
A Incidência da Separação Legal de Bens na União Estável e sua Repercussão na Propriedade Imobiliária

Ana Cristina Cavalcante Silveira

- » Advogada do Banco do Nordeste do Brasil S/A;
- » Especialista em Direito Processual: Grandes Transformações, pela Unama;
- » Especialista em Direito Imobiliário pela Universidade de Fortaleza - Unifor.

RESUMO

A definição do regime de bens que rege a união estável repercute no direito de propriedade dos companheiros em relação aos bens adquiridos durante a convivência. Considerando o mandamento constitucional que determina que a lei deva facilitar a conversão da união extramatrimonial em casamento, surge o questionamento quanto à aplicação da imposição legal do regime da separação de bens aos conviventes enquadrados nas hipóteses do art. 1.641 do Código Civil, não deixando ao alvedrio dos companheiros a regulamentação quanto aos seus direitos patrimoniais. Após a explanação das teorias existentes, conclui-se que, embora não afaste por completo o argumento da inconstitucionalidade do art. 1.641 do Código Civil, ele, enquanto vigente, deve ser aplicável também à união estável sob pena de a lei civil não atender à determinação constitucional de facilitar a conversão daquela situação de fato em casamento.

PALAVRAS-CHAVE:

Imóvel. União estável. Regime de bens obrigatório. Aplicabilidade

SUMÁRIO:

1 Introdução. 2 A repercussão da escolha do regime de bens na propriedade imobiliária. 3 Incidência da separação legal de bens na união estável. 4 Conclusão. 5 Referências

1 INTRODUÇÃO

A propriedade imobiliária está assentada na matrícula do imóvel, sendo imprescindível a sua determinação para fins de possibilitar, entre outros aspectos, a regular concretização de negócios jurídicos tendentes a transferir ou onerar bens imóveis.

A identificação do proprietário de algum bem específico, notadamente imóvel, requer a análise, também, do regime de bens que vigora entre as pessoas casadas e entre aquelas que vivem em união estável de modo a averiguar se a coisa pertence apenas a um dos cônjuges/companheiros ou a ambos. O art. 1.641 do Código Civil estabelece que seja obrigatório o regime da separação de bens no casamento, não deixando a critério dos nubentes a sua escolha, das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; da pessoa maior de 70 (setenta) anos; e de todos os que dependerem de suprimento judicial para casar.

O tema torna-se problemático quando se passa a analisar a incidência da norma invocada em relação às pessoas que vivem em união estável e se enquadrem naquelas causas de modo a evitar que a manutenção daquela situação de fato seja mais vantajosa do que a celebração do casamento.

Assim, o presente trabalho visa investigar a opinião doutrinária e jurisprudencial acerca do assunto em razão principalmente do dispositivo constitucional (art. 226, § 3º, da CF/88) que, para efeito da proteção do Estado, reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, estabelecendo que a lei deva facilitar sua conversão em casamento.

2 A REPERCUSSÃO DA ESCOLHA DO REGIME DE BENS NA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA

O art. 1.725 do Código Civil estipula que na união estável, salvo

contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens. Portanto, caso não haja estipulação em contrário, aos direitos patrimoniais dos conviventes será aplicada a disciplina prevista para o regime da comunhão parcial de bens dos cônjuges, ou seja, pertencerá a ambos os companheiros, em regime de condomínio, os bens adquiridos onerosamente durante o período da união estável.

Entretanto, observa-se que os conviventes podem estipular, por meio de contrato escrito, a aplicação das regras pertinentes a outros regimes de bens do casamento, podendo, inclusive, convencionar a separação de bens. Assim, é possível que os conviventes estipulem a ausência de condomínio no tocante aos bens adquiridos por cada um durante a convivência, o que possibilita a alienação e oneração da totalidade das coisas, inclusive imóveis, sem a participação do outro. Esse entendimento é corroborado por Maria Helena Diniz¹:

Por esse contrato de coabitação, manifestam a intenção de se unir, criando uma sociedade de fato (que, na verdade, é uma união estável), propondo-se a comungar seus esforços e recursos, ao encontro de seus mútuos interesses. Podem convencionar, além de alguns dados de natureza pessoal, que os bens móveis e imóveis adquiridos onerosamente por eles, durante o relacionamento, não sejam tidos como fruto de colaboração comum, não pertencendo, portanto, a ambos, em condomínio, em partes iguais (CC, art. 1.725).

