi proposta na constância da sociedade conjugal, a qual se deu pelo regime da comunhão parcial de bens.

Todavia, as verbas oriundas de reclamatória trabalhista não podem integrar o patrimônio a ser partilhado, pois, em que pese o estabelecido no art. 271, VI, do Código Civil, é de ser considerado que o art. 269, inc. IV, do mesmo diploma legal, exclui da comunhão, dentre outros, “os demais bens que se consideram também excluídos da comunhão universal.” Assim, tendo em vista que o art. 263, do Código Civil, que trata da comunhão universal, com redação posterior ao art. 271 (redação dada pela Lei nº 4.121/62) [sem grifo no original], elenca, em seu inciso XIII, os bens incomunicáveis e lá estão “os frutos civis do trabalho ou da indústria de cada cônjuge ou de ambos”, concluiu-se que, com mais, razão, as indenizações trabalhistas devem ficar fora da partilha, quando o casamento é celebrado pelo regime parcial de bens.

... Isto posto, nego provimento à apelação cível, condenando a apelante no pagamento das custas, cuja exigência fica suspensa, eis que concedo-lhe o benefício da assistência judiciária gratuita, requerido desde a petição inicial.

Todavia, a contradição até então existente entre os artigos 263, 269 e 271, acabou com a nova colocação dada ao tema pelo novo Código Civil de 2002, como segue:

DO REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL

Art. 1658. No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes.

Art. 1659. Excluem-se da comunhão:

Nota: Ver dispositivo equivalente do antigo Código Civil - Lei nº 3.071, de 1916.

I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;

II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;

III - as obrigações anteriores ao casamento;

IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;

⁴⁹ RIO GRANDE DO SUL. TJ. 2ª Câmara .Especial Civil. Apelação Cível. Cautelar Inominada Incidental. Indenização Trabalhista. Partilha. Indeferimento Da Inicial. Impossibilidade Jurídica Do Pedido. AC 70002888824. Relatora: Desembargadora Lúcia de Castro Boller. 19.06.2002.

V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;

VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;

VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Art. 1660. 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.

Art. 1661. São incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento.

Art. 1662. No regime da comunhão parcial, presumem-se adquiridos na constância do casamento os bens móveis, quando não se provar que o foram em data anterior.

Art. 1663. A administração do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges.

§ 1º As dívidas contraídas no exercício da administração obrigam os bens comuns e particulares do cônjuge que os administra, e os do outro na razão do proveito que houver auferido.

§ 2º A anuência de ambos os cônjuges é necessária para os atos, a título gratuito, que impliquem cessão do uso ou gozo dos bens comuns.

§ 3º Em caso de malversação dos bens, o juiz poderá atribuir a administração a apenas um dos cônjuges.

Art. 1664. Os bens da comunhão respondem pelas obrigações contraídas pelo marido ou pela mulher para atender aos encargos da família, às despesas de administração e às decorrentes de imposição legal.

Art. 1665. A administração e a disposição dos bens constitutivos do patrimônio particular competem ao cônjuge proprietário, salvo convenção diversa em pacto antenupcial.

Art. 1666. As dívidas, contraídas por qualquer dos cônjuges na administração de seus bens particulares e em benefício destes, não obrigam os bens comuns.

DO REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL

Art. 1667. O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte.

Art. 1668. São excluídos da comunhão:

I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;

II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;

III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;

IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;

V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.

Art. 1669. A incomunicabilidade dos bens enumerados no artigo antecedente não se estende aos frutos, quando se percebam ou vençam durante o casamento.

Art. 1670. Aplica-se ao regime da comunhão universal o disposto no Capítulo antecedente, quanto à administração dos bens.

Art. 1671. Extinta a comunhão, e efetuada a divisão do ativo e do passivo, cessará a responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro.

