

RECEBIDO EM: 27/06/2019  
APROVADO EM: 07/11/2019

## **A APLICAÇÃO DA SÚMULA 377 DO STF NOS DIAS ATUAIS: NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO ESFORÇO COMUM**

*THE APPLICATION OF STF'S PRECEDENT 377 ON CURRENT DAYS;  
THE NECESSITY OF COMPROVATION ABOUT THE COMMON EFFORT.*

*Gastão Marques Franco<sup>1</sup>  
Aurélio Passos Silva<sup>2</sup>*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. O regime da separação obrigatória e a súmula 377 do STF. 1.1. O regime de bens imposto pela lei. 1.1.1. Introdução conceitual e histórica sobre os regimes de bens. 1.1.2. O regime da separação obrigatória. 1.2. Contexto histórico e principais fundamentos da súmula 377 do STF. 2. Aplicabilidade da súmula 377/STF nos dias atuais e os problemas decorrentes da necessidade de comprovação do esforço comum. 2.1. A sobrevivência da Súmula

1. Mestre em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade Milton Campos. Advogado, sócio proprietário de Gastão Franco Advogados. Pós-graduado em Direito Civil Aplicado pela PUC Minas.
2. Doutorando em Direito Administrativo pela PUC/SP. Mestre em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade de Direito Milton Campos. Procurador do Estado de Minas Gerais. Advogado Regional do Estado em Uberlândia. Professor efetivo de Direito Administrativo na Universidade do Estado de Minas Gerais.

377. 2.2. A polêmica exigência de comprovação do esforço comum e seus possíveis problemas práticos; 2.2.1. A posição jurisprudencial. 2.2.2. A discussão doutrinária. 2.2.3. Conceito de esforço comum: a dificuldade na aplicabilidade prática da exigência jurisprudencial. 3. Conclusão. Referências.

**RESUMO:** A Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, publicada no ano de 1964, consolida o entendimento de que, no regime de separação legal de bens, irão comunicar-se aqueles adquiridos na constância do casamento, ou seja, apesar de conviverem em um regime de separação de patrimônio imposto pela lei, os cônjuges teriam direito à meação daqueles bens adquiridos durante a relação. Apesar de existir uma forte corrente doutrinária contrária à aplicabilidade dessa Súmula, isso não se reflete nos tribunais brasileiros, que continuam a utilizando amplamente. No entanto, conforme o entendimento mais recente do Superior Tribunal de Justiça, utilizado como marco referencial deste estudo, torna-se necessário que os cônjuges, para terem o direito sobre os bens adquiridos durante o casamento, comprovem a contribuição de fato na construção desse patrimônio, mais conhecida como prova do esforço comum. No entanto, o que seria, efetivamente, considerado esforço comum? Esse entendimento jurisprudencial não estaria, na prática, tornando ainda mais problemática a aplicação da Súmula 377 do STF pelos tribunais, trazendo maiores prejuízos de ordem prática? O presente artigo pretende, por meio da vertente metodológica jurídico dogmática e do método dialético, analisar e pormenorizar os principais aspectos que circundam esse tema, e concluir se a atitude dos tribunais, principalmente o Superior Tribunal de Justiça, apresenta-se como a medida mais correta sobre o assunto.

**PALAVRAS CHAVE:** Regime da Separação Obrigatória. Comunicação dos Aquestos. Súmula 377/STF. Regime de Bens. Esforço Comum.

**ABSTRACT:** The Precedent 377 of the Federal Supreme Court, published in 1964, consolidates the understanding that in the regime of legal separation of property, those acquired in the course of marriage will be communicated, that is, despite living in a separation regime of legally required, the spouses would have the right to mediate those goods acquired during the relationship. Although there is a strong doctrinal current contrary to the applicability of this Formula, this is not reflected in the Brazilian courts, which continue to use broadly. However, according to the most recent understanding of

the Superior Court of Justice, used as a reference framework in this study, it is necessary that the spouses, in order to have the right over the assets acquired during the marriage, prove the actual contribution in the construction of this patrimony, better known as proof of joint effort. However, what would effectively be considered a common effort? Is this jurisprudential understanding in practice making the application of STF Precedent 377 by the courts even more problematic, bringing more practical damages? The present article intends to analyze and detail the main aspects that surround this theme, through the methodological and dogmatic juridical aspects of the dialectical method, and to conclude that the attitude of the courts, especially the Superior Court of Justice, is the most correct about the subject.

**KEYWORDS:** Compulsory Unbuidling Regime. Communication of Aquestos. Precedent 377/STF. Asset Regime. Common Effort.

## **INTRODUÇÃO**

As relações familiares representam um dos pilares da sociedade contemporânea, apresentando-se como pano de fundo para grandes debates entre os operadores do direito nos dias atuais.

Um dos motivos para o surgimento de profundas discussões nesse contexto é a enorme interferência estatal nas relações familiares, por meio da criação e aplicação de diversas normas na vida privada dos indivíduos, de cunho extremamente intervencionista, principalmente na esfera patrimonial.

Desse contexto de enorme interferência do Estado nas relações privadas retira-se a imposição legal, presente no Código Civil brasileiro, do regime de separação obrigatória de bens no casamento ou união estável para alguns indivíduos, seja por motivo de idade ou por inobservância de alguns outros requisitos.

