

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Iris Pedrozo Lippi

Da partilha da previdência privada na dissolução do casamento ou da união estável

MESTRADO EM DIREITO CIVIL

SÃO PAULO

2010

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito

Iris Pedrozo Lippi

Da partilha da previdência privada na dissolução do casamento ou da união estável

MESTRADO EM DIREITO CIVIL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Professor Doutor Francisco José Cahali

SÃO PAULO

2010

Banca Examinadora

À minha solidária família, exemplo de uma típica família constitucionalizada que me inspira cotidianamente em acreditar e lutar pela Justiça.

Agradecimentos

Ao Professor Francisco Cahali, por acreditar, confiar e, portanto, viabilizar a conclusão deste trabalho e, sobretudo, pelo respeito e estímulo sempre presentes.

Ao “Tio Asdrubal”, membro da minha família constitucionalizada, mais uma vez e sempre, mas dessa vez de modo ainda mais especial, porque eu já havia desistido.

Ao Dr. Fernando Fida, pelo trabalho dobrado nas vezes em que preciso me dedicar à minha própria instrução.

À Teresa, à Maria, à Luzia por cuidar daquilo que eu descuido nessa época.

As queridíssimas Maritza, Fabiana e Vera Luvison pela amizade.

Às minhas filhas Luisa e Julia, em fase de formação e informação, tantas vezes objetos de minha pesquisa na tentativa de compreender e acompanhar essa sociedade mutante. Por sermos uma verdadeira equipe e por me deixarem cada dia mais orgulhosa dos resultados conquistados, por todas nós, cotidianamente.

Aos meus pais, exemplo de retidão e amor, pela família solidária que eles construíram, que tenho muito orgulho de participar.

À Selma, Lais, Vitor, Denise, Sérgio, Ricardo, Luiz, Vinicius, Gui, Ivan, Murilo, Eno e Thales nunca esquecidos.

E ao Marcelo, que agora faz parte desse grupo.

RESUMO

LIPPI, Iris Pedrozo. Da partilha da previdência privada na dissolução do casamento ou da união estável

O direito à partilha da previdência privada na dissolução **inter vivos** do casamento e da união estável é o tema escolhido que tem por objetivo analisar a natureza do instituto e a possibilidade de o mesmo integrar o patrimônio familiar, por se tratar de bem adquirido a título oneroso na constância da convivência entre os cônjuges ou companheiros, bem como a realização da sua divisão observando os elementos de cada caso, para que se concretize nos moldes dos princípios constitucionais do direito de família.

Para tanto, serão analisados quatro temas centrais, o primeiro deles relativo à Constitucionalização do Direito Civil, cujos princípios da carta magna nortearão a construção doutrinária interpretativa da legislação infra-constitucional. O segundo tema trata da evolução sócio-econômica da família, abordando de forma mais aprofundada a “nova propriedade”, tendo como tema central a previdência privada. O terceiro tema se refere à abordagem da legislação sobre a partilha de bens adquiridos a título oneroso entre os cônjuges ou conviventes durante o casamento e a união estável, bem como os casos em que haveria a possibilidade legal da partilha da previdência privada entre o casal. No quarto tema abordaremos a forma de se realizar a partilha e os fatores que poderão influenciar no cálculo da meação.

Palavras chaves: Partilha – Previdência Privada – Possibilidade – Esforço comum – Dissolução do casamento – Dissolução da união estável.

ABSTRACT

LIPPI, Iris Pedrozo. **Distribution of estate related to private pension plans in an dissolution of a marriage or stable union**

The right encompassed in distribution of estate related to private pension plans in an *inter vivos* dissolution of a marriage or stable union is the chosen topic, with the objective of analyzing the nature of the institution, further to the possibility of its being integrated to the family estate on account of the possibility of its having been an acquisition at some cost during the period the couple was living together, as well as its apportionment in order to fit it to the constitutional principles for family court.

For such, four core topics shall be analyzed, the first of which will be referent to Civil Rights in the Constitution whose Magna Carta principles shall guide the construction of an interpretational doctrine of the infra-constitutional legislation. The second topic shall deal with the family's socio-economic evolution, going deeper into "new property", further to dealing with private pension plans for its core theme. The third topic deals with the legislation's approach to the distribution of assets acquired at some cost by the couples during their marriage or stable unions, further to cases where there would be a possibility of dividing the private pension plan between the couple. The fourth topic shall make an approach on manners of performing the apportionment plus factors that may exert some influence over the calculation of parts in the joint property.

Key-words: Distribution of estate – Private Pension Plan– Possibility – Common effort– Dissolution of marriage– Dissolution of stable union.

SUMÁRIO:

Introdução.....	11
-----------------	----

Capítulo 1. A concepção constitucional da proteção da família no Direito brasileiro

1.1. Da família solidária.....	15
--------------------------------	----

1.2. A adaptação ao direito civil constitucional – dicotomia do direito público/privado.....	20
--	----

1.2.1. A Constitucionalização do Direito Civil.....	21
---	----

1.3. Da tutela constitucional da igualdade jurídica dos cônjuges nas relações familiares.....	28
---	----

1.4. Da evolução econômica social da família no Brasil e o respectivo direito legislado	34
---	----

1.4.1. Brasil do descobrimento à colônia	35
--	----

1.4.2. Do Brasil Império à Proclamação da República.....	43
--	----

1.4.3. Da industrialização ao capitalismo avançado.....	51
---	----

Capítulo 2. Da evolução econômica da família e a previdência privada

2.1. A influência econômica na formação da família.....	68
---	----

2.1.1. Da evolução da economia e a importância da Previdência Privada.....	70
--	----

2.2. Sistema da previdência privada no Brasil.....	77
--	----

2.2.1. Natureza jurídica.....	81
-------------------------------	----

2.2.2. Formas de previdência privada.....	85
---	----

2.2.3. Classificação dos Contratos de Previdência Privada.....	88
--	----

2.3. Previdência privada no âmbito familiar – A nova propriedade.....	90
---	----

2.3.1. Interesse do indivíduo no sistema privado de previdência	93
---	----

Capítulo 3. Do regime de bens entre os cônjuges

3.1. Princípio geral da partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum.....	98
3.2. Da comunicação da previdência privada por sua natureza.....	105
3.3. Da renda previdenciária enquanto bem partilhável.....	116
3.4. Da meação da previdência privada na dissolução da união.....	120
3.4.1. Dos direitos de natureza securitária.....	127
3.4.2. Do seguro de vida e de pessoas	130
3.4.3. A comunicabilidade das verbas de natureza trabalhista.....	138
3.5. Da partilha da previdência privada na união estável.....	145

Capítulo 4. Partilha da previdência privada na dissolução do casamento ou da união

4.1. Da proporcionalidade da partilha dos bens adquiridos durante a união.....	148
4.2. Da partilha do capital da previdência privada com entidade aberta.....	156
4.2.1. Da partilha da previdência privada com entidade aberta em fase de acumulação de capital.....	158
4.2.1.2. Da partilha na hipótese de ambos possuírem previdência privada com entidade aberta em fase de acumulação de capital.....	159
4.2.2. Da partilha da previdência privada com entidade aberta em fase de recebimentos.....	161
4.2.2.1 Da morte do titular do plano em fase de recebimento das verbas.....	163
4.2.3. Contratos de previdência privada com entidade aberta em fase de acumulação de capital e de recebimento de renda.....	166
4.3. Dos planos realizados com entidades fechadas.....	168

4.3.1. Da partilha de previdência privada com entidades fechadas patrocinadoras	170
4.3.1.1. Da partilha do patrimônio de previdência privada com entidade fechada patrocinadora em fase de investimento.....	171
4.3.1.2. Da partilha da previdência privada com entidade fechada patrocinadora em fase do benefício.....	174
4.3.1.3. Pré-morte de um dos cônjuges na partilha diferida.....	174
4.3.2. Da partilha da previdência privada com entidade fechada patrocinadora enquanto ambos são titulares de planos previdenciários.....	175
4.3.3. Da partilha dos contratos de previdência privada com instituição fechada instituidora.....	176
4.3.4. Da partilha de previdência complementar do servidor público.....	178
Conclusão.....	181
Bibliografia.....	184

INTRODUÇÃO

O interesse sobre o tema adveio da observação dos casais que questionavam sobre a legalidade da ausência da partilha dos valores aplicados na previdência privada durante a união de fato ou formalizada, por beneficiar sobremaneira apenas aquele que mantinha uma apólice sob sua titularidade, gerando desequilíbrio na meação que deveria ser semelhante.

O descompasso é evidenciado entre os casais que possuem menor igualdade financeira, pois, usualmente, quem gera renda, mantém em seu nome exclusivo plano de previdência privada, em detrimento ao cônjuge hipossuficiente da relação, sob o argumento que o provedor continuaria a manter o padrão de vida da família em sua futura aposentadoria.

Ante a insuficiência do sistema de previdência social público, que por mais abrangente não concederá ao trabalhador e à sua família a segurança e a manutenção do padrão social na aposentadoria, associada ao estímulo governamental que instituiu o benefício do abatimento de parte do imposto de renda da pessoa física, a previdência tornou-se atraente às famílias de classe média e alta, assalariadas ou não, que ante a incerteza do futuro financeiro, procuraram novos esquemas sócio-econômicos no campo previdenciário¹.

¹ PÓVOA, Manoel Sebastião Soares. **Previdência Privada – Filosofia, Fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica**. São Paulo, 2007, 2ª. Ed., Ed. Quartier Latin, p. 30.

Ademais, em consequência de a jurisprudência reconhecer a impossibilidade de partilhar o plano de previdência, por se tratar de direito personalíssimo², no período que precede a separação, não se mostra raro o aumento do investimento nesse tipo de aplicação, inclusive com transferência de economias sem a anuência ou conhecimento do outro consorte, ante a desnecessidade de outorga.

Em suma, o benefício previdenciário que objetivava o bem-estar social e familiar no futuro, passou a ser o vetor que aumentava a diferença entre os casais na partilha de bens, privilegiando o provedor que possui rendimentos próprios e penalizando o outro que por muitas vezes não produz renda ou mantinha-a apenas como forma de complementação das despesas familiares³.

Assim, é concludente que a ausência de partilha da previdência privada havida durante o casamento ou a união, vai de encontro ao preceito constitucional da igualdade real e da solidariedade entre os cônjuges⁴, que proíbe diferença de tratamento e de condições, envolvendo suas relações pessoais e patrimoniais.

² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 9ª. Turma Direito Privado. AGRADO DE INSTRUMENTO N° 502.984-4/4-00, da Comarca de São Paulo. Agravante: João Mendonça dos Santos; Agravada: Dinamara Ziloara Zeppelini, Rel. Dês. Grava Brasil. Julgamento em 19/06/2007.

³ PEREIRA. Caio Mário da Silva. **Direito Civil: Alguns aspectos da sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 171.

⁴ Constituição da República do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes – 42ª.ed. atual. e amp. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 8: artigo 5º, 226, § 5º e artigo 3º, inciso I.

O princípio constitucional da igualdade democratizou a entidade familiar que também tem por escopo o solidarismo, valor agregado aos tempos modernos, que se concretiza na idéia de cooperação, auxílio material e recíproco⁵.

Soma-se a tendência de redução da dependência entre os membros da família após o término da união, para que ambos possam viver com dignidade, liberdade e autonomia, advinda da divisão igualitária do patrimônio adquirido, visto que o casamento é uma parceria entre iguais e não uma instituição composta de membros superiores e inferiores.

Nessa seara, Dworkin explora os conceitos de igualdade através do livre arbítrio, baseado no bem-estar, na igualdade material e na igualdade de recursos, a fim de equilibrar as ambições individuais das pessoas no uso de sua propriedade⁶.

Buscamos aplicar e interpretar a legislação pertinente de forma crítica, com vistas a alcançar a velocidade das transformações socioeconômicas, da urbanização e industrialização que alterou a base produtiva da sociedade e conseqüentemente da família, a fim de não produzir a desigualdade real, conciliando os procedimentos formais com as exigências de racionalidade material⁷.

É o contínuo processo criterioso de adequação da norma ao fato e do fato à norma, no qual se pode ter como referência o valor social, político e econômico, no intuito de equilibrar os valores impostos e os valores livremente escolhidos.

⁵ NOGUEIRA, Guilherme Calmon da Gama e GUERRA, Lendo dos Santos. **A função Social da família** in Revista Brasileira do Direito de Família, Ano VIII, no. 39, Dez-Jan 2007, IOB Thomson, p. 159.

⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. 2a. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁷ FARIA, José Eduardo. **A crise do direito numa sociedade em mudança**. José Eduardo Faria Org. Universidade de Brasília, 1988.

Perlingieri esclarece que quanto mais o dado normativo souber se adequar à realidade social, tanto mais se apresentará de forma homogênea e unitária. Diante da constante evolução do homem, não se trata apenas de adequar à realidade atual, mas de ter consciência e escolher, pelo menos como linha de tendência, a contínua adequação da realidade social, econômica, política e ética, à realidade jurídica e vice-versa.

A tendência, continua o mestre, pela “despatrimonialização” do Direito Civil se compendiar entre superação do individualismo e a patrimonialidade com fim em si mesma, atribuindo-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa, adequando-se aos novos valores atentos mais à existência do indivíduo em detrimento aos interesses patrimoniais⁸.

A promoção da pessoa não está subordinada ao interesse do grupo, pela necessidade de haver, pelo princípio constitucional, a solidariedade entre os membros da família, incompatível com a visão individualista⁹.

Destarte, o tema será trabalhado sob o viés econômico-social, através dos novos valores constitucionais da dignidade humana, solidariedade e igualdade, que têm como função o livre desenvolvimento da pessoa no âmbito familiar, para que possa ter aplicação prática.

⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco, Ed., rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.33.

⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Obra citada**, p.38: “A tutela da personalidade não é orientada apenas aos direitos individuais pertencentes ao sujeito no seu precípua e exclusivo interesse, mas sim, aos direitos individuais sociais, que têm uma forte carga de solidariedade, que constitui o seu pressuposto e também o seu fundamento. Eles não devem mais ser entendidos como pertencentes ao indivíduo fora da comunidade na qual vive, mas antes, como instrumento para construir uma comunidade, que se torna, assim, o meio para sua realização”.

1. A CONCEPÇÃO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO DA FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

1.1. Da família solidária

A inegável importância da família para a sociedade e para o Estado redonda na exigência da interpretação da legislação no momento histórico, atenta às constantes alterações e mutações sociais e econômicas. A família se reconstruiu, e se constrói diariamente¹⁰, tendo como ponto de referência central o indivíduo em seu meio, segundo Tepedino como “uma espécie de aspiração e a segurança que dificilmente pode ser substituída por qualquer outra forma de convivência social”¹¹. A posituação dos direitos fundamentais pelo texto constitucional colocou o indivíduo, a pessoa, o homem, como centro da titularidade dos direitos.

A renovação continuada indica a modificação em padrões de família, constituída das mais diversas formas, de acordo com os costumes de cada povo e influenciada pelos valores sócio-culturais, políticos, religiosos e econômicos da época, que se modifica conforme o período histórico e o sistema normativo.

¹⁰ FIÚZA, César Augusto de Castro. Mudança de paradigmas: do tradicional ao contemporâneo. **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família**. p. 38: “O momento atual é, no entanto, rico para o sociólogo, o antropólogo, o psicólogo, o filósofo e para o jurista. As mudanças são muito rápidas e, por vezes, estonteantes. Só não se deve assistir a elas de modo passivo, não participativo, mas analisá-las, buscando sua incorporação pacífica e enobrecedora do ser humano”.

¹¹ TEPEDINO, Gustavo. **Novas Formas de Entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio**. **Temas de Direito Civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.328.

Para auxiliar na elaboração do estudo sobre o tema é necessário a correta compreensão do momento histórico, das aspirações e as condições de vida dos integrantes de uma família, cujo padrão se alterou rapidamente em função das estruturas sócio-econômicas, acarretando mudanças ideológicas e de valores¹².

Hoje, a Constituição Federal do Brasil dá novo conteúdo à proteção da família pelo Estado, conforme atribuído em seu artigo 226 que deverá ser decifrado conjuntamente com o artigo 1º, III, da Carta Magna, que reza o princípio fundamental da dignidade humana.

Alexandre de Moraes, ao discorrer sobre os fundamentos da República Federativa do Brasil, elenca o citado princípio e explica:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo **a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas**, constituindo-se um mínimo vulnerável que todo o estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas as limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem **menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas como seres humanos** (grifo nosso)¹³.

Destarte, cumpre-nos interpretá-lo, perfilhando-o à realidade social já existente, adotando os consagrados princípios da dignidade e da solidariedade, estendendo-o a todos os membros da família e os seus direitos inalienáveis de igualdade e liberdade proclamados na Carta das Nações Unidas (1945), nos termos da Declaração dos Direitos Humanos

¹² GOODE, William Josiah. **Revolução Mundial e padrões de Família**; trad. Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Editora Nacional e Editora da USP, 1969, p.45.

¹³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8.ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2000. p. 48.

(1948)¹⁴, “que introduziu a concepção contemporânea da indivisibilidade dos direitos humanos, consagrando direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, conjugando o valor da liberdade ao valor da igualdade¹⁵”.

Subsiste na família a dignidade originária na liberdade e na responsabilidade, cuja liberdade encontra limite não relativamente aos deveres, mas na sua função primordial de promover o desenvolvimento daqueles que a ela pertencem, enquanto a responsabilidade é baseada na exigência de colaboração, de solidariedade e de reciprocidade, sem que cheguem a constituir um separado interesse familiar que possa ser oposto àquele individual, aliás, o interesse de cada um torna-se, em diferentes medidas, os interesses dos outros¹⁶.