Sobre o dispositivo legal em comento, é válido colacionar a explicação de Álvaro Villaça Azevedo²:

1 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5, p. 392.

2 AZEVEDO, Álvaro de Villaça. A união estável no novo código civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 191, 13 jan. 2004, p. 01. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4580>>. Acesso em: 6 set. 2011.

Para aproximar o instituto da união estável ao do casamento civil, inseriu-se um capítulo na lei 9.278/1996 sobre regime de bens na união concubinária pura. Parte dessa ideia passou para o novo Código Civil, mais precisamente no art. 1.725, semelhante ao art. 5º da mesma lei. Informa que, não havendo estipulação em contrato escrito, os bens móveis e imóveis adquiridos onerosamente por um ou por ambos os companheiros, no período em que durar a união estável são considerados frutos do trabalho e da colaboração comum, pertencendo a ambos, em condomínio e em partes iguais. Assim, caso os concubinos comprem um imóvel e queiram ressaltar o direito de um maior que do outro, podem mencionar na escritura pública ou no compromisso particular dessa aquisição um percentual diferente, como, por exemplo, 70% ideal do imóvel para um e 30% para outro. Podem também, de modo genérico, fazer contrato, programando toda a sua vida econômico-financeira, conforme possibilita esse artigo. O novo Código menciona, nesse passo, que se aplica no que couber o regime de comunhão parcial de bens, contudo, trata-se de condomínio, pois o regime de bens do casamento é incompatível com a natureza fática da união estável.

O artigo 1.725 é o único que atende à possibilidade de constante mutação no patrimônio dos companheiros, inclusive com a possibilidade de alienação judicial para extinção do condomínio, o que é impossível em qualquer regime de bens onde exista comunhão, regulada pelo Código Civil. Mesmo que se equivoquem os companheiros na aquisição de quaisquer bens, as regras para negociação por contrato escrito entre os companheiros, encontradas nesse artigo, podem ser alteradas, modificando-se, por exemplo, os percentuais ou cotas condominiais entre eles existentes. O mesmo contrato escrito pode ser utilizado pelos companheiros para regularem outras situações não patrimoniais, relativas à sua convivência.

A liberdade de escolha da forma como será gerido o patrimônio adquirido durante a convivência, ou até mesmo o obtido antes do início

daquela união, quando for optado pela subordinação ao regime da comunhão universal, é um direito também das pessoas casadas em relação ao adquirido durante o matrimônio, ou, igualmente, no caso da adoção da comunhão universal, o obtido preteritamente ao casamento, pois o art. 1.639 do Código Civil estipula que é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

No entanto, em relação aos cônjuges, o prefalado livre-arbítrio não é absoluto, na medida em que há a imposição da lei para a adoção do regime da separação de bens quando pelo menos um dos nubentes for pessoa enquadrada em uma das causas elencadas no art. 1.641 do Código Civil, que segue transcrito:

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

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

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

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

Em relação ao regime legal em comento, é importante destacar a norma contida no art. 245 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), que determina que, quando o regime de separação de bens for determinado por lei, far-se-á a respectiva averbação nos termos do artigo anterior, incumbindo ao Ministério Público zelar pela fiscalização e observância dessa providência. Sobre a necessidade de averbação na matrícula do imóvel do regime legal, Walter Ceneviva³ assevera que

O Ministério Público, sendo fiscal da lei, tem função específica. Intervirá para que o regime de separação seja observado, como

3 CENEVIVA, Walter. *Lei de registros públicos comentada*. 20.ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 616.

requerera ao juiz expedição de mandado que ordene averbação do regime de separação obrigatória de bens, à margem dos assentamentos de imóveis de propriedade de cada um dos cônjuges, antes do casamento.