Para os indivíduos selecionados pela lei, é determinado que o patrimônio adquirido por um dos membros do casal, antes ou durante a relação, será pertencente somente a ele, não tendo direito o outro ao recebimento de uma fração desse bem a título de meação ou de herança, como ocorre em outros regimes de bens previstos no ordenamento jurídico pátrio.

Diante dessa previsão legislativa, os tribunais pátrios aplicam um entendimento utilizado desde a vigência do Código Civil de 1916, consubstanciado na Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, editada

no ano de 1964, que visou corrigir injustiças decorrentes do regime de separação obrigatória de bens, ao entender que “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal).

Ou seja, apesar de vigorar o regime de separação obrigatória de bens, por meio da aplicação do entendimento colacionado acima, o cônjuge ou companheiro teria direito aos bens adquiridos na constância do casamento em eventual término do vínculo afetivo.

Mesmo diante de grandes críticas doutrinárias contrárias à aplicabilidade do referido entendimento nos dias atuais, tendo em vista, dentre outros argumentos, a edição de um novo Código Civil quase 40 anos após sua formalização pelo Supremo Tribunal Federal, fato é que ela continua sendo amplamente utilizada pelos tribunais pátrios, conforme será demonstrado neste estudo.

No entanto, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, em um julgamento ocorrido em 23 de maio de 2018, firmou entendimento de que, apesar de considerar aplicável a referida orientação, o cônjuge ou o companheiro que visa receber sua parte sobre algum bem adquirido na constância de relação regida pela separação obrigatória, deverá comprovar que houve esforço comum na aquisição desse bem, modificando, na prática, a orientação jurisprudencial, que não mencionava de forma expressa essa necessidade.

Diante desse novo posicionamento, que já era adotado por alguns tribunais de instância inferior, surgem algumas dúvidas de extrema importância, principalmente: o que seria considerado esforço comum? Essa nova exigência não poderá ocasionar mais problemas práticos na aplicação do entendimento, tendo em vista a dificuldade probatória que a envolve? A resposta para essas indagações, utilizando a primeira como base de argumentação para a segunda, será o principal objetivo desse artigo.

Para isso, pretende-se elucidar o tema por meio de ensinamentos da doutrina especializada no assunto, além de uma análise sobre o momento histórico de criação da Súmula 377 do Superior Tribunal Federal, perquirindo os principais fundamentos que a motivaram.

Também será perquirido um conceito de “esforço comum”, o que será de fundamental importância para a conclusão do presente artigo, sobre a possibilidade da exigência de comprovação do esforço comum poder

tornar inócua a aplicação do entendimento analisado, tendo em vista a dificuldade e complexidade probatória deste novo requisito.

## **1. O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA E A SÚMULA 377 DO STF**

### 1.1. O REGIME DE BENS IMPOSTO PELA LEI

#### 1.1.1. INTRODUÇÃO CONCEITUAL E HISTÓRICA SOBRE OS REGIMES DE BENS

Ao optar pela convivência familiar com outrem por meio do casamento ou da união estável, os indivíduos estabelecem uma comunhão de vida, que representa também um entrelaçamento de patrimônios (DIAS, 2015, p. 297).

O regime de bens se apresenta como uma compilação de regras, escolhidas pelo casal ou, na ausência deste apontamento pelas partes e por imposição expressa, pela lei, que vão disciplinar as relações econômicas entre os cônjuges ou companheiros, bem como a administração e o domínio dos bens adquiridos antes e durante a relação (GONÇALVES, 2015, p. 445).

De forma mais sucinta, o regime de bens pode ser conceituado, portanto, como “o conjunto de normas legais ou contratuais que regulam as relações econômicas entre os cônjuges” (CARVALHO, 1996, p. 15).

Essa necessidade pelo regramento conjugal surgiu, assim como os regramentos sucessórios, com a necessidade do indivíduo de limitar e buscar a perpetuação da propriedade privada, quando dividida com outro ser humano ao longo da vida (PARADA, 2008, p. 30).

Atualmente, a escolha do regime de bens nessas relações irá determinar, por exemplo, como será distribuída a propriedade dos bens adquiridos pelo casal antes e durante a relação em caso de eventual divórcio.

Além disso, devido às regras contidas no ordenamento jurídico brasileiro, essa escolha irá impactar também na concorrência do cônjuge na herança com os demais herdeiros necessários em caso de falecimento de uma das partes.

O Código Civil de 1916 previa as seguintes espécies de regime de bens: comunhão parcial; separação obrigatória; separação convencional; comunhão universal e o regime dotal.

Até a entrada em vigor da Lei nº 6.515, de 1977, conhecida como Lei do Divórcio, o regime legal supletivo era o da comunhão universal, que gerava uma verdadeira massa patrimonial pertencente ao casal, unindo o patrimônio individual de cada um, tanto o preexistente quanto o adquirido na constância da relação (DIAS, 2015, p. 302).

Portanto, até 1977, caso os cônjuges não estipulassem de forma expressa por um regime diverso, o regime de bens que iria ser aplicado na relação era o da comunhão universal.

Com o advento da Lei do Divórcio, o regime supletivo legal passou a ser o da comunhão parcial de bens, no qual cada cônjuge ou companheiro pode ter tanto bens particulares como bens comuns, estes últimos também denominados de aquestos, ou seja, aqueles adquiridos durante a relação.