A comunidade familiar não é mais vista apenas como entidade natural, que atende ao interesse superior do Estado, em que predomina claro conteúdo político e ideológico, mas ao contrário, como qualquer formação social, deve inspirar-se no princípio da democracia, cuja igualdade resume-se na participação em igual título na condução de vida familiar¹⁷.

A família deve ser vista como entidade histórica, que vive e se alimenta de história, aparecendo como centro político de valores comunitários e espaço de realização pessoal e

¹⁴ CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS, votada pela ONU em 10 de dezembro de 1948. **Declaração Universal dos Direitos dos Homens**: “Artigo XVI. 1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio ou fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e dissolução. 2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes. 3 A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”. Disponível em: <http://www.onubrasil.org.br/documentos___direitoshumanos.php> Acesso em: 22 set.2009.

¹⁵ PESSOA, Adélia Moreira. **Direitos humanos e família: da teoria à prática**. Família e Dignidade Humana. V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coord. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, IOB- Tompson.

¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**, Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trd. Maria Cristina De Cicco. 3ª. Ed..Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 244-247

¹⁷ PERLINGIERI, Pietro. Obra citada, p. 245: “A família não é titular de um direito separado e autônomo, superior àquele do pleno e livre desenvolvimento de cada pessoa. Devem ser rechaçadas, portanto, as várias teorias que discorrem sobre um ‘interesse familiar’ superindividual, de tipo público ou cooperativo”.

afetiva, conforme declarou o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Antonio César Peluso, ao avaliar os direitos humanos da família constitucionalmente protegidos¹⁸.

É nesse novo contexto do direito positivo que se atribuiu importantíssima proteção especial à família no papel da promoção da dignidade humana, norteadora da concreta verificação da legislação em vigor, que regulamentará a entidade familiar¹⁹.

A proteção jurídica à dignidade da pessoa humana incluiu, entre os demais aspectos existenciais da pessoa, a garantia dos meios materiais razoavelmente necessários para o pleno desenvolvimento da personalidade humana, devendo o Estado assegurar, sob pena de se converter em fórmula vazia, os meios necessários ao pleno exercício dessa dignidade²⁰, através da função de árbitro nos conflitos de interesses individuais no intuito de promover o bem comum e garantir a justiça social, através de princípio ético-jurídico capaz de atribuir unidade valorativa e sistemática²¹.

¹⁸ PELUSO, Antonio César. **Direitos Humanos Visões Contemporâneas**. Os Direitos Humanos da Família, Criança e Adolescente. Palestra proferida na Escola Paulista da Magistratura em outubro de 2000. São Paulo: Método Editora, p. 67-90: “As pessoas são tuteladas pelo ordenamento jurídico dentro da família, por que esta é o organismo destinado a promover e a garantir a dignidade da pessoa e o pleno desenvolvimento de todas as suas virtualidades, ou seja, a família é o lugar especial de tutela da vida e da pessoa humana. Não são, pois, os superiores e etéreos interesses orgânicos do Estado que devem predeterminar a visão e a ordenação jurídica da família, senão os interesses concretos das pessoas em busca da realização pessoal na situação de família”.

¹⁹ Jorge Planiol destacou a nova configuração da família. In PLANIOL, Marcelo; RIPERT, Jorge. **Tratado Practico de Derecho Civil France**. Tomo 2. La Familia. Traducción española del CRUZ, Mario Diaz Habana: Cultural, S/A, 1946, p. 21: “Es cierto que el vínculo político o económico ha sido reemplazado por un vínculo de afecto; pero este lazo es en extremo potente en Francia [...]”.

²⁰ SCHREIBER, Anderson. Direito à moradia como fundamento para a impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro. In: RAMOS; TEPEDINO et.al. (org.). **Diálogos sobre o direito civil – construindo a racionalidade contemporânea**, P. 83-84.

²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol.5. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. XVI.

A família atual busca sua identificação no princípio da solidariedade²²(artigo 3º, I da Constituição Federal), como um dos fundamentos da efetividade do princípio da igualdade entre os seus membros, seja qual for a sua configuração²³, conferindo a cada um o que lhe é devido consoante uma sociedade mais justa e igualitária, viabilizando o exercício da cidadania plena, coletiva e democrática²⁴.

A perspectiva de aspiração à solidariedade deve trazer segurança a seus elementos, no intuito de proporcionar justiça distributiva voltada para a igualdade substancial da família pautada pelo pluralismo²⁵, sem se perder de vista a efetiva realização da individualidade de seus componentes de forma harmoniosa no núcleo familiar, por ser a razão de sua existência.

Assim, o princípio da solidariedade, como valor que se presta a conferir unidade ao sistema, deriva da consciência racional dos interesses em comum que implicam a cada membro a obrigação moral de não fazer ao outro o que não se deseja que lhe seja feito, tornando-se um “princípio geral do ordenamento jurídico, dotado de completa força normativa e capaz de tutelar o respeito devido a cada um²⁶”.

²² LOBO Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 41: “A solidariedade do núcleo familiar deve ser compreendido como da solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material”.

²³ FIÚZA, César. **Diretrizes Hermenêuticas do Direito de Família**. Família e Dignidade Humana. V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coord. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, IOB- Tompson, p. 223-239.

²⁴ SOARES, Mário Lúcio Quintão; BARROSO, Lucas Abreu. **O Novo Código Civil Brasileiro e o problema da igualdade material**. Revista Brasileira de Direito Constitucional. Tema Central: Igualdade e Justiça. N. 2, Jul/Dez 2003. p. 104-111.

²⁵ ARENDT, Hanna. **A condição humana**. 1958, 9ª. Ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 171: “é através de sua singularidade que o homem retém a sua individualidade e, através de sua participação no gênero humano, ele pode comunicar aos demais essa singularidade”.

²⁶ MORAES. Maria Celina Bodin. O princípio da Dignidade Humana. **Princípios do Direito Civil contemporâneo**. Maria Celina Bodin de Moraes (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 23.

1.2. A adaptação ao direito civil constitucional – dicotomia do direito público/privado

Pela evolução das nossas constituições e da conseqüente legislação infraconstitucional, é visível a transformação da chamada Constitucionalização do Direito Civil, também conhecida como Direito Privado Constitucionalizado.

O direito privado, que servia para proteção do particular contra o Estado, se viu socializado, publicizado, no centro do direito e disciplinado pela Constituição. Desta forma houve nítida mudança das teorias clássicas que aprendemos em nossos cursos jurídicos, a denominada dicotomia do direito público e do direito privado.

Em aula inaugural na Universidade de Freiburg, Alemanha (1959), o Professor Konrad Hess declarou que a Constituição é força ativa e dispõe a orientar a própria conduta segundo a ordem por ela estabelecida, e que não deve ficar limitada às questões fundamentais da vida do Estado, mas dar posição de relevo “até mesmo no âmbito do Direito Civil, que antes parecia rigorosamente isolado”²⁷.

O direito privado originado e fundado sobre a natureza das coisas, surgido nas mentes dos filósofos ou dos jurisfilósofos, modificou-se a partir do início do século XIX, com a codificação napoleônica em 1804, em que passam as regras de direito positivo, incluindo as que regulamentavam as relações familiares, a ter validade absoluta²⁸.

Nesta fase há distinção entre o direito privado, regulador dos direitos naturais e inatos dos indivíduos, e o direito público, voltado para os objetivos e interesse geral do Estado.

²⁷ HESS, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p.28.

²⁸ GIORGIANE, Michele. **O direito privado e suas atuais fronteiras**. Trad. Maria Cristina Cicco. São Paulo, Revista dos Tribunais. V. 747, Fasc. Civ. Ano 87, jan. 1998, p. 35-55

Entendido essencialmente o direito privado em função do indivíduo e a considerá-lo como um conjunto de direitos que cabe apenas a ele exercer plena autonomia. É o poder da vontade do sujeito, impedindo que o Estado limitasse os direitos dos indivíduos, salvo para atender as exigências dos próprios indivíduos. O direito público não interferia na esfera privada, assumindo o Código Civil o “status” de Constituição do Direito Privado²⁹.

Hegel traduzia o direito privado como o “direito abstrato” do Princípio da Filosofia do Direito, enquanto o direito público era indicado, ao menos com os primeiros escritos, com a expressão *Verfassung*, “constituição”³⁰.

Essa espécie de papel constitucional do direito público e a crença do individualismo no direito privado marcam o nosso Código Civil de 1916. Ao Direito Civil cumpria garantir à atividade privada, e em particular ao sujeito de direito, a estabilidade proporcionada por regras quase imutáveis nas relações econômicas – os chamados riscos do negócio³¹. O excessivo individualismo não se limitava a disciplinar algumas atividades da vida econômica e familiar da sociedade, mas a vida dos indivíduos no seio da sociedade³².

1.2.1. A Constitucionalização do Direito Civil

²⁹ GIORGIANE, Michele. Obra citada, p. 35-55.

³⁰ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade. Para uma teoria geral da política.** Turin, 1909. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 7ª.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999, p. 21.

³¹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. 2.Ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 1-22.

³² *Ibidem*, fls. 42.

Os movimentos sociais, derivados do processo de industrialização crescente e da Primeira Guerra Mundial, fizeram eclodir a necessidade da acentuada intervenção estatal na economia no intuito de reequilibrar o quadro social.

Estes novos acontecimentos deram ensejo a soluções objetivistas a exigir do legislador e da doutrina a preocupação com o conteúdo e com as finalidades desenvolvidas pelo sujeito de direito³³.

A evidente necessidade do Estado em contemporizar os conflitos sociais emergentes, em razão das inúmeras situações jurídicas suscitadas pela realidade econômica e não alvitradas pelo Código Civil, permitiu o surgimento, através de legislação extravagante, de microsistemas jurídicos.

As leis especiais apresentavam novo conceito regulando ou protegendo não as relações privadas patrimoniais com exclusividade, mas demarcando limites à autonomia dos particulares em relação à propriedade e ao controle de bens³⁴.

Desloca-se do âmbito do direito civil, a preocupação central e precípua do indivíduo para garantir e assegurar os resultados sociais e econômicos pretendidos pelo Estado, que passa, através das ditas leis, valendo-se de dirigismo contratual acentuado, a intervir na economia e a realizar programas assistenciais, culminando com a socialização do direito privado³⁵.

³³ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. 2.Ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 1-22.

³⁴ TEPEDINO, Gustavo, *idem*.

³⁵ TEPEDINO, Gustavo, *idem*.

Na esteira desse movimento é promulgada no Brasil a Constituição de 1946 que define, no intuito de atingir o objetivo de deveres sociais no desenvolvimento das atividades privadas e assumindo a tendência das demais Constituições do pós-guerra, princípios relacionados a temas antes apenas desenvolvidos pelo Direito Civil, como a função social da propriedade, os limites da atividade econômica e a organização da família.

Todo o fundamento se inverte, o direito mesmo privado promana a vontade do Estado.

Do aspecto centralizador do direito privado nada restou ao Código Civil, que perde a condição de centro da ordem jurídica: “o aspecto digamos assim ‘constitucional’ do Direito Privado pertence hoje sem qualquer contraste ao Direito Público, ao mais público – se se pode dizer – dos direitos, ao Direito Constitucional”³⁶.

A acentuada indeterminação do conceito de ordem pública e a sua capacidade de expansão sobre o direito privado através das regras que derogavam a vontade dos particulares, ou seja, a realidade econômico-social que repelia o individualismo, iniciou a crise na dicotomia público/privado, ante a impossibilidade de separar e diferenciar quais regras seriam de direito público ou privado, ou qual interesse seria meramente particular ou do interesse maior da sociedade, conforme observou Del Vecchio no início do século XX:

El criterio da la utilidad es, sin embargo, incierto, porque no se pueden separar de un modo tajante y neto los intereses generales de los particulares y

³⁶ GIORGIANE, Michele. **O direito privado e suas atuais fronteiras**: Trad. Maria Cristina Cicco. São Paulo, Revista dos Tribunais. v. 747, Fasc. Civ. ano 87, jan. 1998 p. 42.

es también muy difícil establecer que cuando el Derecho tutela intereses particulares no mire o tenga a la vista también la utilidad general³⁷.

O processo de intervenção do poder público na regulação da sociedade civil passou a ser chamado de publicização do privado, ou seja, a sua absorção na órbita do direito público. Norberto Bobbio esclarece: “a publicização do privado reflete o processo de subordinação dos interesses do privado aos interesses da coletividade representada pelo estado que invade e engloba progressivamente a sociedade civil”³⁸.

As regras de ordem pública nos códigos civis foram intituladas como a Constitucionalização do Direito Civil. O nascimento do Estado moderno assume a função de equilibrar a liberdade dos indivíduos com a necessidade da sociedade³⁹, restringindo a atuação do particular, ofuscando o seu significado individualista.

A intensificação do processo intervencionista fez surgir uma nova dicotomia público/privado, concebida por outro enfoque:

Resta que tal dicotomia, [...] constitui uma das categorias fundamentais e tradicionais, mesmo com a mudança dos significados, para a representação conceitual, para a compreensão histórica e para a enunciação dos atuais juízos de valor no vasto campo percorrido pelas teorias da sociedade e do Estado⁴⁰.

³⁷ VECCHIO, Giorgio Del. **Filosofia Del Derecho**. Revisada por Luiz Legaz Lacambra. 6.^a ed. Barcelona: Boch, Casa Editorial, 1953, p.367.

³⁸ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**. Para uma teoria geral da política. Turin, 1909. Trd. Marco Aurélio Nogueira. 7.^a ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999, p. 27.

³⁹ GIORGIANE, Michele. **O direito privado e suas atuais fronteiras**. Trad. Maria Cristina Cicco. São Paulo, Revista dos Tribunais. v. 747, Fasc. Civ. ano 87, jan. 1998, p. 35-55.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**. Para uma teoria geral da política. Turin, 1909. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999, 7. ed., p. 31. No mesmo sentido TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. 2.ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 19: “Por fim o último preconceito a ser abandonado nessa tentativa de reunificação do Direito Civil à luz da Constituição relaciona-se à **summa divisio** do direito público e do

Quanto ao direito de família, objeto do nosso estudo, é certo que pertence ao direito privado na nova dicotomia: há o controle atento pela autoridade pública nas regras constitucionais, acrescida à rígida e detalhada normatização do novo Código Civil, cujas limitações são praticamente todas coercitivas e inderrogáveis.

Gustavo Tepedino bem esclarece a atual dialética ao afirmar que o direito de família não migrou para o direito público “devendo-se ao reverso, submeter a convivência familiar, no âmbito próprio do direito civil, aos princípios constitucionais, de tal maneira que a família deixe de ser valorada como instituição, por si só merecedora de tutela privilegiada, como queria o Código Civil, em favor de uma proteção funcionalizada à realização da personalidade e da dignidade de seus integrantes, como quer o texto constitucional”⁴¹.

A insofismável necessidade de proteção dos interesses superiores da família – base da sociedade - ultrapassa os fins individuais de cada um de seus componentes e se funda sobre a contraposição do interesse coletivo (sociedade) ao interesse individual. A ideia é comum e se pode resolver no seguinte princípio: o todo vem antes das partes ⁴².

Ruggiero dispõe sobre o poder e importância da regulamentação da família ao afirmar que “ao Estado, interessa a conservação e a fortaleza do organismo familiar – sobre

direito privado. A interpenetração do direito público e do direito privado caracteriza a sociedade contemporânea, significando uma alteração profunda nas relações entre o cidadão e o estado. O dirigismo contratual antes aludido, bem como as instâncias de controle social instituídas em uma sociedade cada vez mais participativa, alteram o comportamento do Estado em relação ao cidadão, redefinindo os espaços do público e do privado, a tudo isso devendo se acrescentar a natureza híbrida dos novos temas e institutos vindos a lume com a sociedade tecnológica [...] Em outras palavras, pode-se provavelmente determinar os campos do direito público ou do direito privado pela prevalência do interesse público ou do interesse privado, não já pela inexistência de intervenção pública nas atividades de direito privado ou pela exclusão da participação do cidadão nas esferas da administração pública”.

⁴¹TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. 2.ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 20.

⁴²BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**. Para uma teoria geral da política. Turin, 1909. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 7.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999, p. 24.

o qual repousa todo o organismo superior estatal – seja regulado e disciplinado em conformidade com o fim universal e comum a que ele se destina”⁴³.

A regulamentação da família está, como de fato sempre esteve, acentuadamente influenciada pela economia, religião, costume e moral de cada sociedade, onde prevalece o bem de cada um, a justificar a constituição e conservação do núcleo familiar.

O Estado intervém para fortalecer vínculos, para garantir segurança das relações, para melhor disciplinar e conduzir à finalidade suprema a que se destina. O fim superior da comunidade familiar necessariamente deve ser conseguido em detrimento à mera vontade individual de cada um de seus integrantes, pois a família é o centro dos valores comunitários e espaço para a realização pessoal e afetiva, em que o indivíduo é visto como um membro da instituição familiar⁴⁴.

Todavia, a enorme intervenção do poder público, severamente criticada⁴⁵, nos parece um processo irreversível no Estado moderno, cujas feições estão adequadas à função assumida pelo Direito Privado na sociedade atual com preponderância do Direito Público e

⁴³ RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**, Tradução da 6 ed. italiana por Paolo Capitanio; atualização por Paulo Roberto Benesse. Campinas: Bookseller, 1999, 3v.