Percebe-se, portanto, a importância de detectar a incidência do regime legal de bens sobre a situação patrimonial dos nubentes para fins de aplicação quando da transmissão e oneração das coisas adquiridas durante o casamento, notadamente em relação à propriedade imobiliária, bem como para regular a partilha no caso de dissolução da sociedade conjugal, cabendo a mesma análise para as pessoas que vivem em união estável.

3 INCIDÊNCIA DA SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS NA UNIÃO ESTÁVEL

O art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988, determina que, 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. Já o art. 1.723 do Código Civil estabelece que é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Em complemento, o art. 1.726 do mesmo diploma legal acrescenta que a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

No tocante ao § 3º do art. 226 da Lei Maior, considera-se oportuno anotar que essa disposição constitucional não depende da interferência do legislador ordinário para ser implementada, podendo tão somente sofrer limitações. Nas palavras de Carlos Alberto Menezes Direito⁴:

⁴ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Da união estável como entidade familiar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 80, v. 667, maio 1991, p. 22.

Muitos eminentes Colegas, amparados em boa doutrina, têm entendido que a regra constitucional não pode ser aplicada imediatamente, isto é, tem eficácia limitada.

O meu convencimento, com o maior respeito aos que pensam em sentido contrário, é diverso. A regra jurídica do § 3º do art. 226, tem eficácia contida, pois, como ensina José Afonso da Silva, estas 'são de aplicabilidade direta e imediata, visto que o legislador constituinte deu normatividade suficiente, aos interesses vinculados à matéria de que cogitam.

As disposições legais e constitucional acima invocadas demonstram que a união estável perdeu o *status* de sociedade de fato e passou a ser considerada uma entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento. Nesse sentido, embora haja o reconhecimento dessa situação fática, com proteção aos direitos dos companheiros, é mandamento constitucional a facilitação e, por consequência, o incentivo da conversão da união estável em casamento. Por isso, não é admissível que a legislação infraconstitucional possua normas mais benéficas para a união estável do que para o casamento.

Nestes termos, cabe refletir quanto à aplicabilidade aos companheiros da norma introduzida pelo art. 1.641 do Código Civil para as pessoas casadas. Com efeito, é importante refletir sobre a incidência compulsória da regra pertinente ao regime da separação de bens aos conviventes que vivam em união estável com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento, uma vez que tais causas não impedem a configuração dessa situação fática, de acordo com o art. 1.723, § 2º, bem como aos companheiros maiores de 70 anos de idade e aqueles que dependeriam, para casar, de suprimento judicial. Isso ocorre porque, caso se conclua pela incidência obrigatória do regime de separação de bens em tais circunstâncias, os companheiros não poderão escolher outra regra para gerir o patrimônio adquirido na constância da união estável, logo não poderão estipular a separação convencional de bens.

O regime da separação de bens, seja convencional ou o imposto por lei, é definido pelo art. 1.687 do Código Civil, no qual os bens permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real. Há, portanto, dois patrimônios distintos, o do homem e o da mulher. Entretanto, é importante anotar que há diferença entre a separação convencional de bens e a separação legal, diante do enunciado da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

O Magistrado Semy Glanz⁵ destaca que o legislador ordinário não poderá impor requisitos que dificultem a conversão da união extramatrimonial em casamento, sob pena de tornar a lei inconstitucional, o que fundamenta a inadequação de não aplicar a restrição da escolha do regime de bens pelos companheiros que se enquadrem nas hipóteses do art. 1.641 do Código Civil. Com efeito, Semy Glanz⁶ salienta que

Assim, cabe esclarecer o que é facilitar a conversão em casamento. O termo quer dizer ‘tornar fácil’, afastar as dificuldades, segundo os dicionários. Conversão é mudança, alteração, modificação ou passagem de um estado a outro. A Constituição diz: devendo a lei facilitar; portanto, a lei ordinária não poderá dificultar ou tornar de tal forma complicada a conversão, a ponto de negá-la. O verbo ‘devendo’ indica forma imperativa, não uma simples recomendação, de modo que, se a lei dispuser diversamente, poderá ser tida como inconstitucional. Por outro lado, o legislador constituinte, sentindo a reação das correntes conservadoras, quer impedir a lei que dificulte tal conversão.