6.1.2 – EMC – bens reservados

O Estatuto da Mulher Casada também alterou o art. 246, criando uma categoria especial, qual seja, a dos bens reservados, com o fim de garantir à mulher, qualquer que seja o regime matrimonial, um patrimônio próprio e autônomo, segundo a nova redação dada ao art. 263, inciso XII. Tais bens compreendem os frutos do trabalho da mulher pelo exercício de uma profissão lucrativa, qualquer que ela seja, por exemplo, assalariada, funcionária pública, profissional liberal, desde que distinta da do marido; as economias provenientes desses ganhos, mesmo quando sejam aplicadas em bens de qualquer natureza⁵⁰.

O art. 246 passou a ter a seguinte redação:

Art. 246. A mulher que exercer profissão lucrativa, distinta da do marido, terá direito de praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e à sua defesa. O produto do seu trabalho assim auferido, e os bens com ele adquiridos, constituem, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, bens reservados, dos quais poderá dispor livremente com observância, porém, do preceituado na parte final do artigo 240 e nos n^{os} II e III, do artigo 242.

Fica patente a tendência protetora do EMC, em favor da mulher que, em meio ao patriarcado do Código de 16, reclamava. O estatuto inovou em benefício da mulher casada, possibilitando-lhe a reserva de bens autônomos, produtos do exercício de atividade profissional e bens adquiridos com esse produto, devendo constar declaração expressa em caso de aquisição de imóveis⁵¹. O seguintes julgados demonstram tal tendência protetora, que culminou com a nova redação dos artigos já citados:

Marido não afeito ao trabalho – Incomunicabilidade reconhecida – Exclusão da partilha recomendada – Inteligência dos artigos 246 c.c. 263, XII do Código Civil – Recurso não provido.⁵²

⁵⁰ FARHAT, Alfredo. **A mulher perante o direito**: doutrina, legislação, jurisprudência e formulário. São Paulo: Gráfica São José, 1971. P. 49-50.

⁵¹ FARHAT, Alfredo. **A mulher perante o direito**: doutrina, legislação, jurisprudência e formulário. São Paulo: Gráfica São José, 1971. P. 50.

⁵² SÃO PAULO. TJ. 7^a Câmara de Direito Privado. Bens Reservados – Apartamento Adquirido Com O Produto Do Trabalho E Esforço Exclusivo Da Mulher. AC 127.317-4. Relator: Desembargador Júlio Vidal. 22.03.2000.

... 2. Segue vigente o art. 246 do Código Civil, alterado pelo estatuto da mulher casada (Lei nº 4.121/1962), em face do princípio da completa igualdade dos cônjuges, consagrado no § 5º, do art. 226, da Constituição Federal, porquanto agasalha conteúdo social, completando a igualdade entre os cônjuges. 3. Ademais, não resta qualquer dúvida quanto à aplicação da Lei supracitada à espécie visto que o casamento, a aquisição dos bens e a separação de fato ocorreram sob a égide do estatuto mencionado. 4. Mostra-se inatacável a sentença declaratória de bens reservados da mulher se satisfeitos os requisitos do art. 246 do Código Civil, declara-se bem reservado em favor da mulher. 5. Recurso improvido.⁵³

Tal disposição acerca dos bens reservados não dispensava a mulher, por outro lado, da colaboração nos encargos da família, nem de alienar ou gravar de ônus real os imóveis de seu domínio particular, sem a outorga marital. Os bens reservados da mulher, segundo disposição do art. 263, XII, do antigo CC de 1916, não integravam a comunhão de bens⁵⁴.

Saliente-se que a categoria dos bens reservados não foi recepcionada pelo novo Código Civil.

6.1.3 – Lei do Divórcio

Com a Lei 6515/77, chamada de Lei do Divórcio, regulou-se a separação judicial, a dissolução do casamento, ou a cessação de seus efeitos civis, tratada pela Emenda Constitucional número 9 de 1977. Fez-se a instituição do divórcio, com alteração da situação jurídica dos descasados, cujas subseqüentes uniões concubinárias eram consideradas à margem da lei.