⁴⁴ PELUSO, Antonio César. **Direitos Humanos Visões Contemporâneas**. Os Direitos Humanos da Família, Criança e Adolescente. Palestra proferida na Escola Paulista da Magistratura em outubro de 2000. São Paulo: Método Editora p. 67-90.

⁴⁵ Nesse sentido vide : HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Família e Casamento em Evolução**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAN, ano I, n° 1, p. 7-12, abr./mai./jun. 1999. VILLELA, João Baptista. **Alimentos e sucessões entre os companheiros**. Repertório IOB de Jurisprudência. N. 7, p. 113-119, 1ª quinzena abr. 1995. Rodrigo da Cunha Pereira. **Concubinato e união estável**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. BITTAR, Carlos Alberto. **O sistema constitucional de família**. Revista do Instituto dos Magistrados do Brasil, n.º 6, ano 2, jan-mar, 1997, p. 14.

as suas regras⁴⁶, bem como para garantir os direitos fundamentais, quando carentes na família a reciprocidade e a igualdade entre seus membros.

O Código Civil continua ocupando o centro do sistema civilístico, mas deve ser lido, analisado e interpretado à luz da Constituição, com seus princípios e valores, no intuito de assegurar a proteção de seus membros de espaço familiar⁴⁷.

Esse importante diálogo entre as várias fontes de direito, ganha outra dimensão muito mais aberta e receptiva, autorizando soluções inovadoras que devem se lastrear em argumentos lógicos, ponderados, numa dogmática relida à luz dos novos paradigmas constitucionais a fim de que se atinjam os objetivos de justiça no caso concreto⁴⁸.

O constituinte brasileiro teve o cuidado de definir princípios bastante específicos nas relações de direito de família, que por si só já possui características próprias, destacando-se como o elemento social e ético⁴⁹.

⁴⁶ GIORGIANE, Michele. **O direito privado e suas atuais fronteiras**. Trad. Maria Cristina Cicco. São Paulo, Revista dos Tribunais. v. 747, Fasc. Civ. ano 87, jan. 1998, p. 35-55,.

⁴⁷ Sobre o tema vide: LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. In RBDF – ano VI, nº 24, jun-jul./2004.

⁴⁸ FIÚZA, César. **Diretrizes Hermenêuticas do Direito de Família**. Família e Dignidade Humana. V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coord. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, IOB- Tomson, p. 235: “Em síntese, partindo do problema concreto, seguindo as diretrizes constitucionais, o intérprete deverá ponderar bens e valores, para encontrar no sistema uma ou mais hipóteses de solução. Essa ponderação de bens e valores não é absoluta e só é possível no caso concreto (...) Princípio, hoje não se discute, não tem conotação antiga, de fonte subsidiária, ainda presente na Lei de Introdução ao Código Civil. Princípio é norma jurídica, ao lado das regras. Posto que não escritos, têm valor, vigem materialmente e reclamam aplicação”.

⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. **A constituição Brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção aos Direitos Humanos**. In: As mulheres e os direitos humanos. Coleção “Traduzindo a legislação com a perspectiva do gênero”. Vol. 2. Coord. Leila Linhares Barsted & Jaqueline Hermann. Rio de Janeiro: CEPIA, 2001, p. 27: “ estamos diante do desafio de resgatar e recuperar o potencial ético e transformador do aparato jurídico, aplicando a Constituição e os instrumentos internacionais de direitos humanos por ela incorporados”.

Ademais, o Direito de Família que também é sustentado pelo pilar de toda a estrutura, o da dignidade da pessoa, sua promoção espiritual, social e econômica, tem entre os valores e princípios constitucionais recepcionados o da solidariedade familiar, pautada na igualdade real e respeito entre os seus integrantes⁵⁰.

O princípio constitucional é norma geral e fundante que se sobressai na moderna hermenêutica jurídica, trazendo a diretriz na interpretação e aplicação do Direito de Família, inspirado na busca de possíveis soluções para os problemas no caso concreto⁵¹.

Diante deste texto atual e estimulante, imprescindível ao intérprete estabelecer parâmetros ao novo Código Civil à luz da Constituição, sem que se perca a unidade do sistema, privilegiando os valores dos direitos sociais e da justiça distributiva, deslocando o eixo de referência com a interpenetração dos conceitos público e privado.

1.3. Da tutela constitucional da igualdade jurídica dos cônjuges nas relações familiares

A Constituição Federal brasileira é enfática ao consagrar a igualdade dos direitos e obrigações do homem e da mulher, inclusive na sociedade conjugal, rompendo com todas as regras discriminatórias existentes na legislação codificada⁵².

⁵⁰ PESSOA, Adélia Moreira. **Direitos Humanos e Família: da Teoria à Prática**. Família e Dignidade Humana. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p 29-53.

⁵¹ FIÚZA, César. **Diretrizes Hermenêuticas do Direito de Família**. Família e Dignidade Humana. V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coord. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, IOB- Tomson,

⁵² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol.5. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 11: “A condição jurídica da mulher é um dos mais ricos capítulos da história evolutiva do direito. Foi onde se processou a maior transformação no Direito de Família”.

O artigo 5º, I e artigo 226, § 5º da Constituição Federal, bem como o princípio constitucional da igualdade jurídica, conforme destacado no preâmbulo na carta magna⁵³, e afirmativamente definido como objetivo fundamental da República em seu artigo 3º, incisos I, III e IV, que asseguram o direito a igualdade “como valor supremo definidor da essência do sistema estabelecido⁵⁴”, dilacerou os fundamentos jurídicos da família tradicional, patriarcal que concedia ao varão a chefia, a administração dos bens e a representação legal da família.

O Novo Código Civil de 2002, bem como as inúmeras regras legislativas promulgadas após a Constituição de 1988, estabeleceram, em respeito ao citado princípio, igualdade de direitos e deveres dos cônjuges nas relações familiares, sem discriminá-los, baseando-se não apenas nos valores introduzidos na nossa moderna constituição, quanto nos textos internacionais por ele ratificados, trazendo pouco problema quanto ao **status** jurídico igualitário. Contudo a realidade é bastante diversa do mundo construído pelo dever ser legal⁵⁵.

⁵³ Constituição da República do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, obra coletiva de autoria da Editora raiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes – 42ª.ed. atual. e amp. – São Paulo: Saraiva, 2009, p.1: Preâmbulo “instituir um Estado Democrático, destinado assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais,(...) a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”

⁵⁴ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Ação Afirmativa – O conteúdo Democrático do princípio da igualdade jurídica.** Revista Trimestral de Direito Publico, nº 15, fls. 85-99: “A doutrina constitucional brasileira, desde a voz augusta de Pimenta Bueno, celebra a igualdade jurídica como pedra de toque de constitucionalismo democrático a ser tomado como objetivo fundamental dos Estado Brasileiro”.

⁵⁵ MELO, Mônica de. **O princípio da Igualdade à luz das ações afirmativas: o enfoque da discriminação positiva.** Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Vol. 25, p. 82.

A mera ausência de legislação diferenciadora não trouxe a igualdade real, mantendo-a no seu aspecto formal, ou seja, da igualdade de sujeitos de direitos abstraídos de suas condições materiais ou existenciais⁵⁶.

O denominado princípio da isonomia, despojado de instrumentos de promoção de igualdade jurídica não é bastante para efetivar a equiparação, pois apenas proibir a discriminação, ou alegar que todos são livres para competir como os demais membros da mesma sociedade em iguais condições, não é suficiente para vencer o preconceito. Há necessidade de condutas promotoras da igualação jurídica, que se trata de exigência de favorecimento daqueles que histórica e culturalmente são marginalizados por preconceitos engravados na cultura dominante da sociedade⁵⁷.

Por ser um dos objetivos fundamentais da república, o princípio da igualdade resplandece ao determinar que mudanças políticas e econômicas sejam realizadas para que se atinja e universalize a igualação dos desiguais, obtendo as efetivas transformações sociais, que culmine com a almejada justiça fraterna e solidária.

Norberto Bobbio afirma que para haver igualdade material ou substantiva, deve-se pensar na especificidade e diferenças que devam ser respeitadas e endereçar à proteção de pessoas ou a grupos particularmente vulneráveis, que merecem proteção especial. O

⁵⁶ Trazida em matéria intitulada: “Proibidos para Mulheres – não há executivas na presidência das cem maiores empresas do país”, veiculada na Folha de São Paulo, no Caderno Finanças, em 08 de novembro de 2009, noticia que a diferença de salários entre homens e mulheres piorou de acordo com as informações contidas no Relatório Índice de Desigualdade entre Gêneros, do Fórum Econômico Mundial; e que não há mulheres na presidência das cem maiores empresas do país, por alguns fatores como: 1) entrarem no mercado de trabalho mais tarde, 2) preconceito, haja vista que na graduação levam vantagens sobre os homens e na pós-graduação apresentam resultados iguais aos seus colegas, 3) a responsabilidade em cuidar de uma família.

⁵⁷ MELO, Mônica de. **O princípio da Igualdade à luz das ações afirmativas: o enfoque da discriminação positiva**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Vol. 25, p. 82.

processo implica em especificar o sujeito de direito concreto, visto na sua especificidade e na concretude de suas diversas relações sociais⁵⁸.

Porém, para que se atinja e materialize o direito à igualdade, não basta apenas reprimir a discriminação, mas a aplicação efetiva de políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo⁵⁹, “essenciais com estratégias promocionais capazes de estimular a inserção desses grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais⁶⁰”.

No intuito de aliviar e remediar as condições díspares, resultante da diversidade cultural e econômica dos sexos dentro das relações familiares, com o fim da igualdade se tornar real, será imprescindível favorecer o cônjuge, que dispõe de condição social e econômica de tal forma vulnerável, que se considera necessário ser tratado diferentemente para ter as mesmas oportunidades de permanência e crescimento, como previsto no artigo 170, IX da Carta Magna.

A proteção ao indivíduo com o término do relacionamento conjugal, objetiva promover a sua ascensão na sociedade, até o nível de equiparação econômica com o outro,

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. – Nova Ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 7ª. Impressão, 2004., p. 45. “Essa universalidade (ou de extensão, ou não discriminação) na atribuição e no eventual gozo dos direitos de liberdade, não vale para os direitos sociais, e nem mesmo para os direitos políticos, diante dos quais os indivíduos são iguais só genericamente, mas não especificamente. Com relação aos direitos políticos e aos direitos sociais, e nem mesmo existem diferenças de indivíduos para indivíduos, ou melhor, de grupos de indivíduos, ora grupos de indivíduos, diferenças que são até agora (e os são intrinsecamente) relevantes. Durante séculos somente os homens do sexo masculino - e nem todos - tiveram o direito de votar; ainda hoje não tem esse direito os menores, não é razoável pensar que o obtenham num futuro próximo (...)”

⁵⁹ A exemplo de ações positivas no intuito de reduzir a desigualdade, o presidente dos Estados Unidos, Barack Obama, assinou, em 29 de janeiro de 2009, emenda a diversas leis de direitos humanos para promover a igualdade salarial entre homens e mulheres, denominada **Lilly Ledbetter Fair Pay Act**, sob a justificativa que nos Estados Unidos, mulheres ganham em média 23% menos que os homens. Segundo ele, a lei envia “uma mensagem clara de que a nossa economia do trabalho significa ter certeza que ela funciona para todos” in <http://www.conjur.com.br/2009-jan-29/obama-assina-lei-igualdade-salarial-entre-homens-mulheres>

⁶⁰ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3ª. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p.189.

no fito de acelerar o processo de igualização, remediando-se as desvantagens através da compensação⁶¹, mantendo, conseqüentemente, a sua dignidade.

A solução no caso concreto, na busca da igualdade material, será possível seguindo as diretrizes constitucionais, ponderando o intérprete sobre bens e valores. Essa ponderação não é absoluta, mas há de se vincular em argumentos lógicos e sobre o fato específico no atual momento histórico, lastreando-se em uma dogmática relida à luz dos novos paradigmas constitucionais, tendo a dignidade do indivíduo como sustentáculo central⁶².

A hermenêutica, através da abordagem civil-constitucional do Direito de Família, incorpora reformulações em seus conceitos, deixa de ser concebida como mera ferramenta extratora de conceitos rígidos da legislação infraconstitucional, e passa a atuar dinamicamente no processo de interpretação, ao buscar as condições para solução de conflitos segundo o contexto social em que se inserem tanto o intérprete, quanto o texto a ser interpretado, priorizando, diante de cada caso concreto, os princípios e valores como norte axiológico, em especial o da dignidade da pessoa humana.

Ao aplicar o direito da igualdade entre os membros da família, não podemos olvidar as diferenças naturais e culturais entre as pessoas, que não podem ser afastadas para legitimar tratamento jurídico moldado pelo respeito à diferença e à diversidade, no sentido

⁶¹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**, obra cit. p. 190.

⁶² FIÚZA, César. **Diretrizes Hermenêuticas do Direito de Família**. Família e Dignidade Humana. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p 234: “Vive-se hoje no Brasil os alvoroços do Estado Democrático de Direito. Este é o momento da conscientização desse novo paradigma. Só agora assume a devida importância os princípios e os valores constitucionais, por que se deve pautar todo o sistema jurídico. Constitucionalização ou publicização, não servem mais para entrar na temática do dia. O Código Civil não seria mais o centro do ordenamento civil. Seu lugar ocupa a Constituição, seus princípios e valores. Diz-se que os pilares de sustentação do Direito Civil, família, propriedade e autonomia da vontade, deixaram de sê-lo. O único pilar que sustenta toda a estrutura é o ser humano, a dignidade da pessoa, sua promoção espiritual, social e econômica.”

de apresentarem alto grau de potencialidade para uma transformação includente aos direitos sociais de cada membro da família.

O direito deve ser um meio apto à solução dos problemas sociais e familiares que visa minimizar a injustiça e a discriminação entre seus membros, promovendo a igualdade segundo as circunstâncias dos fatos e as condições individuais da pessoa, evitando que sejam violadas a personalidade e as condições de vida moral ⁶³.

Em suma, a tutela constitucional da igualdade jurídica entre os cônjuges nas relações familiares, tem o escopo de, no caso concreto, buscar soluções para equiparar os seus membros, eliminando toda a qualquer forma de desequilíbrio, “privilegiando os valores não-patrimoniais, e em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, que deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais⁶⁴”, viabilizando atingir a igualdade plena prevista no ordenamento.

Como conclui Flávia Piovesan: “há que se reiterar que o direito a igualdade pressupõe o direito à diferença, inspirado na crença que somos iguais, mas diferentes, e diferentes, mas sobretudo iguais”⁶⁵.

⁶³ IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. 12^a. ed. Rio de Janeiro : Ed. Forense, 1992, p. 13 :“ Qualquer que seja, afinal, a decisão, implica ela sempre um sacrifício. Num caso, o direito é sacrificado à paz; no outro, a paz é sacrificada ao direito. A questão parece reduzir-se desde então, definitivamente, a saber qual é o sacrifício mais suportável, segundo as circunstâncias do fato e as condições individuais da pessoa. (...) A operação matemática, na qual deveria estabelecer-se por hipóteses de uma ou outra parte as vantagens e os inconvenientes, para se conformar qualquer decisão com o resultado”

⁶⁴ TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil**. Temas de Direito Civil. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.328.

⁶⁵ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3^a. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p.193.

A perfeita igualdade não admite poder nem privilégio para uns e incapacidade para os outros. Para que se concretize no plano substantivo não é suficiente eliminar leis e práticas abertamente discriminatórias, mas há necessidade de encontrar outras soluções que favoreçam a igualdade de fato entre as pessoas e direitos a todos os membros da família, tal como consta da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

A ideia de igualdade é muitas vezes contraposta à de liberdade, assim como é certo que acompanha a igualdade a noção diferença, cabendo através “do escrutínio judicial das políticas sociais, da criação de direitos sócio-econômicos judicializáveis e dos deveres positivos, tendo por referência a orientadora essa noção de igualdade, sublinhar o compromisso das autoridades públicas promoverem a participação e inclusão de cidadãos concretos, na diversidade e especificidade de circunstâncias que o caracterizam, na sociedade”⁶⁶.

1.4 . Da evolução econômica social da família no Brasil e o respectivo direito legislado

A fim de pesar a extensão e as mudanças sócio-econômicas que estão ocorrendo no sistema familiar⁶⁷ e, conseqüentemente, justificar a interpretação sobre o tema ora abordado,

⁶⁶ PEREIRA, Maria Cristina dos Santos. **Diálogos sobre a igualdade na união européia**. O princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres. Boletim da Faculdade de Coimbra. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol.LXXXIII, 2007, p.703.

⁶⁷ GOODE, William J. **Revolução mundial e padrões de família**. Trad. por Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1969, p.25: “Contudo, é muito crucial à questão do impacto dos sistemas de mérito ou de expansão sobre a família”.

é necessário examinar o passado e a evolução legislativa do Brasil no período, sem o que não podem ser compreendidas as tendências ora sustentadas⁶⁸.

Não serão examinados os artigos isolados das leis, mas uma análise do conjunto legislativo e principalmente o ponto de vista social que reclamavam o desenvolvimento da codificação a fim de traduzir a consciência jurídica que disciplinava o interesse dos indivíduos e agrupamento social na época.