Importante se torna a diferenciação do regime legal supletivo e do regime legal obrigatório, pano de fundo do presente estudo, conforme faz de forma brilhante Zeno Veloso:

Na falta de manifestação dos nubentes, tendo eles silenciado, inexistindo pacto antenupcial, vem a lei e supre a omissão, determinando um regime para o casamento, que, em nosso País, é o da comunhão parcial. O mesmo ocorrerá, havendo pacto, se este for inválido ou ineficaz.

Há casos, entretanto, em que o regime legal não é apenas supletivo, mas obrigatório, imperativo, compulsório, cogente, quando o legislador impõe o regime da separação, considerando certos fatos e dadas circunstâncias em que determinado casamento foi realizado. (VELOSO, coord. PEREIRA, 1997, p. 82).

O Código Civil de 2002, além de excluir o regime dotal pela sua inutilidade prática, manteve os demais regimes previstos anteriormente e criou o regime da participação final nos aquestos, além de admitir a modificação do regime escolhido pelo casal durante a constância da relação.

Portanto, atualmente, são regulados pelo ordenamento jurídico pátrios os seguintes regimes: comunhão parcial; comunhão universal; separação obrigatória; separação de bens e participação final nos aquestos (BRASIL, 2002), cada um com peculiaridades e consequências diversas na relação patrimonial do casal.

A discussão proposta com este artigo gira tão somente em torno do regime de separação obrigatória de bens, motivo pelo qual não irá adentrar-se nos detalhes específicos dos demais regimes nesta oportunidade.

#### 1.1.2. O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA

Na contramão do princípio da autonomia privada e da regra de que “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver” (BRASIL, 2002), o Código Civil impõe um regime de bens para certos indivíduos que, mesmo se desejarem optar por um outro, mediante pacto antenupcial, não poderão fazê-lo, ou caso o façam, não produzirão os efeitos desejados, por contrariar uma norma de ordem pública (FARIAS e ROSENVALD, 2016, p. 308).

Esse regime, que já era previsto no Código Civil de 1916, possui, atualmente, redação praticamente idêntica no diploma de 2002<sup>3</sup>, que apenas unificou a idade de homens e mulheres na hipótese do inciso II para sessenta anos, o que também foi modificado com a Lei nº 12.344, de 2010, aumentando-a para setenta anos.

Tal obrigação legal se fundamenta em um pretexto duvidoso de proteção às pessoas consideradas vulneráveis diante da situação fática do casamento ou união estável e que, com essa relação, estariam colocando em risco seu patrimônio.

Segundo a lei, portanto, o regime de separação de bens será obrigatório para aqueles que se casarem sem observância das causas suspensivas de celebração do casamento, para os maiores de setenta anos e para aqueles que dependerem de suprimento judicial para realizar o casamento (BRASIL, 2002).

Atualmente, esse regramento sofre duras críticas por parte da doutrina, que entende ocorrer uma violação à autonomia privada dos cônjuges e companheiros ao serem proibidos de elegerem seu regime de bens (FARIAS e ROSENVALD, 2016, p. 313 – 314).

---

3. Nos termos exatos do artigo 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.” (BRASIL, 2002).

Além disso, em uma relação familiar, a vontade dos indivíduos deveria ser mais respeitada, pois “nos seios da família, são os seus integrantes que devem ditar o regramento próprio da convivência.” (PEREIRA, 2005, p. 155).

A imposição do regime para as pessoas maiores de setenta anos, por exemplo, fere também o princípio da dignidade da pessoa humana, ao tratá-las como verdadeiras absolutamente incapazes de decidirem o melhor para sua própria vida. Nesse sentido, é valiosa a lição de Oswaldo Peregrina Rodrigues:

Deveras, a pessoa idosa está em fase etária da vida mais avançada, mas esse fator, por si só, é desprezível para se aferir sua capacidade civil, que não possui qualquer vínculo de causa e efeito com a idade (...). Entretanto, se inexistem distúrbios mentais, essa pessoa, ainda que idosa, por concepção objetiva etária, é plenamente capaz, apta, portanto, a se casar e escolher o regime de bens matrimonial que melhor for do seu exclusivo interesse; ou, melhor, do interesse dela e de seu pretendente. (RODRIGUES, 2006, p. 412).

Ou seja, a norma que, na teoria, visava tutelar certos indivíduos, acaba sendo uma norma representativa de preconceito, principalmente em relação aos idosos (TARTUCE, 2016, p. 143).

A par de todas as críticas, fato é que a lei estabelece de forma expressa esse regime para uma classe específica de pessoas, trazendo inúmeras consequências de cunho patrimonial para essas relações.

No regime da separação obrigatória, cada um será titular do seu próprio patrimônio e, no momento da separação, em tese, cada um ficará com os bens que forem de sua titularidade (DIAS, 2015, p. 302).

Além de não se constituir um patrimônio do casal pela comunhão de vida, a lei também exclui, de forma expressa, o cônjuge ou companheiro da concorrência em eventual herança com os descendentes do falecido<sup>4</sup>.

Portanto, no regime da separação obrigatória de bens, segundo a lei, não existe a constituição de um patrimônio comum do casal, sendo

---

4. O Código Civil não deixa dúvidas sobre isso, ao dispor, em seu artigo 1.829, que “A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares (...)” (BRASIL, 20002).



cada um dono de seu próprio patrimônio e, em caso de separação, ficando com o que lhe é próprio (DIAS, 2015, p. 302).