Sobre a problemática apresentada, Caio Mário da Silva Pereira⁷

5 GLANZ, Semy. União estável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.81, n. 676, fev. 1992.

6 GLANZ, 1992, p. 17.

7 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense,

entende que a aceitação da possibilidade de os companheiros idosos optarem, mediante contrato escrito, pelo regime da comunhão parcial de bens significa estar, mais uma vez, prestigiando a união estável em detrimento do casamento. Eis a opinião do citado doutrinador:

No nosso entender, deve-se aplicar aos companheiros maiores de 60 anos as mesmas limitações previstas para o casamento para os maiores desta idade: deve prevalecer o regime da separação legal de bens. A omissão do legislador na hipótese dos companheiros idosos criou flagrante conflito de interpretação.⁸

Na mesma esteira é a explicação de Regina Beatriz Tavares da Silva⁹, que, aplicando a interpretação sistemática, conclui pela igualdade entre o casamento e a união estável no tocante à finalidade da regra inserta no art. 1.641:

Se a interpretação deste dispositivo não levar em consideração o sistema deste Código, a conclusão será a seguinte: se a pessoa se casa, com causa suspensiva ou com mais de sessenta anos, submeter-se-á obrigatoriamente ao regime da separação de bens (art. 1.641, I e II), e, se passa a viver em união estável, nas mesmas circunstâncias, não sofrerá qualquer restrição ao regime de bens, que, pela lei, será o da comunhão parcial. Essa diferença não faz qualquer sentido. Por meio de interpretação sistemática, conclui-se que o art. 1.641, I e II, segundo o qual é obrigatório o regime de separação de bens das pessoas que se casam com inobservância das causas suspensivas e da pessoa maior de sessenta anos, alcança não só o casamento, mas também a união estável, porque consta das disposições gerais do regime de bens,

2004, v. 5, p. 547.

⁸ A menção à idade de 60 anos e não de 70 anos na doutrina colacionada se deve ao fato da edição do livro ser anterior à promulgação da Lei nº 12.344, de 09.12.2010, que promoveu a alteração legal.

⁹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Da eficiência do casamento. In: BRASIL. Leis, decretos, etc. FIÚZA, Ricardo (Coord.); SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Código civil comentado*. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1881-1882.

que se aplicam ao regime da comunhão parcial, regime este que, consoante dispõe o art. 1.725, regula as relações patrimoniais na união estável.

O entendimento exposto é também confirmado por Carlos Roberto Gonçalves¹⁰, citando, inclusive, outros doutrinadores:

Malgrado respeitáveis opiniões em contrário, constitui esse o melhor posicionamento a ser adotado, ante o comando constitucional emergente do art. 226, § 3º, da Carta Magna.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, na mesma esteira, enfatiza que as pessoas que não têm opção de escolha do regime de bens no casamento 'também não podem pactuar quanto aos bens adquiridos na constância da união extramatrimonial, pois, do contrário, haveria estímulo à existência de situações fundadas no companheirismo em detrimento do casamento, o que é vedado pela norma constitucional que prevê a conversão da união estável em casamento'. Assim, aduz, 'aos companheiros inseridos em qualquer uma das hipóteses previstas no art. 258, parágrafo único, suprarreferido (do CC/1916; CC/2002: art. 1.641), aplicar-se-á o regime da separação obrigatória de bens, tal como ocorre com o casamento'.

Em igual rumo a opinião externada por Zeno Veloso: 'O art. 1.725 não se aplica aos companheiros se eles estiverem na mesma situação dos nubentes, consoante o art. 1.641, incisos I, II e III, aplicando-se a eles, por lógica, necessidade e similitude de situação, o disposto no aludido dispositivo, ou seja, a união estável fica submetida ao regime obrigatório da separação de bens'.