1.4.1. Brasil do descobrimento à colônia

O reino de Portugal ao tempo de D. Manoel, alargando os limites do mundo, estabelece rotas e assenta praças desde os confins da Ásia até as costas do Brasil no intuito de explorar as riquezas provenientes das novas terras conquistadas, gera um surto de progresso pelo intercâmbio mercantil⁶⁹.

Diferentemente dos portugueses colonizadores que mantinham uma vasta e vetusta civilização urbana e classista, bipartida em uma condição rural e outra urbana, os grupos indígenas encontrados no litoral, mantinham estrutura social igualitária, através de

⁶⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. 10ª. Ed. atualizada por Achiles Beviláqua, 1953, Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, Vol I, p.9: “As codificações, além de corresponderem às necessidades mentais de clareza e sistematização, constituem, do ponto de vista social, formações orgânicas de direito que lhe aumenta o poder de precisão e segurança, estabelecendo harmonia e a recíproca elucidação dos dispositivos, fecundando princípios e institutos, que, no isolamento não se desenvolveriam suficientemente, contendo, canalizando e orientando energias, que se poderiam prejudicar, na sua ação dispersivas”.

⁶⁹ AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Estudo histórico sobre a condição jurídica da mulher no direito luso-brasileiro desde os anos mil até o terceiro milênio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Osasco, SP : Centro Universitário FIEO – UNIFIEO, 2001, p. 36.

agricultura de subsistência, acrescido à caça e pesca, de aproximadamente um milhão de índios divididos em dezenas de grupos tribais⁷⁰.

Pela necessidade da exploração extrativista no pau-brasil, o número reduzido de portugueses, porém mais organizados e tecnicamente superiores que os índios, escravizavam estes últimos ou simplesmente exterminava-os, computando apenas no século XVI, a destruição de cerca de trezentas aldeias na costa brasileira.

Formava-se também a instituição social do *cunhadismo*, que pelo velho costume indígena de incorporar estranhos à sua comunidade através do casamento de uma moça índia como esposa, estabelecendo automaticamente laços de parentesco com os demais membros do grupo, que passavam a trabalhar para o português graciosamente⁷¹.

A necessidade em sustentar e manter os domínios descobertos sem haver contingente populacional suficiente, fez com que todo tipo de cidadão viesse à nova terra, quer os degradados, os cristãos-novos em busca de tranquilidade ou mesmo os ausentes de fortuna, que iam ante a aventura e a fascinação despertada pelo desconhecido, perseguir novas

⁷⁰ RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: evolução e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 31.

⁷¹ RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: evolução e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995 p. 42-49: “Como cada europeu posto na costa podia fazer muitíssimo desses casamentos, a instituição funcionava como uma forma vasta e eficaz de recrutamento de mão-de-obra para cortar paus de tinta, transportar e carregar para os navios, de caçar e amestrar papagaios e soins. Mais tarde serviu também para fazer prisioneiros de guerra que podiam ser resgatados a troco de mercadoria, em lugar do destino tradicional, que era ser comido ritualmente num festival de antropofagia.(...) E, por fim, se teve de passar do cunhadismo às guerras de captura de escravos, quando a necessidade de mão-de-obra indígena se tornou grande demais. A função do cunhadismo na sua nova inserção civilizatória foi fazer surgir numerosa camada de gente mestiça que efetivamente ocupou o Brasil”.

oportunidades, somando-se em meados de século XVII, uma população branca de cento e cinquenta mil pessoas e mais que o dobro dessas em negros trazidos da África⁷².

A presença do negro representou fator obrigatório no desenvolvimento da exploração latifundiária e monocultora para a cultura altamente lucrativa da cana-de-açúcar, “fez com que a grande propriedade rural se tornasse, aqui, a verdadeira unidade de produção”⁷³, centrada na casa-grande e senzala, com a família patriarcal do senhor, seus filhos e aparentados mais diretos e uma vasta multidão de serviçais, resultantes de opções exercidas para dar eficácia ao empreendimento⁷⁴.

A produção açucareira caracterizava-se essencialmente pela grande extensão de área de cultivo, do processamento químico e a participação de trabalhadores especializados e mão-de-obra inteiramente devotadas, contrastando-o às vilas camponesas ou com os granjeiros livres que tinham o propósito que era de essencialmente preencher suas próprias condições de existência⁷⁵.

⁷² AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Estudo histórico sobre a condição jurídica da mulher no direito luso-brasileiro desde os anos mil até o terceiro milênio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Osasco, SP : Centro Universitário FIEO – UNIFIEO, 2001, p. 36.

⁷³ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26^a. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 49. “O que o português vinha buscar era, sem dúvida, a riqueza, mas riqueza que custa ousadia, não riqueza que custa trabalho. A mesma, em suma, que se tinha alcançado na Índia com as especiarias e metais preciosos Os lucros que proporcionou de início, o esforço de plantar a cana e fabricar o açúcar para mercados europeus, compensava abundantemente a esse esforço – efetuado de resto com as mãos e os pés dos negros –, mas era preciso que fosse muito simplificado, restringindo-se ao estrito necessário às diferentes operações”.

⁷⁴ RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro; evolução e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 285: “No seu domínio, o senhor de engenho era o amo e seu pai, e de cuja vontade e benevolência dependiam todos, já que nenhuma autoridade política ou religiosa existia que não fosse influenciada por ele. Sua família, residente no engenho, cultora dos valores cristãos, configuravam um padrão ideal de organização familiar, naturalmente inatingível por ninguém mais, mesmo porque sua estabilidade se assentava sobre o livre acasalamento com o mulherio local”.

⁷⁵ RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro; evolução e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 285: “As características fundamentais da plantação açucareira são a extensão latifundiária do domínio; a monocultura intensiva; a grande concentração de mão-de-obra e a diversificação interna em especialização remarcadas; o alto custo relativo do investimento financeiro; a destinação externa da produção; a dependência da importação da força do trabalho escravo que onerava em 70% o resultado das

No ano de 1800 a economia exportadora atravessou período de declínio da atividade açucareira⁷⁶, sendo superada pela extração de ouro e diamantes das minas, que passaram a ocupar os principais contingentes de trabalhadores, seguidos pela pecuária nos sertões nordestinos e pastagens sulinas e pelo cultivo de arroz e algodão no Maranhão, porém mantendo ainda a importação de produtos manufaturados e a exportação de produtos tropicais, fortalecendo por consequência a dependência externa e a ordenação oligárquica interna⁷⁷.

Deste modo, toda a estrutura de nossa sociedade colonial teve sua base fora dos meios urbanos, concentrando-se através das propriedades rústicas, as cidades são, até a abolição da escravatura, meramente dependentes do incontestável domínio rural⁷⁸.

Nessa época no Brasil vigoram as Ordenações do Reino, ou Ordenações Filipinas, que “não se tratava de um código, no sentido moderno da palavra, mas de uma consolidação de direito real”⁷⁹, que entre outras regras, trazia no Livro IV, Direito Civil a regulamentação

exportações; o caráter racional e planejado do empreendimento que exigia, além das condições técnicas-agrícolas industriais de produção, uma administração comercial inteirada das condições de comercialização, dos procedimentos financeiros e de condições fiscais”

⁷⁶ RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro; evolução e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 158: “A produção açucareira, que se debatia na crise desencadeada com a expansão de novos centros produtores das Antilhas, passou a contribuir com a metade da exportação, que também havia diminuído bastante”.

⁷⁷ RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: evolução e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 176: “No plano econômico, o Brasil é o produto da implantação de quatro ordens de ação empresarial, com distintas funções, variadas formas de recrutamento de mão-de-obra e diferentes graus de rentabilidade. A principal delas, por sua eficácia operativa, foi a empresa escravista, dedicada seja a produção de açúcar, seja à mineração de ouro, ambas baseadas na força de trabalho importada da África. A segunda, também de grande êxito, foi a empresa comunitária jesuítica, fundada na mão-de-obra servil dos índios. Embora sucumbisse na competição com a primeira, e nos conflitos com o sistema colonial, também alcançou notável importância e prosperidade. A terceira, de rentabilidade muito menor, inexpressiva como fonte de enriquecimento, mas de alcance social substancialmente maior, foi a multiplicidade de microempresas de produção de gêneros de subsistência e de criação de gado, baseadas em diferentes formas de mão-de-obra, que iam de formas espúrias de parceria até a escravização do indígena, crua ou disfarçada”.

⁷⁸ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26^a. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 73.

⁷⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história: lições introdutórias**. 3^a. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 248.

da relação entre os particulares, regendo sobre contratos, relações entre servo e amos, sesmarias, parcerias entre marido e mulher, empréstimo, mútuo etc.

A falta de coesão na vida social, exacerbada pelo personalismo exagerado, fez com que os decretos dos governos tivessem como objetivo colocar limite e organizasse a sociedade que não criava espontaneamente suas regras de convívio pacífico bem como para assegurar o domínio econômico do Reino sobre a colônia⁸⁰, deste modo o conjunto da legislação portuguesa dirigia-se mais à matéria fiscal, enquanto o Direito Privado mantinha seus contornos de origem greco-romana, desenvolvido pela contribuição doutrinária e jurisprudencial⁸¹.

Concomitante ao regime dotal, que a secular tradição estabelecera, pelo qual o marido oferece arras à mulher em razão do matrimônio⁸², existia o casamento por carta ametade, que, salvo contrato distinto, constituía em divisão do patrimônio do casal, que por morte do cônjuge, ficaria ao sobrevivente a metade dos bens, cabendo a outra metade aos herdeiros, conforme regramento das Ordenações Filipinas, sob o título “Como o marido e mulher são meeiros em seus bens”⁸³.

Estabelecia ainda, que não fosse permitido vender bem de raiz ou prestar fiança sem consentimento do cônjuge, alcançando qualquer regime de bem, dote, arras ou carta de

⁸⁰ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26^a. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p.31.

⁸¹ AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Estudo histórico sobre a condição jurídica da mulher no direito luso-brasileiro desde os anos mil até o terceiro milênio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Osasco, SP: Centro Universitário FIEO – UNIFIEO, 2001, p.39.

⁸² AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Estudo histórico sobre a condição jurídica da mulher no direito luso-brasileiro desde os anos mil até o terceiro milênio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Osasco, SP: Centro Universitário FIEO – UNIFIEO, 2001, p.39.

⁸³ Ordenações Filipinas Livro IV, Tit. XLVI. Extraído do site:

<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4p832.htm>, acesso em 23 de novembro de 2009.

ametade⁸⁴, caso prestasse fiança sem a anuência pública do outro, a dívida não recairia sobre os bens daquele que não havia consentido, bem como a venda de bem imóvel não teria validade e nem ao menos poderia ser reivindicado em juízo sem a procuração de ambos⁸⁵.

A legislação da época demonstrava a importância do bem imóvel e a sua consequente economia e forma de subsistência para a família, inclusive prevendo a necessidade da citação do cônjuge na execução do bem de raiz⁸⁶.

Aspecto importante das Ordenações Filipinas é o sistema de fontes contidos no Livro III, Título 64, a previsão que os conflitos devem ser julgados segundo as leis, estilos ou costumes do reino, “Leis eram atos do príncipe; estilos eram os ‘costumes’ da Casa de Suplicação, ou jurisprudência determinada e aceita pelo mais lato tribunal do reino. Os costumes eram muito variados, locais. Nos casos não previstos (casos de lacuna), aplicava-se o direito canônico se a matéria *trazia* pecado ou as leis imperiais, isto é, direito romano, quando não era matéria de pecado”⁸⁷.

Contudo, não obstante o regramento específico, nos domínios rurais, considerados como a base real da riqueza e do poder na colônia, a vontade e autoridade do proprietário de terras era ilimitado⁸⁸. O tipo de família organizada segundo as normas clássicas do velho

⁸⁴ Obra citada, Tít. XLVIII. Extraído do site: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4p832.htm>, acesso em 23 de novembro de 2009.

⁸⁵ Idem, Livro III, Tit. XLVII. Extraído do site: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4p832.htm>, acesso em 23 de novembro de 2009.

⁸⁶ Ordenações Filipinas Livro II, Tít. LIII, I: Extraído do site: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4p832.htm>, acesso em 23 de novembro de 2009.

⁸⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história: lições introdutórias**. 3ª. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 249.

⁸⁸ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26ª. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, P.81: “Os escravos das plantações e das casas, e não somente os escravos, como os agregados, dilatam o círculo familiar e, com,ele, a autoridade imensa do pater-família. Esse núcleo bem característico em tudo se comporta como seu modelo da Antiguidade, em que a própria palavra ‘família’, deriva de *famulus*, se acha

direito romano-canônico que prevalece como centro de toda a organização, mantém o grupo familiar imune de qualquer abalo, podendo-se desprezar qualquer princípio superior que contraria os interesses da autoridade do pai. A organização familiar, entidade privada, precede sempre a entidade pública.

Com o declínio da lavoura e a ascensão dos centros urbanos, estimulados pela vinda da família real em 1808 e depois a proclamação da Independência, as ocupações passaram a ser realizadas pelos lavradores e senhores de engenho que, indubitavelmente, carregaram “consigo a mentalidade, os preconceitos e, tanto quanto possível, o teor da vida que tinham atributos específicos de sua primitiva condição⁸⁹”.

O paternalismo, a família patriarcal, fornece o modelo político, que se sucedeu pela dependência que as cidades se achavam ante os domínios agrários, quer pela ausência de burguesia urbana independente, quer pela mão-de-obra recrutada na massa do domínio dos antigos senhores rurais⁹⁰, “portadores de mentalidade e tendência dessa classe. Toda a ordem administrativa do país, durante o Império e mesmo depois, já no regime republicano, há de comportar, por isso, elementos estritamente vinculados ao velho sistema senhorial”⁹¹.

estritamente vinculada à idéia de escravidão, e em que mesmos os filhos são apenas membros livres do vasto corpo, inteiramente subordinado ao patriarca, os *liberi*”.

⁸⁹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26^a. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p.82.

⁹⁰ RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro; evolução e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 196: “Cada fazendeiro ou comerciante tinha e mantinha esses agregados que os servia devotadamente sem qualquer salário, em contrapartidas dos obséquios que ocasionalmente recebiam e de que viviam. Essa gente enchia as casas, auxiliando em todas as tarefas domésticas e no artesanato singelo de panos e redes, de costura e de bordado, do fabrico de sabão, lingüiça ou doces. Alguns artífices autônomos trabalhavam por encomenda, em selas e tralhas de montaria, em sapatos de couro, como ferreiros e mecânicos ou nos ofícios ligados às construções. Abaixo vinha a criadaria escrava destinada a abrilhantar a posição dos ricos e remediados, carregando a eles próprios, seus objetos e dejetos, amamentando os recém-nascidos, servindo-lhes, enfim, de mão e pés”.

⁹¹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26^a. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p.88.

Cabendo as funções mais elevadas, inclusive, aos senhores de terra, na Monarquia eram ainda os fazendeiros escravocratas e seus filhos educados nas profissões liberais que monopolizavam a política, dominando os parlamentos, os ministérios e as eleições⁹².

Diante desse quadro é concludente que as idéias do Iluminismo da França Revolucionária, que suprimiu privilégios e direitos auferidos por uma casta favorecida, bem como da proclamação da República Americana, que tinham como base o liberalismo econômico, acabaram por serem recebidas pelos homens poderosos da política local que deflagraram o movimento no Brasil⁹³.

Os Revolucionários objetivavam apenas seus próprios interesses, desinteressados em proteger as classes inferiores, visavam diminuindo o poder do rei e, por conseqüência, aumentar o seu próprio, refletindo diretamente o espírito das legislações posteriores, inclusive no teor das Constituições nacionais liberais imperiais elaboradas após independência do Brasil⁹⁴.

⁹² **Obra citada**, p.73.

⁹³ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história: lições introdutórias**. 3ª. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 255-259.

⁹⁴ **Obra citada**, p. 255; “Do ponto de vista da cultura jurídica, o liberalismo – como doutrina econômica mais do que política – foi um elemento-chave no discurso dos brasileiros. Não se confundia, naturalmente, o liberalismo com a democracia. Ideais democráticos apareciam sob a forma republicana, como no caso da revolução pernambucana de 1817, estiveram também presentes na crise da Abdicação, ou Revolução de 7 de abril de 1831, como a chamaram os contemporâneos. De outra forma, o liberalismo inspirou uma carta de direitos que foi incorporada à Carta Constitucional de 1824, a Constituição do Império do Brasil. Mas a Carta aceitou a divisão entre cidadãos ativos e passivos, isto é, eleitores e não eleitores. O liberalismo da independência, diz-se, foi envolvido nos mesmos temas da autonomia nacional. A democracia radical foi em geral rejeitada, tanto por medo da instabilidade, que já marcara a sucessão de regimes da França e de certo modo também as lutas internas nas repúblicas latino-americanas, quanto pelo problema sempre presente da população escrava ou de libertos mestiços e camadas populares em geral. O liberalismo da independência, por isso, sobretudo luta contra o sistema colonial, entre monopólios e estancos, o fisco, a antiga administração da justiça, e a administração portuguesa. Uniu também os que temiam o controle exclusivo por portugueses do grande comércio. Parte deste perfil explica-se pela vida da Corte, que transplantou para o Brasil diretamente tanto os organismos superiores do reino quanto os ocupantes portugueses desses cargos mais altos. Assim, se forma o partido dos brasileiros, que abriga tanto monarquistas quanto republicanos, confundidos inicialmente sob a bandeira da autonomia”.