⁵³ DISTRITO FEDERAL. TJ. 3ª Turma Cível. Civil – Processual Civil – Ação Declaratória – Bem Reservado – Erro – Pedido – Apelação Cível – Existência – Fundamentação Jurídica – Razão – Impugnação – Sentença – Impossibilidade – Desconhecimento – Recurso – Estatuto Da Mulher Casada – Vigência Do Instituto Face Ao Atual Texto Constitucional – Prova – Aquisição – Bens – Recursos Próprios – Recurso Improvido. APC 20010410012610. Relator: Desembargador Jeronimo de Souza. DJU 23.10.2002 – p. 57.

⁵⁴ MIRANDA, Darci Arruda. **Anotações ao código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1981. P. 201.

A introdução no Brasil do divórcio, rompeu uma resistência secular do conservantismo e da influência religiosa, propiciou aos cônjuges, de modo igualitário, oportunidade de finalizarem o casamento e de constituição livre de nova família. A Lei promoveu outras alterações na legislação civil, no caminho da igualdade conjugal, transformando em faculdade a obrigação de a mulher acrescentar aos seus o sobrenome do marido. Manteve, contudo, o modelo do Estatuto de proeminência do marido na chefia da família⁵⁵. Também promoveu alterações no art. 317 do CC de 1916, substituindo sua casuística e seus quatro incisos, que especificava taxativamente as hipóteses ensejadoras do desquite, de podadas amplitudes, para consagrar fórmula mais genérica e inteligente, permitindo a postulação de separações judiciais em casos que muito dificilmente integrariam um texto que adotasse motivos preconcebidos⁵⁶.

Outra modificação da Lei do Divórcio se deu em relação ao regime de bens. O Código Civil de 1916 previa, como regime geral de bens no casamento, o da comunhão universal e, a adoção de outro regime dependia de pacto antenupcial escriturado. A Lei do Divórcio veio a alterar tal disposição, assim, o regime geral passou a ser o da comunhão parcial de bens⁵⁷, em não havendo convenção prévia ou sendo a mesma considerada nula, permanecendo como tal até hoje.

6.1.4 – União estável

Com a Constituição de 1988, houve mudança nos eixos fundamentais da família, bem como em seu conceito e proteção integral dos seus membros, com o

⁵⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto (Doutor em Direito-USP. Advogado. Professor na Universidade Federal de Alagoas – UFAL e na Universidade Federal de Pernambuco - UFPE (Pós-Graduação). **Igualdade Conjugal - Direitos e Deveres**. Fonte: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Vol. 31, 1999, pág. 135.

⁵⁶ ABREU, José. **O Divórcio no direito brasileiro**: anotações à Lei 6.515, de 26.XII.1977. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981. P. 4.

⁵⁷ FELIPE, Jorge Franklin Alves e ALVES, Geraldo Magela. **O novo Código Civil anotado**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. P. 326.

reconhecimento, como entidade familiar, da união estável, como já foi anteriormente abordado.

Em maio de 1996, a Lei 9278 veio regular o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal:

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

§ 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.

O artigo 5º da mesma lei diz que os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito e se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união. Então, com base no estipulado no citado art. 5º da Lei 9278/96, considerar-se-ia os bens móveis, adquiridos com valores provenientes de indenização trabalhista, com “fruto do trabalho e da colaboração comum”, pertencendo a ambos os cônjuges, ou não, permanecendo na seara particular de bens?

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em julgado datado de 1997, entendeu que seria cabível a dissolução conjugal, com a consequente partilha igualitária dos bens conquistados mediante esforço comum dos “concupinos”, excluindo-se, todavia, a indenização trabalhista recebida por um dos cônjuges, assumindo ser esta de caráter pessoal⁵⁸.