No entanto, devido à uma antiga construção jurisprudencial, realizada ainda na vigência de regras contidas no Código Civil de 1916, mesmo nesse regime de bens o cônjuge poderia ter direito à partilha de algum bem após eventual dissolução do vínculo.

Essa possibilidade da concessão do direito à meação ao cônjuge ou companheiro que se submete ao regime da separação obrigatória, inexistente no Código Civil, se consubstancia na Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, cujo texto é claro ao dizer que “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal).

Essa orientação jurisprudencial é alvo de inúmeras críticas doutrinárias e motiva grandes debates entre os operadores do direito atualmente, como, por exemplo, se ainda seria plausível sua aplicação, tendo em vista que ela foi editada sob a vigência do Código Civil de 1916, que continha algumas regras que a fundamentaram suprimidas em 2002.

O presente artigo irá analisar, de forma específica, a exigência do Superior Tribunal de Justiça de comprovação do esforço comum na aquisição dos bens ao aplicar a Súmula 377, do Superior Tribunal Federal.

Ou seja, apesar de aplicar-se a antiga orientação jurisprudencial, o que ocorre atualmente é uma modificação de seu teor, gerando alguns problemas de interpretação e aplicação prática que serão pormenorizados adiante.

Para isso, torna-se necessário analisar o contexto histórico e os fundamentos que motivaram o Supremo Tribunal Federal a editar essa orientação, para entender se sua aplicação nos dias atuais está de acordo com seu objetivo inicial.

## 1.2. CONTEXTO HISTÓRICO E PRINCIPAIS FUNDAMENTOS DA SÚMULA 377 DO STF

Conforme exposto anteriormente, a orientação jurisprudencial consolidada na Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal permite a comunicação dos aquestos, ou seja, dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento, nos casos em que vigora o regime da separação obrigatória de bens.

Primeiramente, antes de adentrar nos seus fundamentos, importante ressaltar o contexto histórico das decisões que motivaram a edição dessa Súmula, quando chegavam aos tribunais situações específicas relativas aos imigrantes italianos.

Graças ao ordenamento jurídico italiano, esses indivíduos geralmente imigravam para o Brasil casados pelo regime da separação de bens, enquanto a maioria dos casais brasileiros seguia o regime da comunhão universal, e aqui formavam, pelo esforço comum de marido e mulher, um patrimônio único.

Para evitar o enriquecimento ilícito, principalmente do marido, que geralmente detinha os títulos de propriedades do acervo patrimonial, a jurisprudência brasileira passou a admitir a comunhão dos aquestos fundamentando as decisões em princípios de justiça, equidade, vedação ao enriquecimento sem causa e existência de sociedade de fato.

Isso pode ser confirmado pela leitura dos acórdãos que serviram de motivação para a edição da Súmula. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 7.243, de 12 de junho de 1945, por exemplo, o voto do Ministro Aníbal Freire se refere de forma expressa ao caso específico dos italianos:

Ao defrontar, na Turma, esse caso, no tocante à exegese da aplicação do nosso Código Civil, não hesitei em acompanhar a orientação e o espírito que haviam guiado os meus votos na hipótese referida, dos casais italianos. Evidentemente, transparecia do processo uma comunhão de fato, em que a cônjuge havia contribuído com o se esforço para a realização dos bens do casal, durante longo período, produto exclusivo da sua atividade ao lado do esposo. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 7.243/CE, 1945)

Também no julgamento do Recurso Extraordinário nº 10.951, de 09 de abril de 1948, de Relatoria do Ministro Annibal Freire, é possível verificar a influência dos casos italianos, conforme consta no voto do Ministro Castro Nunes:

Mas, na verdade, eu peço vênias aos meus ilustres colegas para salientar o seguinte, que já está dito no meu voto, mas que procurarei esclarecer melhor: quero salientar que esta questão da sociedade de fato, posterior ao casamento, tem sua razão de ser no caso dos casais italianos, porque o regime é da separação de bens, que é o regime comum no Código

italiano. É nesses casos que se pode falar em comunhão de fato como de um estado que, embora contrário à lei nacional dos cônjuges, deva produzir efeitos jurídicos no Brasil, onde o casal fez fortuna pela cooperação de ambos os consortes, solução inaugurada pelo ilustre Tribunal de S. Paulo e mantida por nós, em vários casos. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 10.951).

No entanto, a jurisprudência passou a aplicar esse entendimento analogicamente para outros casos, com fundamento no antigo artigo 259 do Código Civil de 1916, que dispunha que mesmo nos regimes que não fossem o da comunhão de bens, prevaleceriam “no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento.” (BRASIL, 1916).

Importante ressaltar que essa regra contida no artigo 259, apesar de fazer menção somente aos casos em que as partes não estipulam o regime de bens, ou seja, no silêncio do contrato, passou a ser aplicada também para os casos em que a lei impunha o regime da separação obrigatória, principalmente com a edição da Súmula 377.

Pode-se resumir, portanto, os principais fundamentos desse entendimento jurisprudencial como: a própria lei, que dispunha de forma semelhante no antigo artigo 259; a vedação ao enriquecimento ilícito por um dos cônjuges e a justiça social para aqueles que de fato contribuíram para a formação do patrimônio adquirido onerosamente na constância da relação (FARIAS e ROSENVALD, 2016, p. 315).