1.4.2. Do Brasil Império à Proclamação da República

A sede da monarquia portuguesa se transplantou para o Brasil em fins de 1808 e instalou-se no Rio de Janeiro naquele mesmo ano, culminando com a necessária ampliação da liberdade de negócio, D. João V, Príncipe Regente, determina naquele mesmo ano a abertura dos portos brasileiros e a elevação do Brasil à condição de Reino dentro do Império Português, que assumiu a designação oficial de Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves a partir de 16 de dezembro de 1815, porém a legislação portuguesa mantém-se em vigor.

Tornado o Brasil independente do Reino de Portugal ao sete de setembro de 1822, Dom Pedro I ordenou que fosse realizada nova constituição, em que o país se convertia em monarquia hereditária e mantinha nas mãos do imperador o Poder Moderador, centralizador de toda organização política.

A família patriarcal que participou da composição política e elegeu os representantes do povo para Assembléia Constituinte, composta pela elite brasileira inspirou a redação legislativa em que ressalta a prevalência do homem e a supressão da mulher e dos menos favorecidos financeiramente do processo político nacional ao excluí-los do direito ao voto ou a possibilidade de serem eleitos⁹⁵.

⁹⁵ A Constituição de 1824 previu no Capítulo IV, intitulado das Eleições nos artigos 90 e seguintes que teriam direito a votar e serem votados nas eleições primárias para assembleias paroquiais: os cidadãos brasileiros no gozo de seus direitos políticos e os estrangeiros naturalizados, caso possuíssem mais de vinte e cinco anos, salvo se fossem casados e os oficiais militares com mais de 21 anos, os bacharéis formados e os clérigos de ordens sacras; desde que tenham renda líquida anual de cem mil réis por bem de raiz, indústria, comércio ou emprego; não sejam filhos-família que estejam em companhia de seus pais, salvo se servirem de ofícios públicos; não sejam criados de servir; não sejam religiosos que vivam em comunidade claustral. Para votar nas eleições para deputado, senadores e membros do conselho da província, deveriam ainda provar renda líquida anual de duzentos mil-réis por bem de raiz, indústria ou comércio ou emprego; não ser liberto, não ser criminoso pronunciado em querela ou devassa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm, acesso em 27 de novembro de 2009.

Assim, instituíram o voto censitário⁹⁶, visto que apenas as pessoas do sexo masculino que mantivessem participação econômica para com o Estado é que detinham o direito de participar do processo eleitoral e, de acordo com um teto mínimo, a pessoa seria somente eleitor (cidadania ativa) e de acordo com outro patamar mínimo superior, poderia também ser eleita⁹⁷. O voto censitário permaneceria em vigor até o final do Império⁹⁸. Pelo seu caráter não intervencionista, não destinou normas específicas sobre a família.

Derrogou-se, assim com a carta magna outorgada em 1824, precipuamente a parte política das Ordenações Filipinas mantendo as demais disposições que passaram a ser substituídas gradativamente pelo Código Criminal em 1830, o Código de Processo Criminal em 1832, o Código Comercial do Império do Brasil em 1850⁹⁹.

Ante as turbulências da primeira metade do século XIX, com a perspectiva do fim do tráfico negreiro, a construção das ferrovias e o êxodo rural, além da previsão expressa no artigo 179, XVIII da Carta Constitucional de 1824, da organização de um Código Civil

⁹⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2ª. ed. revista e aumentada 28ª. impressão. Editora Nova Fronteira. p. 380: “**Censitário**. Adj. e s.m. que ou aquele que pagava o senso 93) censitário ou cessionário. **Censo** (...) 2. Ant. Rendimento que serve de base ao exercício de certos direitos”.

⁹⁷ Só podiam ser eleitos para o Colégio Eleitoral, aqueles cuja renda anual ultrapassasse 200 mil réis. Para a Câmara dos Deputados, exigia-se do candidato a renda mínima de 400 mil réis; para o Senado, a exigência era de 800 mil réis anuais, Constituição de 1824: art. 92,V, art. 45, IV e art. 94, I. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm, acesso em 27 de novembro de 2009.

⁹⁸ Observe-se que o que o Ato Adicional à Constituição do Império em 12 de agosto de 1834 não alterou a forma de sufrágio censitário.

⁹⁹ FERREIRA, Waldemar Martins. **História do Direito Brasileiro**. Tomo II. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A, 1952, p. 331-333.

fundado nas sólidas bases da Justiça e Equidade”¹⁰⁰, em 1855 houve a encomenda pelo governo imperial a Teixeira de Freitas da *consolidação das leis civis*¹⁰¹.

Concluída em 1865 a obra foi para exame de comissão incumbida que após dezessete sessões, suspendeu seus trabalhos e terminou por ser abandonada pelo governo em 1872 com a rescisão de contrato entre o governo e Teixeira de Freitas. Porém, a obra - inspirada nas doutrinas alemãs, de precisão conceitual, generalidade e abstração - influenciou a elaboração da codificação civil posterior, bem como entrou para o acervo da jurisprudência pátria que se utilizava de seus estudo, pela “riqueza, segurança e originalidade das idéias¹⁰²”.

Outras comissões e tentativas foram vãs na tentativa de concluir a obra legislativa, culminando em 15 de novembro de 1889 com a proclamação da República e a elaboração de nova carta constituinte promulgada em 24 de fevereiro de 1891, com viés predominantemente patriarcal, cujo direito da cidadania e voto ainda é concedido apenas aos homens, maiores de 21 anos, alfabetizados e que não se encontrassem em condições de mendigos, também não votavam os praças de pré, excetuando-se os alunos das escolas militares de ensino superior, os religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações

¹⁰⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm, acesso em 26 de novembro de 2009.

¹⁰¹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. 10ª. ed. atualizada por Achiles Beviláqua, 1953, Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, Vol I, p.11: “Vingou, então, o pensamento de se efetuar, como trabalho preparatório do Código Civil, a consolidação do direito privado em vigor, tarefa confiada a TEIXEIRA DE FREITAS, por contrato de 15 de fevereiro de 1855. Em 1858 estava concluída e aprovada a **Consolidação das leis civis**, e, logo se cogitava a elaboração do Código, segundo se vê no documento 2.318 de 22 de dezembro desse ano.

¹⁰² LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história: lições introdutórias**. 3ª. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 249.

ou comunidades de qualquer denominação, sujeitos a voto de obediência, regra ou estatuto de importe a renúncia da liberdade individual¹⁰³.

Seguindo a tendência das constituições dos Estados burgueses e liberais da época, a Constituição de 1891 não regulamentou questões atinentes à família, sociedade ou economia, se atendo as estruturas da ordem jurídica e política. Contudo, pela nova posição de Estado laico¹⁰⁴, o constituinte, com acuidade, inseriu no parágrafo quarto do artigo 72 que: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”.

O espírito da família que predomina nessa constituição é o patriarcal e o direito de cidadania ainda é concedido exclusivamente à pessoa do sexo masculino, mantendo a exclusão da mulher em relação a esse direito.

Assim sendo, após longa espera e algumas oposições, concluiu-se o **Projeto do Código Civil**, de feições mais liberais que o texto aprovado, ante as modificações realizadas pela Comissão do Governo na Câmara dos Deputados, parcialmente aprovadas pelo Senado, que timidamente repeliu as mudanças do **Projeto** original, conforme comentado pelo próprio autor da obra:

Assim é que a Lei de introdução perdeu o artigo 30, que reconhecia, expressamente, a dissolução do vínculo matrimonial, resultante do divórcio legalmente pronunciado, no estrangeiro, de acordo com a lei pessoal dos cônjuges, muito embora, o Projeto não aceitasse, para o Brasil, a perversora e dissolvente instituição do divórcio.

¹⁰³ Vide art. 71 da **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** promulgada em 24 de fevereiro de 1891 *in* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm

¹⁰⁴ O Decreto 119-A, de 07 de janeiro de 1890, separa a Igreja do Estado, ficando revogado o decreto que adotara em 1827, as regras de Direito Canônico.

Na parte geral, art. 6º, se fazia a declaração de que a mulher, juridicamente igual ao homem, nas relações civis, não perdia sua capacidade pelo matrimônio, que, se é a sua dignificação social, não pode ser sua degradação jurídica. Essa idéia desdobrava-se em dispositivos da parte especial, que estabeleciam direitos e deveres da mãe de família (arts. 279 e 297), dando-lhe posição equivalente à de seu companheiro e sócio, permitindo-lhe a tutoria, a caução fidejussória, e ser testemunha em quaisquer atos jurídicos.

A Comissão do Govêrno reagiu contra essas inovações algumas das quais vieram, afinal, a prevalecer no Congresso.

(...)

O reconhecimento dos filhos ilegítimos de qualquer espécie e a investigação da paternidade, com as necessárias cautelas, eram conquistas da ética e do altruísmo, que aderira a Comissão Revisora. Foi o Congresso que as repeliu, não reparando que com êsse direito da hipocrisia, em vez de resguardar a paz e a dignidade da família, é um mal que deteriora os tecidos da célula social¹⁰⁵.

Sem embargo, a legislação de 1916 foi concebida efetivamente antes do Brasil haver sido industrializado e diante de um congresso masculino, representante precipuamente pela elite patriarcal¹⁰⁶, que manteve a estrutura de um código conservador, em que o matrimônio é indissolúvel e os cônjuges são concebidos como pessoas díspares em suas funções, sendo a mulher efetivamente submissa ao marido para desempenhar, sobretudo, funções além do

¹⁰⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. 10ª. ed. atualizada por Achiles Beviláqua, 1953, Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, Vol I, p 22-23.

¹⁰⁶ A fim de demonstrar a mentalidade dos legisladores na época cumpre-nos transcrever declaração realizada pela Comissão da Câmara dos Deputados: “Ninguém ignora que na organização fisiológica do homem e da mulher há diferenças notáveis; mas essas diferenças não nos autorizam a declarar que o homem é superior à mulher; autoriza-nos, simplesmente, a dizer que um é chamado a exercer, na sociedade e na família, funções diferentes das do outro. Em tudo aquilo que exigir mais larga e mais intensa manifestação de energia intelectual, moral e física, o homem será mais apto do que a mulher; mas tudo aquilo em que se exigir dedicação, persistência, desenvolvimento emocional dedicado, o homem não pode se comparar à sua companheira *in* BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. 10ª. ed. atualizada por Achiles Beviláqua, 1953, Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, Vol I, p 153.

lar, ao determinar a necessidade de sua autorização para exercer profissão¹⁰⁷, bem como incumbe o marido dever de sustentar a mulher, cabendo a esta última apenas contribuir com a renda de seus bens, que também será administrada pelo marido¹⁰⁸.

Orlando Gomes criticou a parte referente à família, chamando-a de “privatismo doméstico”, segundo ele, “o Código incorpora certos princípios morais, dando-lhes conteúdo jurídico”¹⁰⁹, contudo, apesar de toda subalternidade do sexo feminino e a administração exclusiva do varão dos bens familiares, era limitada o poder de representação em atenção aos interesses superiores da família, devendo contar, qualquer que seja o regime de bens, com a outorga uxória para alienação ou bens imóveis, gravar com ônus os direitos reais que sobre eles recaem, a prestar fiança, bem como fazer doações com os bens ou rendimentos comuns, conforme teor do artigo 235 do Código Civil de 1916.

A justificativa da lei, diz o autor do código, facilmente se revela no tocante a importância do bem de raiz, como forma de economia e garantia familiar: “Os imóveis podem oferecer uma base mais segura ao bem estar da família ou, pelo menos, lhe proporcionarão um abrigo na desventura, e não acarretam obstáculos prejudiciais à circulação e desenvolvimento das riquezas as restrições postas ao direito de livre disposição

¹⁰⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. Vol. II, Campinas: Bookseller, 2001, p. 43: “A mulher podia ter profissão – médica, jurídica, industrial, comercial, ou qualquer que fosse – mas precisava para exercê-la, de permissão para o marido, porque a profissão trazia encargos comuns para os quais era necessário, em princípio, autorização marital, a fim de que tivessem valor jurídico”.

¹⁰⁸ Artigo 233 do Código Civil de 1916: “O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe; I. A representação legal da família. II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou do pacto antenupcial (art. 178, parágrafo 9º, n. I, c, 274, 289; n. I; e 311. III. O direito de fixar e mudar o domicílio da família (art. 36). IV. O direito de autorizar a profissão da mulher, e a sua residência fora do teto conjugal (art. 231, n. II; 242. n. VII; 243 a 245 n.II, e 247, n. III). V. Prover a manutenção da família, guardada a disposição do art. 277” in BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. 10ª. ed. atualizada por Achiles Beviláqua, 1953, Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, Vol. 2, p 110-111.

¹⁰⁹ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. Bahia: Universidade da Bahia, 1958, p. 23

delles. É o lar, a terra *nutrix*, que o código defende das possíveis delapidações, no interesse da família; mas sem retirar os bens do commercio, instituindo apenas, a fiscalização, por um dos cônjuges dos actos do outro¹¹⁰”.

A função ordinária da mulher era doméstica, sendo-lhe permitido nessa função, inclusive fazer compras a crédito e obter empréstimo para adquirir coisas do lar, porém aquelas que possuíam rendas, ou seja, que eram independentes sob o ponto de vista financeiro ou eram portadoras de diploma de nível superior eram parcas exceções¹¹¹.

Também optou o legislador em excluir da comunhão do casamento, qualquer que fosse o regime, entre outros bens e direitos, no artigo 263, I do CC/1916, as pensões, meios-soldos, montepios, tenças e outras rendas semelhantes, que por seu “caracter pessoal, são incommunicáveis, no sentido de que não se transmittem de um cônjuge ao outro, nem se podem partilhar. Os frutos, porém, entram para comunhão, à medida que são percebidos”¹¹².

A análise dos demais artigos do Código Civil que tratam do Direito de Família demonstra que a codificação foi elaborada observando as mudanças sociais ocorridas no século XIX, do incremento de uma vida urbana que oferecia novas alternativas, organizando a família com poderes limitados do patriarca, que passou a dividir sua autoridade, sem, contudo, haver a equidade de tratamento, ante a posição secundária da mulher, inferior e distinta da ocupada pelos homens.

¹¹⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. 10ª. ed. atualizada por Achiles Beviláqua, 1953, Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, Vol 2, p. 110-111.

¹¹¹ AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Estudo histórico da condição da mulher no direito luso-brasileiro desde os anos mil até o terceiro milênio**. São Paulo : Ediotora Revista dos Tribunais; Osasco,SP : Centro Universitário FIEO – UNIFIEO, 2001, p. 63.

¹¹² BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. 10ª. ed. atualizada por Achiles Beviláqua, 1953, Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, Vol 2, p 177-178.

O decréscimo de despotismo do marido e do pai de família, no intuito de “simetrização” entre o homem e a mulher não foi suficiente para extirpar desigualdades no Código Civil de 1916, cujo comentário auspicioso de Pontes de Miranda sobre a lei sociológica cabe-nos transcrever:

Também é digna de nota a parte da física social que estuda os fatos de *simetria* na evolução jurídica. É fundamental que o ser se simetriza com a sua função, donde a simetria intra-individual, do que resulta assimetrizar-se com os outros sêres, sujeitos como ele, a simetrização intra-individuais. Quando a mulher tem o seu mister econômico, mais importante que o do homem, nenhuma ou pouca diferença existe entre o seu tamanho e o do varão, ao que corresponde, na morfologia social da família, preponderância jurídica da mulher. Quando a missão econômica do homem sobrepuja a da mulher, relegada à vida sedentária e submissa, caracteriza-se a diferença de tamanho, bem como o despotismo do poder marital¹¹³.

Em suma, inobstante o interesse na simetrização da relação entre os cônjuges, pelo reconhecimento do princípio da igualdade jurídica previsto na constituição federal, o desequilíbrio econômico-político havido entre homem e mulher, viabilizou a elaboração de leis discriminatórias fundamentadas em comportamentos de uma sociedade letrada, ainda patriarcal, que não perdera seu caráter privatista apesar de golpeada com a abolição da escravatura. O Código Civil apreendeu o modelo de família representada pelos sentimentos de filosofia da classe senhorial – a dominante na época¹¹⁴, acrescida a discrepância econômica ainda dominada pelos homens que detinham o poder.

¹¹³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito Privado**. Parte Especial, Tomo VII. 4ª. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983.

¹¹⁴ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. Bahia: Universidade da Bahia, 1958, p. 33-34.

1.4.3. Da industrialização ao capitalismo avançado

“No Brasil, onde imperou desde os tempos remotos, o tipo primitivo da família patriarcal, o desenvolvimento da urbanização – que não resulta unicamente do crescimento das cidades, mas também dos meios de comunicação, atraindo as vastas áreas rurais para a esfera de influência das cidades – ia acarretar um desequilíbrio social, cujos efeitos permanecem vivos até hoje”¹¹⁵.

Com efeito, a crise de desemprego que ocorre na Europa na passagem do século, traz ao Brasil sete milhões de europeus. Quatro meio milhões fixaram definitivamente residência no país, principalmente em São Paulo, promovendo o primeiro surto de industrialização, cuja expansão para gradativamente a substituição da importação de mercadorias¹¹⁶.

A urbanização foi caótica provocada pela evasão da população rural sem a respectiva atratividade das cidades. “Chegamos, assim, à loucura de ter uma das maiores cidades do mundo, tais como São Paulo e Rio de Janeiro, com o dobro da população de Paris ou Roma, mas dez vezes menos dotada de serviços urbanos e de oportunidade de trabalho”¹¹⁷.

¹¹⁵ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26ª. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p.145

¹¹⁶ RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro; evolução e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 194.