Reconhecida e comprovada existência de sociedade de fato estável, cabível sua dissolução com a consequente partilha dos bens adquiridos mediante esforço comum dos concubinos, na mesma proporção. Exclui-se, todavia, de tal partilha, a indenização trabalhista recebida pelo cônjuge varão, por ser de caráter pessoal, da qual, portanto, apenas o titular pode abrir

⁵⁸ DISTRITO FEDERAL. TJ. 2ª Turma Cível. Ação de Reconhecimento e Dissolução de Sociedade de Fato Cumulada com Partilha de Bens. Indenização Trabalhista. Apelação Cível APC3880896 DF. Relator: Desembargadora Aparecida Fernandes. 27/08/1997. Registro do Acórdão Número: 99231 - Publicação no DJU: 05/11/1997 Pág. : 26.827 (até 31/12/1993 na Seção 2, a partir de 01/01/1994 na Seção 3).

mão [sem grifo no original]. Decisão: dar parcial provimento á apelação, nos termos do voto da relatora.

Decisão: por maioria, vencida em parte a revisora.

6.2 – FGTS E PDV

Por diversas razões, milhares de pessoas vêm sendo dispensadas, sem conseguir nova colocação. A maioria tenta o mercado informal ou ser um micro empresário aproveitando como capital inicial o valor dos benefícios recebidos, seja através do FGTS e do Plano de demissão voluntária.

Verifica-se, por outro lado, a concessão, em primeira instância, da extensão da incidência dos alimentos sobre aqueles benefícios creditados aos prestadores dos alimentos, interpretando aqueles valores como integrantes dos salários ou dos vencimentos.

No entanto, as instâncias superiores já estão com jurisprudência bastante pacificada no sentido contrário, tratando aqueles valores como bens particulares por serem fruto civil do trabalho, identificados então como patrimônio pessoal e incomunicável, por força do item XIII, do artigo 263, do Código Civil de 1916, da mesma forma como abordado anteriormente, com relação à indenização trabalhista.

Nesse sentido da sua exclusão pela natureza indenizatória, diz Yussef Said Cahali⁵⁹:

“...o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço significa a reserva constituída por contribuição do empregado e do empregador para formar um pecúlio em favor do primeiro, quando despedido do emprego, sendo, portanto, de natureza essencialmente indenizatória, e não salarial; efetivamente, as verbas de rescisão do contrato de trabalho, particularmente o FGTS, não representam, a rigor, remuneração salarial, esta compreendida pelo que se paga em contraprestação do trabalho efetivamente prestado num determinado lapso temporal; quando se desconstitui o contrato laboral, a indenização (se for o caso) ou o levantamento do que estiver depositado à conta do FGTS, forma um composto pecuniário, cuja destinação outra não é que amparar o obreiro, até que venha a se reposicionar no mercado de trabalho. O FGTS, criação do Direito Previdenciário brasileiro, é um instituto em benefício do trabalhador a ser utilizado em circunstâncias especialmente previstas em lei, além de ser historicamente sucedâneo da garantia de estabilidade no emprego, não integrando, assim, o

⁵⁹ CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. P. 823.

patrimônio comum, não havendo de ser partilhado, em caso de separação judicial, nem sequer se há de retirar dessa verba porcentagem a título de alimentos.”

E a jurisprudência também se direciona nesse sentido. Exemplo disso, o Tribunal de Justiça de São Paulo equipara o FGTS à indenização trabalhista e, assim, é excluída da partilha⁶⁰, como se vê:

"Separação judicial. Partilha. Meação do FGTS. (...) Inconformada com a decisão que lhe negou meação no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS, na partilha dos bens do casal decorrente de separação judicial, a mulher manifestou este agravo de instrumento, sustentando o seu direito à pretendida meação. (...) Negam provimento ao recurso, pois, como bem demonstrou o magistrado na sustentação, não tem a agravante direito à pretendida meação porque o FGTS é indenização trabalhista excluída da comunhão de bens, como também porque "é lícito concluir-se que o fato gerador do FGTS ocorreu bem após a homologação referida."