Feita essa análise introdutória sobre o regime de separação obrigatória e a Súmula 377 do STF, passa-se, no próximo capítulo, a analisar a aplicabilidade desse entendimento jurisprudencial nos dias atuais, detalhando as críticas doutrinárias e a maneira como a jurisprudência diverge em sua aplicação, principalmente no tocante à comprovação do esforço comum, tema principal do presente estudo.

## **2. APLICABILIDADE DA SÚMULA 377/STF NOS DIAS ATUAIS E OS PROBLEMAS DECORRENTES DA NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO ESFORÇO COMUM**

### **2.1. A SOBREVIVÊNCIA DA SÚMULA 377**

Antes de pormenorizar o aspecto polêmico envolvendo a necessidade de comprovação do esforço comum para a comunicação dos aquestos no regime de separação obrigatória, é importante demonstrar, de forma

sucinta, a discussão doutrinária envolvendo a aplicação da Súmula 377 do STF na atualidade.

Primeiramente, a primeira ressalva que deve ser feita diz respeito ao momento de edição dessa orientação jurisprudencial: o ano de 1964, quando o Supremo Tribunal Federal ainda era competente para decidir, em última instância, sobre interpretação de lei federal, atribuição que agora pertence ao Superior Tribunal de Justiça.

No momento de edição dessa Súmula, portanto, ainda vigorava o Código Civil de 1916, revogado em 2002 pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o novo regramento cível.

Assim, uma das principais críticas doutrinárias sobre a sobrevivência da referida Súmula se baseia no fato de que seu fundamento legal, o artigo 259 do Código Civil de 1916, deixou de ser reproduzido com a entrada em vigor do novo código, sendo revogado, portanto, a partir de 2003:

Em primeiro lugar, ressalte-se, já não subsiste o suporte fático que ensejou a edição da Súmula 377; outrossim, o art. 259 que fornecia substrato jurídico para a admissão do regime de separação limitada de bens foi revogado, não existindo no atual Código disposição similar. Assim, o fundamento fático e jurídico que gerou o entendimento consolidado na Súmula já não permanece. (MAIA JÚNIOR, 2015, p. 251).

Além disso, para essa corrente, o antigo artigo 259 deveria ser aplicado somente aos casos de separação convencional, pois o legislador à época optou por criar um regime de separação obrigatória, diverso daquele, sendo que ele próprio poderia ampliar os efeitos do artigo se assim desejasse:

O legislador, estabelecendo tal regime, quis naturalmente uma separação absoluta de bens, tanto é que proibiu, inclusive, a doação entre os cônjuges.

E mais: o legislador de 1962, conhecendo da controvérsia, já que a súmula já havia, à época, sido editada, e já era contestada, poderia, se quisesse adotar sua tese, alterar a redação do art. 259 citado, para fazê-lo abranger também o regime da separação legal. Mas não o fez. Ao contrário, criou o denominado usufruto vidual (art. 1611, § 1º, com a redação dada pela Lei nº. 4121/62). Ou seja, o legislador

do Estatuto da Mulher Casada queria proteger o viúvo casado sob o regime da separação, mas não queria alterar os princípios deste regime, criando, então, instituto novo. Não pode, portanto, a jurisprudência alterar o que o legislador quis manter intocável. (CARVALHO NETO, p. 6).

Para essa parte da doutrina, portanto, a comunicação dos aquestos nesses casos, somente poderia ocorrer com a comprovação efetiva do esforço comum na aquisição dos bens, fundamento a divisão do patrimônio na vedação do enriquecimento sem causa ou até na existência de uma sociedade de fato, não tendo utilidade a Súmula 377, já que isso poderia ser feito nas vias ordinárias.

De outro lado, autores renomados, como Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Maria Berenice Dias, defendem a necessidade de subsistência dessa orientação jurisprudencial, visando o respeito a direitos básicos e à vedação do enriquecimento injustificado por uma imposição legal sem embasamento jurídico:

Seguramente, o fundamento da citada “súmula dos aquestos” é o respeito aos valores personalíssimos, realçando a proteção das pessoas humanas envolvidas, afastando a indevida ingerência estatal no âmbito dos interesses privados, daí a sua plena compatibilidade com a ordem constitucional e, via de consequência, a sua permanência, apesar das regras codificadas” (FARIAS e ROSENVALD, 2016, p. 315).

Nítido o conteúdo ético do enunciado, que de forma salutar assegura a meação sobre o patrimônio construído durante o período de convívio, de modo a evitar a ocorrência de enriquecimento injustificado. (DIAZ, 2015, p. 331).

Por fim, uma outra crítica à manutenção da Súmula é de que ela tornaria inócua a escolha legislativa pela existência do regime de separação, pois na prática vigoraria o regime de comunhão parcial de bens, em decorrência da comunicação dos aquestos, e poderia causar um enriquecimento injustificado por parte daquele que não contribuiu, de fato, na construção do patrimônio (VELOSO, 1997, p. 126).

Apesar dessa discussão acadêmica, os tribunais continuam aplicando frequentemente a Súmula 377, surgindo uma discussão mais recente: é

necessário a comprovação do esforço comum na construção do patrimônio para ocorrer a comunicação dos aquestos?