¹¹⁷ RIBEIRO, Darcy. **Obra citada**, p. 198: “No Brasil, vários processos já referidos, sobretudo o monopólio da terra e a monocultura, promovem a expulsão da população do campo. No nosso caso, as dimensões são espantosas, dada a magnitude da população e a quantidade imensa de gente que se vê compelida a transladar-se. A população urbana salta de 12,8 milhões, em 1940, para 80,5 milhões, em 1980. Agora é de 110,9 milhões. A população rural perde substância porque passa, no mesmo período, de 28,3 milhões para 38,6 e é, agora, 35,8 milhões. Reduzindo-se, em números relativos, de 68,75 para 32,4% e para 24,4% do total. Conforme se vê, vivemos um dos mais violentos êxodos rurais, tanto mais grave porque nenhuma cidade brasileira estava em condições de receber esse contingente espantoso de população. Sua conseqüência foi a miserabilidade da população urbana e uma pressão enorme na competição por empregos”.

No início do Século XX, sobretudo em São Paulo e Rio de Janeiro, os grupos internacionais passam a investir no Brasil e a indústria têxtil se expande. Há em São Paulo uma grande greve geral, cuja pauta de reivindicações incluem aumento de salários, descanso semanal remunerado, garantia de emprego e questões relativas aos problemas do trabalho de menores e mulheres¹¹⁸.

Em meio à crise mundial, a qual o Brasil se inseriu, tanto política, como econômica e social, irrompe em 03 de outubro de 1930, movimento de cunho revolucionário¹¹⁹ o qual transmitiu em 03 de novembro o governo ao Dr. Getúlio Dornelles Vargas, que organizou a nova República, finalizando o falido modelo liberal puro, com a elaboração de uma Constituição, promulgada em 16 de julho de 1934¹²⁰.

¹¹⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história: lições introdutórias**. 3ª. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 349: “Já em 1919, regula-se apenas a indenização por acidentes do trabalho e em 1925 concede-se os 15 dias anuais de férias a empregados da indústria e comércio.

¹¹⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p.62: “Os desdobramentos desses fatos também são de sobejo conhecidos. O partido derrotado, cômico de ter ao seu lado parcela importante da população irressignou-se com o resultado, partindo para a disputa pelas armas que, afinal, lhe deram razão. Na verdade, contudo, a interpretação do fenômeno de 1930 como uma quizília entre governadores caprichosos é por demais simplista e não faz jus as profundas causas que vinham minando a constituição de 1934. Fatores outros, de soberba importância, colaboraram para consecução, com feito, o sistema eleitoral existente à época, controlado pelas oligarquias locais, não contava com a confiança dos cidadãos. Conforme bem salientara Araújo Castro em **A nova constituição brasileira**, ao tratar do tema ‘Justiça Eleitoral’ urgia que se fizesse desaparecer o falseamento da democracia. Tornara-se inadmissível que o reconhecimento dos eleitos fosse efetivado pelo próprio poder político, representado pelo legislativo. Era imperativo que o conceito de conveniência do partido político fosse substituído pelo de justiça, conforme o direito. O voto descoberto, a desorganização e a indisciplina reinantes nos partidos locais, todos à mercê dos ‘coronéis’, industriais e banqueiros, haviam acabado por desnaturar o mandato político. O direito à participação política das mulheres, de há muito reivindicado, não encontrava eco entre os detentores do poder, incompatibilizando-os com parcela significativa da sociedade. Em que pese a importância do Judiciário, capaz, segundo Lopes Gonçalves, de por si só ‘conduzir o país a culminância da grandeza e da mais ampla prosperidade, desde que tenha a sua organização traçada com alta elevação, o melhor método possível e as mais sólidas garantias’, notória era a falta de autonomia de que padecia à época. O princípio da vitaliciedade era relativo e na inamovibilidade quase que insubsistente, pondo em risco a independência da decisão de seus membros.

Por outro lado, a crise econômica de 1929, bem como de surgimento de movimentos sociais pleiteando melhores condições de vida, trabalho e distribuição de renda, geraram controvérsias quanto à validade da democracia liberal e do liberalismo econômico. Conseqüências diretas deste quadro foram o surgimento de correntes extremas, tanto de direita, quanto de esquerda, e a eclosão de regimes fortes em diversas partes do globo. O movimento interrompido em São Paulo em 09 de julho de 1932, chamado de ‘Constitucionalista’,

As principais alterações ocorridas na Carta Magna - instituidora da democracia social, inspirada e tendo como paradigma a Constituição de Weimar¹²¹ - na seara do direito de família, foram o voto secreto e o sufrágio feminino¹²², além da instituição de normas reguladoras da ordem econômica e social da família no Título V, que declarou expressamente o casamento indissolúvel (artigo 144) e reconheceu como válida sua celebração perante autoridade religiosa, desde que o rito não contrariasse a ordem pública e os bons costumes, bem como o reconhecimento dos filhos naturais não adúlteros¹²³.

A constituição democrática e social de 1934 foi revogada com o golpe de Estado promovido pelo Presidente da República, em 10 de novembro de 1937. O Brasil se vê debaixo de uma nova carta outorgada que não obstante ter sido influenciada pelo regime

embora não tenha alterado a data fixada para convocação da assembléia, traduziu-se sem dúvida, num elemento de pressão para que ela se cumprisse.

O trabalho desenvolvido pelos constituintes em função do alto nível de seus membros, dos acirrados debates travados e perpetuados nos Anais da Constituição de 1934, acabou por traduzir-se em fonte de grande significação jurídica, de alto valor científico. A Constituição foi promulgada com a aprovação final da redação, em 16 de julho de 1934”.

¹²⁰ OLIVEIRA. José Sebastião de. **A família e seus fundamentos constitucionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 40.

¹²¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p.63.

¹²² Art 108 - São eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de 18 anos, que se alistarem na forma da lei. Texto extraído do site:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm acesso em 29 de novembro de 2009.

¹²³ Constituição dos Estados Unidos do Brasil, decretada em 10 de novembro de 1937. “Art. 144: A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Parágrafo único: A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso *ex officio*, com efeito suspensivo. Art. 145: A lei regulará a apresentação pelos nubentes de prova de sanidade física e mental, tendo em atenção as condições regionais do País. Art. 146: O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento. Parágrafo único: Será também gratuita a habilitação para o casamento, inclusive os documentos necessários, quando o requisitarem os Juizes Criminais ou de menores, nos casos de sua competência, em favor de pessoas necessitadas. Art. 147: O reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e a herança, que lhes caiba, ficará sujeita, a impostos iguais aos que recaiam sobre a dos filhos legítimos”; in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm, acesso em 29 de novembro de 2009.

fascista de Mussoline¹²⁴, não realizou grandes modificações na área do Direito de Família, salvo proteção da prole que deveria ser realizada pelos pais conjuntamente com o Estado, que se posicionou na condição de tutor da infância e juventude em substituição aos pais na hipótese de caracterização de abandono¹²⁵.

Contudo, a partir de 1934, o direito privado passa a conhecer alguma mudança, a proteção da família, iniciando com o Decreto-Lei n. 3.200, de 19.4.1941¹²⁶, que entre outras disposições estabelece o mútuo para aquisição de casa própria aos nubentes ou aos casados e o Decreto n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, estabelece as regras gerais de direito internacional privado e de interpretação da lei, constituindo a “Lei de Introdução ao Código

¹²⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p.69.

¹²⁵ Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 10 de novembro de 1937: “Art 124: A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos. Art. 125: A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular. Art. 126: Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais. Art. 127: A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades. O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral. Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole” *in* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm, acesso em 29 de novembro de 2009.

¹²⁶ Que entre outras regras autoriza o casamento de colaterais até o terceiro grau, regulariza o casamento religioso com efeito civil, cuja celebração é gratuita; autoriza o desconto de pensão alimentícia fixada judicialmente em folha de pagamento; estabelece a concessão de mútuo para aquisição da casa própria aos nubentes, e aos casados, dando preferência aos com prole numerosa; fixa regras para o reconhecimento dos filhos naturais, inclusive determinando a sua guarda e o dever de alimentos, equiparando-os aos filhos legítimos; estabelece a sucessão no regime da comunhão; institui o bem de família; fixa regras para abatimento na mensalidade dos estabelecimentos de ensino conforme o número de filhos; estabelece abonos às famílias com prole numerosa; estabelece acréscimo de imposto aos solteiros maiores de 25 anos, ou aos casados sem filhos, ou se tiver apenas um filho com 45 anos de idade; subvenção às entidades assistenciais às famílias em situação de miséria, entre outras medidas, para estimular a natalidade e o compromisso do Poder Público em proteger as famílias em risco social.

Civil”, que vige até hoje, introduzindo em seu artigo 5º. que o juiz ao julgar deve interpretar a lei de acordo com o seu fim social¹²⁷.

O Decreto-lei n. 9.701 de 3-9-1946, que dispõe sobre a guarda de filhos menores no desquite judicial¹²⁸ é editado às vésperas da próxima Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 18 de setembro de 1946, que mantém as mesmas características da anterior, reiterando a indissolubilidade do casamento como ato preponderante na constituição da sociedade conjugal ou familiar, em consonância com o pensamento da igreja católica¹²⁹.

A ausência de inovação no conceito de família e a manutenção do vínculo indissolúvel no texto constitucional acarretaram inúmeras críticas da doutrina em face da incoerência ante os avanços já conseguidos com os povos de outras nações¹³⁰.

¹²⁷ BRASIL. Decreto Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil: “Art. 5º: Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige ‘as exigências do bem comum”

¹²⁸ BRASIL. Decreto-lei n. 9.701 de 3-9-1946: “Art. 1º No desquite judicial, a guarda de filhos menores, não entregues aos pais, será deferida a pessoa notoriamente idônea da família do cônjuge inocente, ainda que não mantenha relações sociais com o cônjuge culpado, a quem entretanto será assegurado o direito de visita aos filhos”.

¹²⁹ OLIVEIRA. José Sebastião de Oliveira. **A família e seus fundamentos constitucionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 59.

¹³⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**, Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947, v. IV, p. 87: “No garantir como instituição o texto caracterizou o casamento como indissolúvel. A grosseria na feitura do preceito aponta-a como algo incoerente. A família é protegida como instituição; mas a alusão do casamento poderia levar a pensar-se que só existe família onde houve casamento em que se fundasse e, ainda mais, que tal casamento há de ser indissolúvel. Seria absurdo ir-se até aí. O Estado protege a família, como instituição, e se a proteção, que se lhe recomenda no texto, só pudesse recair na família constituída pelo casamento indissolúvel, teríamos que a Constituição de 1946, bem como a de 1934 e a de 1937, não quis proteger a família como instituição, mas apenas as famílias que estivessem por laço o casamento indissolúvel. Mas, país de imigração, o Brasil possui no seu território muitas famílias, com alguns ou quase todos membros brasileiros, oriundos de casamentos não-indissolúvel (e.g., de casal inglês, alemão, francês, norte-americano, português), seguir-se-ia que tais famílias estariam fora da proteção do Estado. Não só a expressão constituída pelo casamento indissolúvel’ está fora de lugar, como também só se pode referir ao casamento de brasileiro. Porque sobre a extensão do casamento dos estrangeiros, o Brasil não tem competência legislativa. Ainda que adote a lei do domicílio como lei-conteúdo, não pode o Brasil deixar de reconhecer o casamento dissolúvel dos estrangeiros, nem conferir indissolubilidade a casamento de estrangeiros casados no estrangeiro que vêm domiciliar-se no Brasil”.

Não obstante, o teor conservador da Constituição de 1946 em relação à família, houve a imperiosa necessidade de regulamentar a situação das pessoas que não constituíam laços afetivos e consanguíneos regulares, através de inúmeras leis, mas com a devida proteção ao matrimônio. Assim, promulgado o Decreto-lei no. 7.036 de 10 de novembro de 1944, art. 21, parágrafo único, dispôs que a companheira mantida pela vítima terá os mesmos direitos do cônjuge legítimo, caso este não exista ou não tenha direito ao benefício, desde que haja sido declarada como beneficiária na carteira profissional ou em qualquer outro ato solene de declaração de vontade de acidentado. A Lei 883, de 21-10-1949, permitiu o reconhecimento e a investigação de paternidade do filho adulterino depois de dissolvida a sociedade conjugal, além de reconhecer a filiação fora do casamento. A Lei 968, de 10-12-1949, estabelece a fase de conciliação prévia nos desquites e na ação de alimentos no casamento. A Lei 3.133, de 8-5-1957, atualizou a adoção e a Lei. 4.655, de 2-6-1965 permitiu e regulamentou a adoção dos menores abandonados ou dos pais destituídos do pátrio poder.

Destaca-se, as outras inúmeras leis reconhecendo as uniões entre homem e mulher, não casados, denominado à época “concubinato puro”, concedendo-lhes proteção através de benefícios previdenciários¹³¹, o direito de usar o nome do companheiro e indicar os bens da companheira na própria declaração de bens¹³².

¹³¹ Vide “Art. 5º, § 3º, ‘d’ da Lei 4.069, de 11 de junho de 1962; art. 3º, d da Lei 4.297, de 23-12-1963; art. 4º, parágrafo único da Lei 6.194, de 19 de dezembro de 1974; art. 4º, letra a do Decreto-Lei 76.022, de 24 de julho de 1975 e art. 14 do Decreto n. 77.077, de 24-1-1976.

¹³² Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 57 e parágrafos.

Apenas em 1962, depois de dez anos tramitando na Câmara dos Deputados¹³³, através da Lei 4.121, a mulher casada foi emancipada. A necessidade legislativa se deu pelo modelo econômico desenvolvimentista, que visava aumentar o consumo interno através do acesso da mulher ao crédito, e a sua inserção no sistema financeiro e comercial¹³⁴.

É certo que o Estatuto da Mulher casada não equiparou homens e mulheres. A chefia do casal e da família mantinha-se com o marido, com apenas a contribuição de sua mulher¹³⁵, mas o texto é louvável ante a importante alteração legislativa que suprimiu a incapacidade civil da mulher casada, competindo-lhe agora, sem autorização marital, fazer testamentos, propor ação de anulação de casamento, de desquite, de alimentos, bem como e, principalmente, estava ela autorizada a praticar todos os atos inerentes à profissão lucrativa distinta da do marido¹³⁶.

Nos artigos que regulavam os regimes de bens no casamento, foram acrescentados na espécie de bens comunicáveis, os adquiridos através do produto do trabalho exclusivo da

¹³³ Projeto de Lei 2.804 de 1952 de autoria do Deputado Federal Nelson Carneiro.

¹³⁴ RODRIGUES, Maria Alice. **A mulher no espaço privado: da incapacidade à igualdade de direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.100, **apud** BARSTED, Leila de A. Linhares. *Mulheres, Direitos Humanos e Legislação: onde está nossa cidadania?* In: VARGAS, Mônica Munhoz e Heleieth Saffioti (org.) **Mulher Brasileira é Assim**. Rio de Janeiro: Delphos, 1994, p.9.

¹³⁵ Estatuto da mulher casada (Lei 4.121 de 27.08.1962): Art. 233: “O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251). Compete-lhe: I - A representação legal da família; II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto, antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I e 311); III - o direito de fixar o domicílio da família ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao Juiz, no caso de deliberação que a prejudique; IV - prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277”.

¹³⁶ Idem: “Art. 246. A mulher que exercer profissão lucrativa, distinta da do marido terá direito de praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e a sua defesa”.

mulher que exercia profissão lucrativa, distinta da do marido, denominados bens reservados, bem como os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos¹³⁷.

Também no intuito de proteger o patrimônio adquirido com esforço único da mulher, através de trabalho remunerado, os bens reservados não responderiam pelas dívidas assumidas pelo marido, exceto que revertesse em benefício da família¹³⁸.

Com esse novo regramento, a mulher casada passava a ter a possibilidade de constituir patrimônio autônomo, administrado exclusivamente por ela, independente do regime de bens. O Estatuto trouxe ainda alteração no direito sucessório, no intuito de

¹³⁷ *Ibidem*: “Art. 263. São excluídos da comunhão: I - As pensões, meios soldos montepios, tenças, e outras rendas semelhantes; II - Os bens doados ou legados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; III - Os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizar a condição suspensiva; IV - O dote prometido ou constituído a filhos de outro leito; V - O dote prometido ou constituído expressamente por um só dos cônjuges a filho comum; VI - As obrigações provenientes de atos ilícitos (art. 1.518 e 1.532); VII - As dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; VIII - As doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade (art. 312); IX - As roupas de uso pessoal, as jóias esponsalícias dadas antes do casamento pelo espôso, os livros e instrumentos de profissão e os retratos da família; X - A fiança prestada pelo marido sem outorga da mulher (artigos 178, § 9º, nº I alínea b, e 235 nº III); XI - Os bens da herança necessária, a que se impuser a cláusula de incomunicabilidade (art. 1.723); XII - **Os bens reservados (art. 246, parágrafo único);**

XIII - Os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos. (...) Art. 269. No regime de comunhão limitada ou parcial, excluem-se da comunhão: I - Os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do matrimônio por doação ou por sucessão; II - Os adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares; III - Os rendimentos de bens de filhos anteriores ao matrimônio, a que tenha direito qualquer dos cônjuges em consequência do pátrio poder;

IV - Os demais bens que se consideram também excluídos da comunhão universal" (grifo nosso).