Diego Richard Ronconi¹¹ finaliza sua apreciação sobre o assunto em comento pontuando as conclusões que seguem colacionadas:

10 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 568.

11 RONCONI, Diego Richard. O regime da separação total (absoluta) de bens obrigatória na união estável. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 632, 1 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6551>>. Acesso em: 7 set. 2011, p. 01.

Segundo o estudo realizado, chega-se, sucintamente, às seguintes considerações:

- a) o regime da comunhão parcial de bens prevalece nas Uniões Estáveis, exceto na hipótese de haver pacto entre os companheiros elegendo regime diverso;
- b) o regime da comunhão parcial ou a escolha de diverso regime prevalecem somente para regular a dissolução da União Estável entre companheiros enquanto estiverem vivos, pois, na dissolução por morte, este regime eleito não surte reflexos imediatos na divisão, exceto para se saber quais são os bens adquiridos onerosamente na vigência da União Estável, pois na sucessão hereditária entre companheiros se aplicará a divisão ordenada pelo art. 1.790, do Código Civil;
- c) não há equiparação da União Estável ao Casamento pelos legisladores constitucional e ordinário, atendendo-se à priorização do Casamento e não se podendo conceder mais benefícios à União Estável do que ao Matrimônio civil. Isto porque iria contrariar a finalidade determinada pela Constituição Federal no intuito de facilitar a conversão da União Estável em Casamento;
- d) Pelas razões expostas, aplica-se também às Uniões Estáveis de companheiros maiores de 60 (sessenta) anos a imposição do Regime da Separação Absoluta de bens na forma Obrigatória estabelecida aos cônjuges em função da idade (art. 1.641, II, do Código Civil).¹²

Há decisões recentes, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, coadunando com a imposição do regime de separação de bens aos companheiros que se enquadrem em alguma hipótese elencada pelo art. 1.641 do Código Civil. Veja:

RECURSO ESPECIAL - UNIÃO ESTÁVEL - APLICAÇÃO DO
REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS, EM RAZÃO

¹² Em razão da promulgação da Lei nº 12.344/2010, a idade foi alterada de 60 anos para 70 anos.

DA SENILIDADE DE UM DOS CONSORTESES, CONSTANTE DO ARTIGO 1641, II, DO CÓDIGO CIVIL, À UNIÃO ESTÁVEL - NECESSIDADE - COMPANHEIRO SUPÉRSTITE - PARTICIPAÇÃO NA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO FALECIDO QUANTO AOS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL - OBSERVÂNCIA - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1790, CC - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - O artigo 1725 do Código Civil preconiza que, na união estável, o regime de bens vigente é o da comunhão parcial. Contudo, referido preceito legal não encerra um comando absoluto, já que, além de conter inequívoca cláusula restritiva (“no que couber”), permite aos companheiros contratarem, por escrito, de forma diversa;

II - A não extensão do regime da separação obrigatória de bens, em razão da senilidade do de cujus, constante do artigo 1641, II, do Código Civil, à união estável equivaleria, em tais situações, ao desestímulo ao casamento, o que, certamente, discrepa da finalidade arraigada no ordenamento jurídico nacional, o qual se propõe a facilitar a convalidação da união estável em casamento, e não o contrário;

IV - Ressalte-se, contudo, que a aplicação de tal regime deve inequivocamente sofrer a contemporização do Enunciado n. 377/STF, pois os bens adquiridos na constância, no caso, da união estável, devem comunicar-se, independente da prova de que tais bens são provenientes do esforço comum, já que a solidariedade, inerente à vida comum do casal, por si só, é fator contributivo para a aquisição dos frutos na constância de tal convivência;

V - Excluída a meação, nos termos postos na presente decisão, a companheira supérstite participará da sucessão do companheiro falecido em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da convivência (período que não se inicia com a declaração judicial que reconhece a união estável, mas, sim, com a efetiva convivência), em concorrência com os outros parentes sucessíveis (inciso III, do artigo 1790, CC).