## 2.2. A POLÊMICA EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ESFORÇO COMUM E SEUS POSSÍVEIS PROBLEMAS PRÁTICOS

### 2.2.1. A POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL A (I) LEGALIDADE DAS CLÁUSULAS RESTRITIVAS SOBRE OS DIREITOS DE TESTAR E ELEGER REGIME DE BENS

A dispensa ou a necessidade de comprovação do esforço comum para ocorrer a comunicação dos bens adquiridos na constância de casamento ou união estável é algo que sempre foi divergente na doutrina e jurisprudência pátria. Flávio Tartuce, por exemplo, cita de forma didática em sua obra diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça, até o ano de 2012, que divergem sobre o tema:

(...) concluindo pela necessidade de prova do esforço comum para a comunicação dos bens: STJ, REsp 646.259/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.<sup>a</sup> Turma, j. 22.06.2010, DJe 24.08.2010; REsp 123.633/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4.<sup>a</sup> Turma, j. 17.03.2009, DJe 30.03.2009 e REsp 9.938/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4.<sup>a</sup> Turma, j. 09.06. 1992, DJ 03.08. 1992, p. 11.321.

(...) afastando a necessidade dessa prova, citando como fundamentos principais a dignidade humana e a solidariedade familiar: STJ, AgRg no REsp 1.008.684/RJ, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4.<sup>a</sup> Turma, j. 24.04.2012, DJe 02.05.2012; REsp 1.090.722/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, 3.<sup>a</sup> Turma, j. 02.03.2010, DJe 30.08.2010; REsp 736.627/PR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3.<sup>a</sup> Turma, j. 11.04.2006, DJ 01.08.2006, p. 436 (...). (TARTUCE, 2016, p. 148)

Ao realizar um recorte histórico mais recente, percebe-se que a divergência persiste na corte. Utiliza-se, como exemplo da corrente que entende ser dispensada a efetiva comprovação do esforço comum, o julgamento do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 857.923/MG, de relatoria do Ministro Antonio Carlos Ferreira, julgado em 27/02/2018, cuja posição é expressa na própria ementa:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CASAMENTO. REGIME. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. PARTILHA. ESFORÇO COMUM PRESUMIDO. DECISÃO MANTIDA.

1. “No regime da separação obrigatória, comunicam-se os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento, sendo presumido o esforço comum (Súmula n. 377/STF)” (AgRg no AREsp 650.390/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 03/11/2015).

2. Agravo interno a que se nega provimento. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 857.923/MG.)

Essa corrente fundamenta a presunção do esforço comum na preservação da dignidade da pessoa humana, vedação ao enriquecimento ilícito e outros direitos constitucionais (TARTUCE, 2016, p. 148).

No entanto, em julgamento realizado em 23/05/2018, praticamente três meses após a decisão citada anteriormente, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça procurou firmar o entendimento contrário, entendendo ser necessária a efetiva comprovação do esforço comum para ocorrer a comunicação dos bens nesses casos. Confere-se a ementa:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. CASAMENTO CONTRAÍDO SOB CAUSA SUSPENSIVA. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS (CC/1916, ART. 258, II; CC/2002, ART. 1.641, II). PARTILHA. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. PRESSUPOSTO DA PRETENSÃO. MODERNA COMPREENSÃO DA SÚMULA 377/STF. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.

1. Nos moldes do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, ao casamento contraído sob causa suspensiva, impõe-se o regime da separação obrigatória de bens.

2. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição.

3. Releitura da antiga Súmula 377/STF (No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento), editada com o intuito de interpretar o art. 259 do CC/1916, ainda na época em que cabia à Suprema Corte decidir em última instância

acerca da interpretação da legislação federal, mister que hoje cabe ao Superior Tribunal de Justiça.

4. Embargos de divergência conhecidos e providos, para dar provimento ao recurso especial. (REsp 1623858/MG, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/05/2018, DJe 30/05/2018)

No caso em tela, mister salientar que os embargos de divergência foram instaurados pois restou comprovado que houve decisões conflitantes sobre o tema. A moldura fática e jurídica dos arestos confrontados era idêntica: saber se a comunicação/partilha dos bens adquiridos na constância de casamento submetido ao regime da separação legal de bens depende da comprovação do esforço comum na aquisição do acervo.

O i. Relator, Ministro convocado Lázaro Guimarães, após citar vários autores, esclareceu que:

Na leitura dos excertos acima reproduzidos, verifica-se que, a par de defenderem ou não a subsistência da Súmula 377/STF, os insignes doutrinadores concordam, unanimemente, que os bens adquiridos na constância do casamento submetido ao regime legal devem ser repartidos, divergindo, ocasionalmente, acerca da contribuição imaterial e, principalmente, quanto a depender a divisão da necessidade, ou não, de prova do esforço comum na aquisição do acervo. (STJ, 2018, on-line)

Em relação ao esforço comum, interessante notar que o relator desconsidera por completo o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa pois, ao seu ver, ele não contribuiu para o esclarecimento da matéria, uma vez que, se de um lado evita que um dos cônjuges saia em desvantagem nos casos em que ambos contribuíram para amealhar o patrimônio que foi registrado em nome somente de um deles, por outro lado, presumindo-se o esforço comum, um dos ex-cônjuges pode levar vantagem na distribuição de acervo para o qual não contribuiu, destruindo a essência do mesmo princípio. Acrescentou ainda que a simples presunção do esforço comum poderia gerar situações de iniquidade, especialmente naquelas uniões de curtíssima duração.

Na verdade, o acórdão deixa claro que a presunção do esforço comum pode tornar inócuo o regime da separação obrigatória (ou legal)



de bens, pois faz com que o interessado tenha que provar que o ex-cônjuge em nada contribuiu (prova negativa), embora o bem tenha sido adquirido na constância da união.