¹³⁸ Estatuto da mulher casada: “Art. 246: A mulher que exercer profissão lucrativa, distinta da do marido terá direito de praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e a sua defesa. O produto do seu trabalho assim auferido, e os bens com êle adquiridos, constituem, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, bens reservados, dos quais poderá dispor livremente com observância, porém, do preceituado na parte final do art. 240 e nos ns. II e III, do artigo 242. Parágrafo único. Não responde, o produto do trabalho da mulher, nem os bens a que se refere este artigo pelas dívidas do marido, exceto as contraídas em benefício da família” (destaque nosso).

proteger o cônjuge supérstite, pela manutenção da posse dos bens até a efetiva partilha, a inclusão do direito real de habitação e o direito ao usufruto¹³⁹.

Saliente-se, portanto, que apesar das importantes inovações trazidas pelo Estatuto da Mulher casada, com regras protetivas à família, e principalmente à mulher em relação aos bens reservados e a recuperação da sua plena capacidade civil, o mesmo texto declara o marido como “chefe da sociedade conjugal” e mantém sob a sua autoridade a administração dos bens do casal e os particulares da mulher, a fixação do domicílio conjugal e a representação da família, devendo a mulher recorrer judicialmente sempre que as imposições do marido não lhe fossem convenientes ou prejudicasse a família¹⁴⁰. Mantendo a estrutura hierarquizada, não obstante a lei reconhecê-la como companheira, cumprindo-lhe velar pela direção moral e material da família, a mulher tornou-se mera colaboradora do marido em relação aos encargos da sociedade conjugal¹⁴¹.

¹³⁹ Obra citada: “Art. 1.579: Ao cônjuge sobrevivente, celebrado sobre regime da comunhão de bens cabe continuar até a partilha na posse da herança com o cargo de cabeça do casal. § 1º Se porém o cônjuge sobrevivo for a mulher, será mister, para isso que estivesse vivendo com o marido ao tempo de sua morte, salvo prova de que essa convivência se tornou impossível sem culpa dela (...). Art. 1.611. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estavam desquitados. § 1º O cônjuge viúvo se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filho deste ou do casal, e à metade se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do “de cujus”. § 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar”.

¹⁴⁰ Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121 de 27.08.1962): “art. 233: O Marido é chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (art. 240, 247 e 251). Compete-lhe: I - A representação legal da família; II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto, antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I e 311); III - o direito de fixar o domicílio da família ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao Juiz, no caso de deliberação que a prejudique; IV - prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277”.

¹⁴¹ Estatuto da mulher casada (Lei 4.121 de 27.08.1962): “Art. 240. A mulher assume, com o casamento, os apelidos do marido e a condição de sua companheira, consorte e colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta”.

Ao conservar o marido na função de autoridade de chefe da família, evidenciou-se a condição de inferioridade da mulher que precisaria recorrer ao judiciário para fazer valer os seus direitos e interesses, mas isso “de forma alguma representava uma prerrogativa viável, pois sua atitude revelaria por si só a própria falência da sociedade conjugal”¹⁴².

Não obstante, o reconhecimento que a condição de inferioridade da mulher no casamento não se tratar de um direito natural, mas decorrente da lei, justificava-se a necessidade do homem chefiar a sociedade conjugal “por motivos de interesses públicos da família”¹⁴³, ou seja, a manutenção do poder patriarcal.

Com novo golpe de Estado, domina o poder um Comando Militar Revolucionário, cujo presidente eleito para um período de três anos, Marechal Humberto de Alencar Castello Branco, governou com base em inúmeros atos institucionais e atos complementares, “que tornaram incompulsável o Direito Constitucional então vigente”¹⁴⁴, se fazendo necessária a elaboração de nova carta constitucional, promulgada em 24.1.67, que durou apenas 02 anos, ante a promulgação de novo texto constitucional através de Emenda Constitucional n. 01, que “teórica e tecnicamente não se tratou de emenda, mas de uma nova constituição, servindo a emenda apenas como mecanismo de outorga”¹⁴⁵.

¹⁴² RODRIGUES, Maria Alice. **A mulher no espaço privado: da incapacidade à igualdade de direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.104.

¹⁴³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito de Família**, Vol II. Campinas: Bokseller, 1991, p. 63: “O matrimônio tem para o homem e para a mulher os mesmos efeitos, se bem que mais exigentes e extensos para a mulher que para o marido. Cessada a união legal, readquire o outro cônjuge a sua completa liberdade. Donde conclui-se que a limitação à situação da mulher casada, não é de direito natural, mas de direito civil; não é subjetiva, e sim, objetiva; não se origina de defeito, pois são capazes as viúvas e as solteiras maiores, mas da importância de certos atos da vida civil”.

¹⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direitos Constitucional Positivo**. São Paulo: Editora Malheiros. 19ª. ed. revista e atualizada, p. 86.

¹⁴⁵ Obra citada, p. 87

Intitulada de Constituição da República Federativa do Brasil, a Emenda Constitucional n. 1 à Constituição de 1967, entrou em vigor em 30.10.69, dando amplos poderes ao Presidente da República¹⁴⁶, bem como, entre outras mudanças: reduziu a autonomia individual, ao permitir a suspensão de direitos e de garantias constitucionais; limitou o direito a propriedade ao autorizar a desapropriação mediante pagamento de indenização por títulos da dívida pública, para fins de reforma agrária e definiu mais eficazmente os direitos dos trabalhadores¹⁴⁷.

Em matéria de Direito de Família praticamente o texto restou inalterado comparados às constituições anteriores, mantendo a indissolubilidade do casamento civil e a gratuidade de sua celebração, porém houve no texto constitucional da supressão da palavra “apenas” quando se tratou da formação da família que seria protegida pelo Estado.

O artigo 175 da Constituição Federal de 1969 restou assim redigido: “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos poderes públicos”, dando ensejo ao reconhecimento da constituição da família por forma diversa que o matrimônio indissolúvel¹⁴⁸.

Previsto também constitucionalmente a igualdade dos cidadãos sem distinção de “sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas”¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Segundo o professor Paulo Bonavides: “nenhuma Constituição em toda nossa história republicana deu tantos poderes ao Presidente da República quanto a de 1967, seguida da Emenda Constitucional de 1969, que lhe trouxe um reforço caudaloso”. BONAVIDES, Paulo. A Constituição de 1824, apud BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p.81.

¹⁴⁷ SILVA, José Afonso, idem, p. 87.

¹⁴⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: RT, 1968, v. VI, art. 167, p. 306-307.

¹⁴⁹ Constituição da República Federativa do Brasil de 17-10-1969, art. 153, parágrafo 1º.

Entretanto, significativo momento de mudança no Direito de Família brasileiro aconteceu com a promulgação da Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, intitulada “Lei do Divórcio”, que ao reconhecer a dissolução da sociedade conjugal, possibilitou a legalização para um enorme contingente de pessoas que estavam separadas legalmente ou mesmo de fato e viviam em concubinato com os novos pares.

A possibilidade legislativa se deu pela Emenda Constitucional 9, de 28.6.1977 que ao dar nova redação ao artigo 175, parágrafo primeiro, da então vigente Constituição Federal, autorizava a dissolução do casamento, nos termos da lei, desde que o casal possuísse três anos de prévia separação judicial ou cinco anos de separação de fato.

A Lei do divórcio, expressando as demandas do movimento feminista brasileiro, estabeleceu tratamento igualitário entre homem e mulher quando da dissolução da sociedade conjugal que, sem dúvida se tratou de um avanço, embora “não se possa ignorar o paradoxo da conquista, isto é, tem-se uma separação e um divórcio com aplicações de normas igualitárias para dissolver um casamento em que imperou a desigualdade nas relações entre marido e mulher”¹⁵⁰, obrigando, conseqüentemente, a igualdade formal prevista no texto constitucional em detrimento a material ou real¹⁵¹.

Certo também, que não havia à época a aplicação do princípio isonômico, previsto no texto constitucional, na interpretação do direito civil ante a prevalência da visão privatista

¹⁵⁰ RODRIGUES, Maria Alice. **A mulher no espaço privado: da incapacidade à igualdade de direitos**. Rio de Janeiro; Renovar, 2003, p. 106.

¹⁵¹ Vide item 1.3, p. 27-31.

em detrimento da ótica publicista¹⁵², impedindo, inclusive, a interpretação sistemática da lei, através dos princípios fundamentais.

Porém é certo que apesar das enormes mudanças, no sentido de ao menos a lei reconhecer a igualdade entre os cônjuges, algumas regras permaneceram resquício da mentalidade que ainda havia necessidade da unidade de direção, para que haja harmonia familiar, sendo assim, o homem permanece como chefe da família e, portanto, garantidor da ordem para manter o grupo, dois artigos foram reeditados em que evidencia a mentalidade da época.

Primeiro a nova redação do artigo art. 186 do Código Civil (1916) que estabeleceu a prevalência da vontade do pai, sobre a da mãe, no caso de discórdia sobre consentimento para o filho menor casar. A opção paterna somente não vigorará se o casal estiver separado, divorciado ou tiver sido o seu casamento anulado, pois nestes casos prevalecerá a vontade do guardião¹⁵³.

Bem como a manutenção do artigo 240 do Código Civil, em que: “a mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta”.

¹⁵² TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. Temas de Direito Civil*. 4ª. ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, ao abordar o tema após a promulgação da Constituição de 1988, mas que demonstra a nossa tradição de descompatibilizar e tratar como direitos distintos, a “suma divisio” entre o direito público e o privado: “Já é o terceiro aniversário da Constituição da República e os civilistas permanecem com o dever inadiável de compatibilizar o Código Civil e a legislação especial ao texto constitucional. Embora proclame-se de maneira quase unânime a supremacia constitucional na atividade hermenêutica, o certo é que o direito civil brasileiro não soube ainda incorporar o texto maior em sua práxis”. A leitura de inúmeros consagrados autores civilistas da época, Silvio Rodrigues, Washington de Barros Monteiro, Lafayette Coutinho, Arnold Wald, Antonio Chaves, quando citavam o texto constitucional o faziam apenas para ratificar a indissolubilidade do casamento, ou forma que ele deveria ser constituído, sem fazer uma análise dos direitos fundamentais.

¹⁵³ Lei. 6515/77: “Art. 186 - Discordando eles entre si, prevalecerá a vontade paterna, ou, sendo o casal separado, divorciado ou tiver sido o seu casamento anulado, a vontade do cônjuge, com quem estiverem os filhos.”

Ou seja, conforme já abordado anteriormente, colaborador não significa mando. A mulher adquiriu autonomia no pedido de ruptura da vida conjugal, inclusive com prevalência da guarda dos filhos sobre a vontade paterna, quando ambos forem considerados culpados pelo rompimento da união, mas quanto à direção do lar conjugal, permaneceram inalteradas as regras já existentes¹⁵⁴.

Não houve alteração no seu **poder de administrar** os bens comuns e os particulares da mulher, mas, como passou a ter o dever de velar pela direção material da família, se tornou inequívoco o seu direito de promover a anulação dos atos que o marido pratique abusando desse poder ou dele desviando, mas só se comprovar, evidentemente, má-gestão.

Orlando Gomes, bem explica a situação da equiparação legislativa entre os cônjuges: “Pouco adianta eliminar restrição à sua capacidade, elevando-a, na *ordem* pessoal, ao nível do homem se o marido prossegue sendo o administrador dos bens comuns e dos particulares dela própria, com larga margem de poder. Não tendo, na *ordem patrimonial*, os mesmos direitos do marido, sua posição inda é inferior. Conquanto lhe tenham sido atribuídos certos *direitos*, como o de seu exclusivo domínio dos *bens reservados*, não se igualou ao homem. Nessa esfera continua ‘*seigneur el maître*’ ”¹⁵⁵.

¹⁵⁴ GOMES, Orlando. **Direitos de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.142: “Subsiste a hierarquia na sociedade conjugal, não obstante a reforma que assegurou a mulher posição mais favorável. Continua o marido a ser o chefe da família”.

¹⁵⁵ GOMES, Orlando. **Direitos de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.149. Cabe-nos ainda como exemplo da “reserva do poder marital sobre a mulher”, quando da ratificação da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação da Mulher, em 1984, o Brasil como país signatário apresentou reservas ao artigo 15, que assegurava a homens e mulheres o direito de, livremente escolherem seu domicílio e residência, bem como ao artigo 16 que estabeleceu igualdade entre homens e mulheres, no âmbito do casamento e das relações familiares. Apenas “em 20 de dezembro de 1994, o Governo informou o Secretário-Geral das Nações Unidas acerca da eliminação das aludidas reservas” in PIOVESAN, Flavia. **Temas de Direitos Humanos**. 3ª. ed.. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 212.

Assim, a Lei do Divórcio, foi composta de 54 artigos, divididos em quatro capítulos que tratam respectivamente: I. Da dissolução da sociedade conjugal (dos efeitos da separação judicial, da proteção da pessoa dos filhos, do uso do nome e dos alimentos), II. Do divórcio, III. Do processo, IV. Das disposições transitórias, na qual constou, entre outras regras, a alteração do artigo 286 do Código Civil de 1916, estabelecendo que o regime da comunhão parcial de bens passa a ser o legal, em substituição ao regime da comunhão universal¹⁵⁶.

A alteração veio ao encontro da doutrina mais recente que sustentava a introdução do regime da comunhão de aquestos na nossa legislação, inclusive já previsto no Anteprojeto do Código Civil, elaborado por Miguel Reale (art. 1.838), e no direito português, pelo artigo 1.717 do Código Civil¹⁵⁷.

A modificação se deu exclusivamente no regime legal ao ser adotado na ausência de pacto antenupcial, mantendo os mesmos preceitos sobre quais bens permanecem ou são excluídos do acervo patrimonial que comunicaria ao casal.

A partir do processo de redemocratização do País que se deu em 1985, o início de uma nova fase para o Brasil da Nova República, é promulgada a Constituição Brasileira de 1988, chamada de constituição cidadã, é considerada o marco jurídico de transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos. Como princípio fundamental, consagra, dentre outros objetivos do Brasil, construir uma sociedade justa livre e solidária,

¹⁵⁶ Lei 6515/77: “Art. 258 - Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial”.

¹⁵⁷ WALD, Arnold. **Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família**. 8ª. Edição Revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 120.

mediante a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem-estar de todos, sem quaisquer forma de discriminação (art. 3º. I, III e IV)

As mudanças sociais exigiram adaptação normativa por parte do Estado. Os grupos sociais, entre eles o movimento feminista brasileiro, passavam a fazer parte integrante dessa mudança legislativa e social, denunciando desigualdades e propondo políticas públicas¹⁵⁸.

O êxito do movimento de mulheres se deu tanto para assegurar no âmbito constitucional o direito a igualdade entre homens e mulheres em geral (art. 5º., I) e especificamente no âmbito familiar no exercício de direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (art. 226, §5º).

Em relação à entidade familiar, é reconhecida expressamente a união estável e o especial dever do Estado na proteção à família (art. 226 *caput*, e 266, § 3º), bem como a redução do prazo para a dissolução do casamento pelo divórcio (art. 226, § 6º.).

No esteio das regras constitucionais foram editadas: a Lei n. 8.009, de 2.3.1990, que ampliou a proteção do bem de família; as Leis nº 7.841, de 17.10.1989 e 8.408, de 13.2.1992, que reduziu os prazos para concessão da separação judicial e para o divórcio, bem como a possibilidade de manutenção do nome do marido após a dissolução conjugal e finalmente as Leis 8.971, de 29.12.1994, e 9.278, de 10.5.1996, que definiram os direitos e deveres dos companheiros que vivem em união estável.

Por fim, em 2002 editou-se o Código Civil que dispendo sobre as relações privadas, estabeleceu as regras de direito de família, mantendo observado o princípio da igualdade nas

¹⁵⁸ BARSTED, Leila Linhares, Lei e realidade social: igualdade x desigualdades, in **As mulheres e os direitos humanos**. Rio de Janeiro: Cepia, 2001, p.35.

relações conjugais, nas quais se destaca a direção conjunta da sociedade conjugal e administração dos bens comuns, bem como no exercício do poder familiar.

Contudo, cumpre salientar, pelo tema escolhido, que em relação ao regime de bens entre os cônjuges foram realizadas algumas tímidas mudanças muito aquém da atual realidade social, visto que praticamente manteve-se inalterada o teor da legislação desde o Código Civil de 1916, não acompanhando a evolução econômica e social havida em todo o período, desde a fase pré-industrial ao atual estágio do capitalismo avançado¹⁵⁹.

¹⁵⁹ GOMES, Orlando. **Direitos de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, a fls. 18, o autor cita seu livro a classificação da socióloga Italiana Laura Balbo, extraída da obra **Stato di Famiglia. Bisogni Privatto Coletivo**, Milão, 1976, p. 22: “Na fase pré-industrial, o papel da família consiste, nessa perspectiva, no exercício da atividade produtiva, inconfundível. O grupo familiar produzia praticamente tudo o que consumia. A casa era o centro da produção doméstica, da qual participam todos os membros. Dessa função básica resultavam determinadas condições sociais e a execução de certas funções institucionais sob a chefia autocrática, como a proteção, a assistência, a educação e o aprendizado da prole. Na fase da revolução industrial, a família deixa de exercer atividade produtiva. A produção doméstica é substituída pela produção fabril. Nos primeiros tempos, o trabalho das mulheres e dos menores nas fábricas chega a anular, como diz L. Balbo, a própria realidade da vida familiar. Modifica-se, afinal, o seu papel. Nessa fase do capitalismo avançado, a organização familiar caracteriza-se pela ampliação das tarefas de satisfação das necessidades de seus membros e pela institucionalização das atividades e da lista de prestações para satisfazê-las (alimentares, sanitárias, higiênicas, educativas). Muitas prestações que eram próprias da família passaram a ser executadas por terceiros. Em síntese: a família de hoje tem principalmente função de consumo; objetivo do bem estar se converte em uma necessidade política, todos aspirando à saúde, alimentação, repouso, lazer, instrução, condições toleráveis de trabalho e vida decente sem os controles sociais tradicionais”.