VI - Recurso parcialmente provido.

(STJ, Resp 1.090.722 - SP, 3ª Turma, Relator Ministro MASSAMI UYEDA, Dje 27/08/2010)

DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. ART. 258, § ÚNICO, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. 1. Por força do art. 258, § único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou mulher maior de cinquenta. 2. Nesse passo, apenas os bens adquiridos na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum, devem ser amealhados pela companheira, nos termos da Súmula n.º 377 do STF. 3. Recurso especial provido. (STJ, REsp 646259 / RS, 4ª Turma, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Dje 24/08/2010)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADA COM ARROLAMENTO DE BENS - NA ÉPOCA EM QUE FOI ESTABELECIDO A UNIÃO ESTÁVEL O DE CUJUS CONTAVA COM IDADE SUPERIOR À SESSENTA ANOS - POR FORÇA DO ART. 1.641 DO CC, É OBRIGATÓRIO O REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS PARA O CASAMENTO DE PESSOAS MAIORES DE 60 ANOS - EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO CASAMENTO - COMUNHÃO DOS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL - SUMÚLA 377 DO STF. APELAÇÃO DESPROVIDA.

(TJPR - 11ª C. Cível - AC 0364475-7 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Des. Luiz Antônio Barry - Unânime - J. 14.03.2007)

Por outro lado, há argumento forte para sustentar a não extensão do comando do art. 1.641 da legislação civil à união extramatrimonial, na medida em que a prefalada norma trata de restrição de direitos, devendo ser interpretada de forma restritiva.

De fato, é regra de hermenêutica jurídica que a lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica, pois as normas excepcionais não comportam interpretação ampliativa. Defendendo a inaplicabilidade da norma em comento, Cristiano Chaves de Farias¹³ e Nelson Rosenvald expõem o seguinte:

Outrossim, vale sublinhar que, apesar de os impedimentos matrimoniais serem aplicáveis à união estável, as causas suspensivas não embaraçam a sua caracterização, o que, de algum modo, pode gerar uma perplexidade: pessoas que celebram casamento com inobservância das causas suspensivas ficam submetidas, obrigatoriamente, ao regime da separação de bens, enquanto que aquelas que constituem união estável com inobservância das mesmas causas suspensivas não sofrem da mesma restrição patrimonial. É o que emana do § 2º do art. 1.723, registrando que *'as causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável'*.

E nem se tente invocar a incidência das causas suspensivas na união estável, já que regra comezinha jurídica assevera que as normas que estabelecem privilégio ou restrição devem ser interpretadas restritivamente.

Mais adiante, Cristiano Chaves de Farias¹⁴ e Nelson Rosenvald ratificam a opinião já apresentada:

Há um fato curioso que merece registro. É que não se aplicam na união estável as limitações à escolha do regime de bens

13 FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 3. ed., revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 470.

14 *Ibid, Id.*, p. 490-491.

no casamento, previstas no art. 1.641 da norma codificada. Isto porque, tratando-se de norma restritiva de direitos, a interpretação da lei há de ser, necessariamente, restritiva.

Não incide, pois, na união estável o regime de separação obrigatória de bens.

Exemplificando: se uma pessoa maior de 60 anos de idade vier a casar, estará sob o regime da separação obrigatória, mas, vindo a viver em união estável, estará sob a égide da comunhão parcial, o que denota um tratamento desigual em relação ao casamento, atentando contra a regra constitucional da *especial proteção do Estado* (CF/88, art. 226). Assim, temos sustentado - ainda que sem o apoio da maioria da doutrina e da jurisprudência, que mantém uma interpretação legalista, distante do espírito constitucional - que a limitação imposta ao casamento colide frontalmente com a tábua axiológica constitucional, garantidora da especial proteção da pessoa humana, devendo ser afastada, também, no casamento.¹⁵

Fortalecendo a corrente doutrinária que sustenta a impossibilidade de extensão da norma contemplada no já repetido art. 1.641 às uniões estáveis, cabe transcrever a explicação de Robson Gonçalves Dourado¹⁶, que expõe a opinião de Maria Berenice Dias:

Nesse sentido, há a posição de Maria Berenice Dias que se mostra também contrária ao disposto no art. 1.641, II, CC, mesmo porque, firmando-se em Érica Verícia de Oliveira Canuto, entende a autora que o regime de separação obrigatória no casamento não é procedente, afrontando o Estatuto do Idoso e trata-se de uma espécie de sanção. Nas suas palavras: 'A limitação da vontade, em

15 A menção à idade de 60 anos e não de 70 anos na citação se deve ao fato da edição do livro ser anterior à alteração legislativa.

16 DOURADO, Robson Gonçalves. União estável de idoso(a) e o regime de separação obrigatória de bens: possibilidades e incongruências. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2737, p. 03, 29 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18130>>. Acesso em: 7 set. 2011.

razão da idade, longe de se constituir em uma precaução (norma protetiva), se constituiu em verdadeira sanção [...] Em todas as outras previsões legais que impõem a mesma sanção ao menos existem justificativas de ordem patrimonial, ou seja, consegue-se identificar a tentativa de proteger o interesse de alguém. Com relação aos idosos, há presunção absoluta de senilidade. De forma aleatória e sem buscar sequer algum subsídio probatório, o legislador limita a capacidade de alguém exclusivamente para um único fim: subtrair a liberdade de escolher o regime de bens quando do casamento’.

Nesse ponto, cabe destacar que Dias é contrária à aplicação do referido dispositivo no âmbito do casamento e não admite interpretação analógica na união estável. A autora reforça o seu posicionamento contrário à aplicação analógica do art. 1.641, II, CC, na união estável evocando a decisão de Agravo de Instrumento do TJRS, em que se encontrava na condição de relatora, *in verbis*: União estável - Regime de bens. Não se aplica à união estável o regime da separação obrigatória de bens previsto no art. 258, parágrafo único, do CC [art. 1641 do CC 2002], ainda que os conviventes sejam maiores de 60 anos, seja porque a legislação própria prevê o regime condominial, sendo presumido o esforço comum na aquisição do patrimônio amealhado na vigência do relacionamento, seja porque descabe a aplicação analógica de normas restritivas de direitos ou excepcionais (TJRS, 7ª. C. Cív., AI 700047179115, rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 14.08.2002).

Sem prejuízo da discussão apresentada nesse estudo, é imprescindível, para fins de reflexão, trazer à baila a manifestação exarada por Cristiano Chaves de Farias¹⁷ e Nelson Rosenvald, por abordar o viés da inconstitucionalidade do próprio art. 1.641 do Código Civil, ainda que se conclua pela aplicação do mesmo apenas em relação aos cônjuges:

Como se pode notar, ao impor a determinadas pessoas o

17 FARIAS, *op. cit.*, p. 282.

casamento sob o regime de separação obrigatória (CC, art. 1.641), o legislador estabelece um verdadeiro efeito sancionatório, sob o frágil argumento de proteção de certos interesses patrimoniais. Ora, promovendo a exegese da referida intervenção estatal na esfera de interesses privados, é fácil concluir que, a partir da valorização da pessoa humana e de suas garantias constitucionais, a regra legal se põe em rota direta de colisão com os princípios da igualdade substancial, da liberdade e da própria dignidade humana. No ponto, bem se pronunciou Rolf Madaleno: ‘manter a punição da adoção obrigatória de um regime sem comunicação de bens porque pessoas casaram sem observarem as causas suspensivas da celebração do casamento ou porque contavam com mais de sessenta anos de idade (*agora, setenta anos de idade*) ou ainda porque casaram olvidando-se do necessário suprimento judicial, é ignorar princípios elementares de Direito Constitucional. Em face do direito à igualdade e à liberdade, ninguém pode ser discriminado em função do sexo ou da idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil. Atinge direito cravado na porta de entrada da Carta Política de 1988, cuja nova tábua de valores coloca em linha de prioridade o princípio da dignidade humana’.