Por outro lado, o entendimento de que a comunhão de bens nesses casos deve ser precedida de prova do esforço comum, segundo essa corrente, estaria de acordo com o Código Civil de 2002, pois prestigia a eficácia do regime de separação legal de bens, deixando ao interessado a prova de que teve efetiva e relevante (ainda não financeira) participação no esforço para aquisição onerosa de determinado bem.

## 2.2.2. A DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA

Assim como a jurisprudência, a doutrina brasileira também se divide sobre a necessidade ou não de comprovação do esforço comum na aquisição dos aquestos nos casos de regime de separação obrigatória de bens.

Flávio Tartuce, por exemplo, se filia à posição mais recente explicitada do Superior Tribunal de Justiça, pela necessidade de comprovação desse esforço conjunto:

“Primeiro, porque a falta de prova do esforço comum transforma o regime da separação de bens em uma comunhão parcial, o que não parece ter sido o objetivo da sumula. Segundo, diante da vedação do enriquecimento sem causa, constante do art. 884 do Código Civil, eis que a comunicação automática ocorreria sem qualquer razão plausível, em decorrência do mero casamento. Terceiro, porque o presente autor tem suas ressalvas quanto à eficiência atual do regime da comunhão parcial de bens. Quarto, pois o melhor caminho para o nosso Direito é extinguir definitivamente a separação legal e não transformá-la em outro regime, o que seria uma solução temporária.” (TARTUCE, 2016, p. 149).

Percebe-se que para esse autor, dentre outros motivos, a prescindibilidade da comprovação de esforço comum acabaria por tornar inócua o regime da separação obrigatória, que seria, na prática, um verdadeiro regime de comunhão parcial de bens.

Já Maria Berenice Dias, por exemplo, se filia à corrente que dispensa a prova do esforço comum, já que “a convivência leva à presunção do esforço comum na aquisição de bens (...)”. (DIAS, 2015, p. 331).

Ou seja, para essa autora e todos que a ela se filiam, o esforço comum é representado pela simples convivência entre as partes, não sendo necessários outros meios de prova para ocorrer a comunicação dos aquestos.

No mesmo sentido se posicionam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

“Esse esforço comum não precisa decorrer do exercício de atividade remunerada, podendo se materializar pela própria coexistência afetiva e pela solidariedade presente na relação conjugal. Exigir a prova de alguma contribuição financeira seria inviabilizar a aplicação do entendimento sumulado.

Avizinha-se, com isso, a separação legal do regime de comunhão parcial de bens, permitindo-se a partilha dos aquestos naquela, inclusive com presunção de esforço comum para a aquisição.” (FARIAS e ROSENVALD, 2016, p. 315).

Percebe-se, em síntese, que os argumentos doutrinários, assim como os jurisprudenciais, podem servir como uma boa base de fundamentos para ambas as correntes, cada qual com suas convicções.

A intenção desse artigo é justamente encontrar uma solução que se apresente como a mais viável na prática, levando em consideração aspectos referentes à produção de prova e ao conceito de esforço comum, que será abordado no próximo tópico.

### 2.2.3. CONCEITO DE ESFORÇO COMUM: A DIFICULDADE NA APLICABILIDADE PRÁTICA DA EXIGÊNCIA JURISPRUDENCIAL

Tomando como base a decisão unânime mais recente do Superior Tribunal de Justiça, chega-se às seguintes conclusões: a Súmula 377 será aplicada, ocorrendo a comunicação dos aquestos nos casos de separação obrigatória, desde que seja comprovado a ocorrência de esforço comum na aquisição desses bens.

Diante dessa exigência, podem ser feitas algumas críticas sobre como seria sua aplicação na prática.

A primeira crítica pode ser feita por um simples raciocínio lógico: se é necessário a constituição de um conjunto probatório concreto para se auferir o esforço comum na aquisição dos aquestos, a aplicação da

Súmula 377 não faria sentido, já que, por meio de uma ação ordinária, o ex-cônjuge prejudicado poderia alegar apenas o locupletamento indevido ou até mesmo a existência de uma sociedade de fato no momento de aquisição do patrimônio.

Dessa forma, a produção de provas não necessitaria da posterior aplicação da Súmula 377, podendo a decisão se basear nesses outros argumentos invocados pela parte prejudicada no momento de divisão do patrimônio.

A segunda crítica aqui elaborada é a de que o Superior Tribunal de Justiça, caso julgasse necessário, deveria elaborar uma nova orientação jurisprudencial para casos como esse, e não modificar um texto elaborado ainda na vigência do Código Civil de 1916 por uma corte diversa dessa.

Diante do grande decurso de prazo, com as na legislação e nas necessidades dos indivíduos, o mais lógico seria a consolidação de um novo entendimento, em um novo texto, e não a mutação constante de algo editado há mais de quarenta anos atrás.

Por fim, o que dificultaria a aplicação dessa nova exigência no momento de aplicação do entendimento é justamente a conceituação do que seria, efetivamente, considerado esforço comum na aquisição desses bens.

Para Maria Berenice Dias, por exemplo, o esforço comum está presente justamente na convivência harmoniosa entre os indivíduos (DIAS, 2015. p. 331).

No mesmo sentido concordam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, ao dizerem que esse esforço “não precisa decorrer do exercício de atividade remunerada, podendo se materializar pela própria coexistência afetiva e pela solidariedade presente na relação conjugal” (FARIAS e ROSENVALD, 2016, p. 314).