⁶⁰ SÃO PAULO. TJ. 1ª Câmara Civil. Separação judicial. Partilha. Meação do FGTS. Ag.Inst. 115.876-1. Relator: Des. Álvaro Lazzarini. 8/8/1989. IOB n ° 3/3356, 1989.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, podem ser tiradas diversas conclusões.

Primeiramente, com relação à intenção do EMC, estatuto protetor da mulher casada. Tal estatuto excluiu, como foi abordado, dos bens comunicáveis, a indenização trabalhista, em virtude de ter excluído os proventos do trabalho, em face da alteração imposta aos artigos 263 e 269 do antigo Código Civil. Todavia, deixou de alterar o artigo 271 do mesmo Código. Devido à má técnica legislativa empregada, doutrina e jurisprudência conflitaram, ora decidindo pela aplicação do art. 271 e, por conseguinte, comunicando a indenização com os demais bens do casal, ora decidindo que não se aplica o art. 271, ou seja, não se comunica. Para tanto, como ficou demonstrado, as mais diversas razões foram utilizadas, em dado instante, porque a alteração dos citados artigos foi posterior ao 271, não alterado, não se comunica; em outra situação, aduziu-se que, se o legislador manteve o art. 271, tinha a intenção que houvesse comunicação, a despeito da alteração ocorrida com o 269; e assim alternaram-se os julgados e as opiniões doutrinárias, até o advento do novo Código Civil, que acabou com a contradição.

O fato de o novo Código ter encerrado as controvérsias é bom no sentido da técnica legislativa, mas pode ser ruim em questão de justiça. Explico, já foi analisado que da maneira que os diversos regimes de bens foram colocados no novo Código, com as diversas possibilidades de exclusão da comunhão, muito pouco restou para comunicar entre os bens do casal, face a que quase tudo vem do trabalho e das suas derivações, como salários e, quando do seu não pagamento ou pagamento irregular, a indenização trabalhista. Assim, as relações conjugais iniciadas sob a égide do novo Código Civil terão de ser julgadas pelo mesmo e, em última análise, dependendo da situação concreta apresentada aos Tribunais, poderá acontecer de algum dos consortes restar prejudicado, ou seja, restar-lhe-á muito pouco na partilha de bens.

O futuro dirá. E, então, caberá nova análise sobre a saída jurisprudencial encontrada, se houve justiça, pois a mera aplicação da lei certamente não dará.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, José. **O Divórcio no direito brasileiro: anotações à Lei 6.515, de 26.XII.1977.** Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos.** 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga.** 9. Ed. Lisboa: Almedina, 1958.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado,** ed. Saraiva, 6. ed., 2000.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do Direito de Família: Curso de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARHAT, Alfredo. **A mulher perante o direito: doutrina, legislação, jurisprudência e formulário.** São Paulo: Gráfica São José, 1971.

FELIPE, Jorge Franklin Alves e ALVES, Geraldo Magela. **O novo Código Civil anotado.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa.** 3. Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito.** 18.ed., Rio de Janeiro : Forense, 1995.

LÔBO, Paulo Luiz Netto (Doutor em Direito-USP. Advogado. Professor na Universidade Federal de Alagoas – UFAL e na Universidade Federal de Pernambuco - UFPE (Pós-Graduação). **Igualdade Conjugal - Direitos e Deveres.** Fonte: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Vol. 31, 1999.

MICHAELIS. **Moderno dicionário da língua portuguesa.** São Paulo: Cia Melhoramentos, 1998.

MIRANDA, Darci Arruda. **Anotações ao código civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1981.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, ed. Saraiva, 2º vol., 35. ed., 1999.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. Vol. VI. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANTOS, J.M. Carvalho. Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. V, 11. ed., 1977.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. Reparação Civil na Separação e no Divórcio. São Paulo: Saraiva, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito de família. Vol. 6. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.