Por fim, é adequado registrar a existência do Projeto de Lei nº 276/2007, cuja redação pretende alterar o art. 1.723 do Código Civil, a fim de aplicar à união estável o regime da separação de bens nas hipóteses previstas no art. 1.641, incisos I e II. Com a aprovação desse projeto e promulgação da legislação respectiva, a primeira teoria apresentada seria normatizada, pacificando a discussão sobre o assunto. Sobre o citado projeto de lei, Robson Gonçalves Dourado¹⁸ esclarece o seguinte:

Cabe registrar que, contrariamente às propostas do Projeto do Senado 209/2006 e do Projeto de Lei do Estatuto das Famílias (PL 2.285/2007), ambos apresentados anteriormente, encontra-se em tramitação também no Congresso Nacional o Projeto de

18 *Ibid, Id.*

Lei nº 276/2007 de autoria do Deputado Leonardo de Alcântara, em que, entre outras proposições, há a de manutenção do inciso II do art. 1.641 do Código Civil, só que elevando a idade para setenta anos. Além disso, fundamentando-se em Regina Beatriz Tavares da Silva, propõe-se a aplicação do regime de separação de bens tanto no casamento quanto na união estável, cujo nubente ou companheiro (a), respectivamente, possua idade igual ou superior a setenta anos. A justificativa é de que não há sentido para tratamento diferenciado nestas duas hipóteses, deixando a entrever que outro posicionamento violaria o disposto no art. 5º *caput* da Constituição Federal.

4 CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que o art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988, para ser respeitado, exige que a legislação ordinária não estipule condições mais favoráveis à união estável do que ao casamento, sob pena de não facilitar a conversão da situação de fato em matrimônio conforme determina o mandamento constitucional.

Nesse sentido, sem ingressar no mérito sobre a constitucionalidade do art. 1.641 do Código Civil, que estipula hipóteses nas quais é obrigatória a adoção do regime da separação de bens para os cônjuges, entende-se, com base na doutrina e jurisprudência majoritárias, que a disposição prevista na aludida norma da legislação civil deve ser aplicável também aos companheiros que iniciam a união estável incursos em qualquer das hipóteses previstas no prefalado art. 1.641.

Essa conclusão repercute diretamente no direito de propriedade dos conviventes em relação aos bens adquiridos na constância da união estável, na medida em que, sendo compulsório o regime de bens, não permite a eles a escolha das regras aplicáveis ao patrimônio formado durante aquela união.

5 REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. A união estável no novo Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 191, 13 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4580>>. Acesso em: 6 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 10090722/SP*, da 3ª Turma. Relator Ministro Massami Uyeda. Publicado no DJe em 27 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 7 set. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 646259/RS*, 4ª Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Publicado no DJe em 24 de agosto 2010. Disponível em: <<<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 7 set. 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. *Apelação Civil nº 0364475-7*, da 11ª Câmara Civil. Foro da Região Metropolitana de Curitiba. Relator Desembargador Luiz Antonio Barry. Decisão Unânime. Publicado no DJ em: 14 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em 7 set. 2011.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos registros públicos comentada*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Da união estável como entidade familiar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 80, v. 667, maio 1991, p. 17-23,

DOURADO, Robson Gonçalves. União estável de idoso(a) e o regime de separação obrigatória de bens: possibilidades e incongruências. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2737, 29 dez. 2010. Disponível em: <[---

130 < Volume 01 | Nº 02 | Janeiro - Junho | 2012](http://</p></div><div data-bbox=)

jus.com.br/revista/texto/18130>. Acesso em: 7 set. 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 3. ed., revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GLANZ, Semy. União estável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 81, n. 676, fev. 1992, p. 15-27.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 6.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v.5.

RONCONI, Diego Richard. O regime da separação total (absoluta) de bens obrigatória na união estável. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 632, 1 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6551>>. Acesso em: 7 set. 2011.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Da eficácia do casamento. In: BRASIL. Leis, decretos, etc.; FIÚZA, Ricardo (Coord.); SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Código civil comentado*. 6. ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.