Ora, não seria plausível desconsiderar o esforço praticado por um cônjuge que cuidou do lar ou que forneceu todo o suporte psicológico necessário para outro apenas pela ausência de uma contribuição financeira, por exemplo.

Dessa forma, o referido entendimento de presunção do esforço comum “não se premia o ócio, mas sim a lealdade, o respeito, a colaboração, o suporte moral e psíquico de um cônjuge ao outro.” (MADALENO, 2017, p. 123).

Além disso, deixar a cargo dos julgadores essa escolha de critérios acabaria por tornar inócua a aplicação da Súmula 377 do STF, pois a produção de provas seria bastante difícil para as partes prejudicadas.

Sem dúvida, a melhor solução seria a extinção dessa orientação jurisprudencial e uma reforma legislativa, para delimitar exatamente se irá ou não ocorrer, e em quais situações, a comunicação dos aquestos nos casos de separação obrigatória de bens, tendo em vista que as posições divergentes possuem argumentos igualmente sólidos para o debate.

No entanto, caso o Superior Tribunal de Justiça entenda ser necessário e justo manter a aplicação da Súmula, essa modificação em seu texto, ao exigir a comprovação de esforço comum, não parece o melhor desfecho para os casos concretos que, com certeza, irão alcançar o Poder Judiciário.

### **3. CONCLUSÃO**

Procurou-se, no presente artigo, demonstrar alguns aspectos controversos que envolvem a aplicação da Súmula 377, do Superior Tribunal Federal, orientação jurisprudencial que legitima a comunicação dos bens adquiridos na constância de casamento ou união estável regulado pelo regime da separação obrigatória de bens.

Para isso, foi feita uma breve introdução sobre o tema, pormenorizando polêmicas como a legalidade e a constitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens, além da sobrevivência e aplicação do entendimento analisado.

Foi realizada uma importante análise histórica sobre o momento de criação da orientação jurisprudencial, com o intuito de se construir uma base de pensamento concreta sobre o tema, ao pormenorizar os fundamentos que motivaram essa escolha jurisprudencial.

Após isso, procurou-se demonstrar aspectos que envolvem o problema aqui levantado, qual seja, a necessidade de comprovação do esforço comum para a comunicação dos aquestos nos casos em que vigora o regime da separação obrigatória, tendo em vista a decisão mais recente do Superior Tribunal de Justiça, que parece ter firmado o entendimento por essa comprovação no momento de aplicação do entendimento.

Foram analisados os argumentos das duas correntes que divergem sobre o assunto, tanto do lado jurisprudencial como do lado doutrinário, evidenciando uma forte base de fundamentos que legitimam ambos os lados.

O ponto crucial aqui levantado foi a aplicabilidade prática do entendimento recentemente firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que o próprio conceito de esforço comum se apresenta como muito relativo e passível de interpretações diversas.

Concluiu-se, portanto, que a exigência de comprovação do esforço comum acabaria por tornar inócua ou enfraquecer a aplicação da Súmula 377, do Superior Tribunal Federal, apresentando-se como mais plausível a elaboração de um novo entendimento ou de uma reforma legislativa sobre o assunto, explicitando a representatividade popular e não apenas as opiniões pessoais dos julgadores.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei n.º 3.071/1916, de 01.01.1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 15 jan. de 2019.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. AgInt no AREsp 857.923/MG, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 13/03/2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1679419&num\\_registro=201600299879&data=20180313&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1679419&num_registro=201600299879&data=20180313&formato=PDF) Acesso em: 20 de janeiro de 2019.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário 7.243/CE. Relator: Waldemar Falcão. DJ 12/06/1945. Pag. 2248. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=31438>> Acesso em: 15 jan. 2019.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário 10.951/RJ. Relator: Castro Nunes. DJ 09/04/1948. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=116843>> Acesso em: 15 jan. 2019.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário 9.128/MG. Relator: Edgar Costa. DJ 17/12/1948. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=116528>> Acesso em: 15 jan. 2019.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário 8.984/DF. Relator: Hahnemann Guimarães. DJ 11/01/1951. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=31532>> Acesso em: 15 jan. 2019.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Agravo de Instrumento 27.264/SP. Relator: Pedro Alves. DJ 29/11/1962. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>

jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000154939&base=baseAcordaos>  
Acesso em: 15 jan. 2019.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário 23.132/DF. Relator: Afrânio Costa. DJ 09/12/1953. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000132610&base=baseAcordaos>>  
Acesso em: 15 jan. 2019.

CARVALHO NETO, Inácio de. *A SÚMULA 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O NOVO CÓDIGO CIVIL*. Disponível em: [http://www.professorchristiano.com.br/artigosleis/artigo\\_inacio\\_sumula.pdf](http://www.professorchristiano.com.br/artigosleis/artigo_inacio_sumula.pdf) Acesso em: 20 de janeiro de 2019.

CARVALHO, João Andrades. *Regime de bens*. Rio de Janeiro: Editora AIDE, 1996.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Direito de Família*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A Família e a Questão Patrimonial*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

PARADA, Deise Maria Galvão. *Regime de bens entre cônjuges*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, volume 5: Direito de Família*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VELOSO, Zeno. *Regimes Matrimoniais de Bens. Direito de Família Contemporâneo*. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997.