2. DA EVOLUÇÃO ECONÔMICA DA FAMÍLIA E A PREVIDÊNCIA PRIVADA

2.1. A influência econômica na formação da família

A influência da economia na formação da família, bem como no seu desenvolvimento e manutenção ao longo do tempo, está presa a “racionalidade econômica”, como bem concluiu o sociólogo americano William J. Goode:

Onde quer que o sistema econômico se expanda devido à industrialização, os padrões de família modificam-se; os laços de família multiplicada se enfraquecem, os padrões de linhagem dissolvem-se e uma tendência para certa forma de sistema conjugal começa, geralmente a aparecer, isto é, a família nuclear torna-se unidade de parentesco mais independente. Comentaristas modernos têm, de muitas partes do mundo, relatado este processo como um dos aspectos da ‘americanização’ da Europa ou, quiçá, do mundo¹⁶⁰.

A unidade familiar permaneceu ao longo do tempo em razão de sua finalidade econômica, sem a qual provavelmente teria desaparecido como ocorreu com outras instituições da Antiguidade. A análise econômica do Direito, parte das idéias de racionalidade e utilidade para, aplicando a metodologista positiva, prever os impactos econômicos da alocação e distribuição de bem estar de políticas legislativas, vez que as pessoas agem conforme os incentivos que percebem¹⁶¹.

¹⁶⁰ GOODE, Willian J. **Revolução mundial e padrões de família**. 1963. Trad. Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo : Companhia Editora Nacional, 1969, p. 8.

¹⁶¹ SZTAJN, Raquel. **O direito de família – Notas de análises econômicas**. Congresso Brasileiro de Direito de Família. Direito de família: a família na travessia do milênio. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira: Belo Horizonte: IBDFAM: OAB/MG: Del Rey, 2000, p. 392.

Max Weber salienta a importância da norma jurídica por resultar aos indivíduos “*oportunidades calculáveis* de manter a sua disposição bens econômicos ou de adquirir no futuro, sob determinadas condições, a disposição sobre eles¹⁶²”.

A regulamentação da previdência privada no nosso ordenamento, por se tornar um meio de propiciar garantia para o futuro econômica do indivíduo e sua família, ante a impossibilidade de manter através da previdência pública os proventos no momento da aposentadoria, veio ao encontro dos anseios de um determinado grupo social, que opta - em detrimento de outros investimentos patrimoniais - por participar de um plano de previdência¹⁶³.

O aumento em grande escala deste comportamento¹⁶⁴, cujo instituto, *prima facie*, foi concebido visando o bem estar do indivíduo e de sua família, impõe que a análise e

¹⁶² Weber, MAX. **Economia e sociedade. Fundamentos da sociologia compreensiva**. Vol I. 4ª. edição. Trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999, p 212.

¹⁶³ Weber, MAX. **Economia e sociedade. Fundamentos da sociologia compreensiva**. Vol I. 4ª. edição. Trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999, p. 217: “Para o sociólogo, os inícios sempre obscuros de regularidades efetivas e ‘costumes’ na ação social têm origem na prática – baseada em impulsos e instintos -, de um comportamento ‘adaptado’ às necessidades dadas da vida, comportamento que, em todo caso, inicialmente não estava condicionado nem foi modificado por uma norma estatuída. A intervenção crescente de ordens estatuídas constitui, para nossa consideração, apenas um componente particularmente característico daquele processo de racionalização e de formação de relações associativas, cuja extensão progressiva em todas as ações sociais teremos de examinar, em todas as área, como a força motriz mais essencial do desenvolvimento”.

¹⁶⁴ Notícia veiculada no jornal Valor On Line em 25 de novembro de 2009 informa que: “O segmento de previdência privada aberta registrou R\$ 9,5 bilhões em novos depósitos no terceiro trimestre, o que representa um crescimento de 30,79% em relação ao mesmo período do ano passado. O produto Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL) cresceu 38,58% no período e acumulou R\$ 7,5 bilhões. De acordo com a Federação Nacional da Previdência Privada e Vida (Fenaprevi), o avanço do VGBL deve-se ao fato de ser um produto indicado para o investidor que não declara imposto de renda pelo modelo completo. O Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL) - que permite a dedução de até 12% no imposto de renda da pessoa física que faz o modelo completo - apresentou crescimento de 17,24% nos depósitos no trimestre, com captação de R\$ 1,198 bilhão. A captação dos planos tradicionais, por sua vez, registrou retração de 4,85% no período com captação de R\$ 761,5 milhões. Os outros produtos de previdência (FAPI, PGRP e VGRP) captaram R\$ 4,5 milhões. No terceiro trimestre do ano anterior a captação atingiu R\$ 5,1 milhões. Os dados da Fenaprevi mostram que os planos individuais cresceram 37,91% no trimestre, com captação de R\$ 7,6

interpretação dos sistemas da previdência privada sejam realizadas através das regras ético-sociais específicas do Direito de Família.

Cabe-nos, assim, aplicar a positivação e alocá-la no intuito de distribuição de bem estar da unidade social familiar, objetivando o bem-estar geral do indivíduo como parte de uma família, “em favor de uma proteção funcionalizada à da personalidade e da dignidade de seus integrantes”¹⁶⁵ e que deverá permitir a “realização existencial isonômica, segunda a ótica da solidariedade constitucional”¹⁶⁶.

2.1.1. Da evolução da economia e a importância da Previdência Privada

No intuito de explicarmos o surgimento da previdência privada em nosso ordenamento, se faz imperioso realizar um breve histórico da evolução dos direitos humanos

bilhões. Os planos empresariais levantaram R\$ 1,1 bilhão, com evolução de 9,65%. Os planos para menores captaram R\$ 772,8 milhões com crescimento de 6,90%. Apenas em setembro, a captação dos planos atingiu R\$ 3,3 bilhões, com crescimento de 36,93% sobre setembro de 2008. O VGBL registrou novos depósitos da ordem de R\$ 2,7 bilhões, alta de 48,75%, enquanto PGBL cresceu 6,04%, com captação de R\$ 374,2 milhões. Os planos tradicionais tiveram retração de 5,39% com R\$ 238 milhões em depósitos. Os outros produtos de previdência (FAPI, PGRP e VGRP) registraram R\$ 1,7 milhão, com alta de 4,86%. A Bradesco Vida e Previdência liderou o ranking de captação em setembro com 30,27% do total arrecadado, seguido pelo Itaú Vida e Previdência (19,63%), BrasilPrev (16,28%), Santander Seguros (14,97%), Caixa Vida e Previdência (6,48%), HSBC Vida e Previdência (4,58%), Metropolitan Life Seguros e Previdência (2,26%), Icatu Hartford Seguros (0,88%), Sul América (0,64%), Mapfre (0,61%). As demais seguradoras somam 3,40%. As provisões - recursos acumulados pelos participantes do sistema de previdência complementar - atingiram R\$ 165 bilhões em setembro, uma alta de 21,49% em relação a setembro de 2008, quando as provisões somavam R\$ 135,8 bilhões. As provisões dos planos VGBL tiveram o crescimento mais expressivo, de 31,01%, para R\$ 87,9 bilhões. As provisões de PGBL cresceram 21,52%, para R\$ 45,3 bilhões. Nos planos tradicionais, elas passaram de R\$ 30,9 bilhões para R\$ 31,2 bilhões, alta de 1,13%, informou a Fenaprevi em nota. In <http://economia.uol.com.br/ultnot/valor/2009/11/25/ult1913u116783.jhtm>, acesso em 07/12/09.

¹⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. 2.^a Ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p 20.

¹⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo. **A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas.** Revista da AJURIS – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Ano XXXII – nº. 100 – dezembro 2005, p. 154: “Sendo assim, não configuram espaços insuscetíveis de controle social, como queria o voluntarismo, justamente porque integram uma ordem constitucional que é a mesma tanto nas relações de direito público quanto nas relações de direito privado”.

que se iniciou com a firmação da liberdade como valor fundamental da sociedade política, obra do liberalismo de passagem do século XVIII para o século XIX.

A teoria desenvolvida por Montesquieu em sua obra, o *Espírito das Leis*, visava primordialmente limitar o poder do Estado e preservar a liberdade do indivíduo, restringindo a atuação estatal. Prezava pela condição de autonomia do homem, sobre os fundamentos naturais do indivíduo, de liberdade e igualdade. Imperando o princípio do *laissez faire, laissez passer* não só na ordem econômica, através do liberalismo econômico, mas também pela ordem social que deveria ser resolvida pela própria sociedade não pelo Estado¹⁶⁷.

Voltada para as relações sociais em geral, busca garantir o próprio indivíduo, libertando todos e cada um do absolutismo de um ou alguns. São direitos individuais quanto à titularidade, tendo por objeto a liberdade. A sublimação do indivíduo no direito civil dá-se pela autonomia da vontade, enquanto as garantias fundamentais, concebidas pelo direito público, afastam ingerências do Estado da esfera privada¹⁶⁸.

A Revolução Francesa foi contra a organização econômica na base da integração patrão-operária ao proibir a formação de associações profissionais, os direitos individuais quanto à titularidade têm por objeto a liberdade, admitindo restrições aos direitos subjetivos tão-só por meio da lei, por ser expressão de vontade geral¹⁶⁹. Assim, os direitos sociais

¹⁶⁷ HAUSER, Ester Eliana. O ideal democrático no pensamento político de Jean-Jacques Rousseau. **Introdução à História do Pensamento Político**. Org. Wolkmer, Antonio Carlos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 165/182

¹⁶⁸ GIORGIANE, Michele. O direito privado e suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*. Trad. Maria Cristina Cicco. São Paulo, v 747, Fasc. Civ. Ano 87, p. 35-55, jan. 1998

¹⁶⁹ PÓVOA, Manoel Sebastião Soares. **Previdência Privada**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2007, p. 40.

fazem uma primeira aparição na Constituição Francesa de 1791, sem considerável repercussão, apenas a favor do trabalho para quem não pudesse consegui-lo¹⁷⁰.

Os direitos sociais entraram na história do constitucionalismo moderno através da Constituição de Weimar, em que “os direitos de liberdade só podem ser assegurados garantindo-se a cada um mínimo de bem-estar econômico que permite uma vida mais digna”¹⁷¹, afirmando o direito à igualdade, no sentido de equalizar a sociedade, visando igualar os desiguais na medida em que se desigalam.

O ajustamento social se fez necessário para atender aqueles que tendo vivido tradicionalmente em estruturas familiares e corporativas, foram arrastados pelo turbilhão da cidade grande, sem casa, sem organização e sem apoio, “perdendo sua qualificação de homens, para serem considerados meros componentes laborais”¹⁷².

A própria igreja, através da encíclica *Rerum novarum*, em 1891, afirma o direito de associações, em especial para as associações dos operários, e entre os direitos sociais dá-se destaque especial a um salário justo, direito ao devido descanso, proteção das mulheres e das crianças através da contribuição do Estado, transformando no notável, movimento do Estado liberal para o Estado assistencial¹⁷³.

O Estado do bem-estar social começa a desenvolver sua ação na regulamentação das relações de trabalho, mediante a imposição de limite à exploração do trabalhador, para em

¹⁷⁰ BOBBIO, Norberto. O Direito dos homens hoje in **A era dos Direitos**. Trad. Nelson Carlos Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 7^a. ed., p.206.

¹⁷¹ BOBBIO, Norberto. O Direito dos homens hoje in **A era dos Direitos**. Trad. Nelson Carlos Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 7^a. ed., p.206/207

¹⁷² PÓVOA, Manoel Sebastião Soares. **Previdência Privada**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2007, p. 37.

¹⁷³ BOBBIO, Norberto. O Direito dos homens hoje in **A era dos Direitos**. Trad. Nelson Carlos Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 7^a. ed., p.207.

seguida haver o surgimento da previdência social que teve lugar inicialmente na Europa¹⁷⁴, para ser propagada ao resto do mundo através da Organização Internacional do Trabalho - OIT, organização internacional vinculada à Organização das Nações Unidas - ONU, que se tornou a principal responsável para que um fenômeno basicamente europeu se expandisse para os demais países do mundo¹⁷⁵.

Na passagem do Estado liberal para o Estado social de direito, sobrevivendo à Segunda Guerra Mundial, quando o gênero humano se mostrou técnica e moralmente capaz de se autodestruir, surgem os direitos denominados de “terceira geração”, com a finalidade de assegurar a dignidade humana através da implantação de condições gerais e básicas, postas como direitos difusos de toda a humanidade.

O direito à vida se estende à qualidade de vida, conforme previsto no art. 3º. da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral da ONU de 1948 que estabelece: “Cada indivíduo tem direito à vida, à liberdade e a segurança”, bem como no art. 22 que prevê: “Todos, como membros da sociedade, têm direito à segurança social e, através do esforço nacional e da cooperação internacional e de acordo com as Estruturas de cada Estado, têm direito à realização dos direitos econômicos, sociais e culturais e ao desenvolvimento livre de sua personalidade”, completado, no que respeita ao tema da segurança, pelo artigo 25 que diz “1) Todos têm direito a um padrão de vida adequado à saúde e bem-estar de si próprio e de sua família, incluindo alimentação,

¹⁷⁴ NASCIMENTO, Ricardo de Castro. Breve histórico da Previdência Social. Revista de Direito Social. Ano VII – out/dez 2007, n.º. 28, p.32: “ O modelo de seguro social alemão foi exposto inicialmente aos países europeus, tornando a previdência social uma atividade estatal típica dos países industrializados. Os traços fundamentais do modelo são compulsoriedade de filiação e contribuição, riscos sociais previstos em lei e tripartição do custeio entre trabalhadores segurados, empresários e Estado”.

¹⁷⁵ BALERA, Wagner. *Direito Internacional da Seguridade Social*,

vestimentos, alojamento, cuidados médicos e os necessários aos serviços sociais” , assim o direito natural se viu acrescido de direitos de índole socioeconômica¹⁷⁶.

Por conseguinte, essa nova era de direitos ensejou a redistribuição dos rendimentos entre as várias camadas sociais, realizada através dos seguros sociais e de previdência social, cujo conjunto forma a unidade da segurança social, também chamada de seguridade social, hoje universal por ser tendência de um ideal da população, que pretende vê-la ampliada em extensão e profundidade, no intuito de atingir o maior número de pessoas¹⁷⁷.

Ao Estado, no seu papel político social, compete cuidar do bem-estar da população, nomeadamente propiciar meios para que o cidadão e a sua família usufruam bem-estar, através da certeza de rendimento de subsistência se, por qualquer eventualidade, ocorrer alteração negativa, acarretando redução do nível de vida familiar¹⁷⁸.

A previdência e a assistência social constituem um dos princípios básicos que alicerçam a ordem econômica social, e tem por objetivo realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, buscando o Estado cumprir sua missão de assegurar ao homem, tema

¹⁷⁶ PÓVOA, Manoel Sebastião Soares. **Previdência Privada**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2007, p 55: “As várias declarações de direito que a história nos oferece, ajudam a compreender as aspirações do homem, onde a par dos direitos naturais – o direito à vida e à liberdade – aparecem direitos de outra índole e que dizem da preocupação do homem em preservar seu bem-estar, como o direito à propriedade, direito à busca da felicidade, o direito à opressão e o direito à segurança”.

¹⁷⁷ PÓVOA, Manoel Sebastião Soares. **Idem**, p 61: “Segurança social é um processo socioeconômico ao nível de cada nação utilizando a solidariedade entre entidades e pessoas que representam as suas forças produtivas e beneficiando-se de uma estrutura operacional definida, orientada e controlada pelo Estado, objetiva proporcionar a cada pessoa os meio indispensáveis para, nas eventualidades negativas da sua vida, em termos de perda de sua capacidade e de ganho por razões aleatórias como desemprego, doença, ou acidente, ou por razões inerentes à própria condição humana, como casamento, a maternidade, a infância, a velhice e a morte, poder suportar as consequências , notadamente ter assegurado o sustento da família”.

¹⁷⁸ PÓVOA, Manoel Sebastião Soares. **Previdência Privada**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2007, p 65: “Só as alterações eu se traduzem em abaixamento do nível de vida é que determinam o aparecimento das necessidades previdenciárias, só que, em termos de segurança social, apenas são consideradas as que estão especificadas em lei”.

central de suas preocupações, a segurança indispensável para atingir a sua plenitude humana¹⁷⁹.

A materialização dos riscos sociais¹⁸⁰ criou estados de necessidade, quebras de nível de vida que a sociedade politicamente organizada tem que sanar, competindo, então, ao Estado, no seu papel político social, cuidar do bem-estar da população, ao mesmo tempo em que procura executar política de pleno emprego e apoio de segurança social.

O direito à assistência social foi o “gérmen filosófico da reconquista da dignidade humana”, uma conseqüência do axioma econômico de que a atividade do trabalhador é um os principais elementos dinamizadores da economia¹⁸¹.

A contribuição que custeia o sistema, administrada e sob responsabilidade do Estado, para garantir certeza de continuidade do serviço, abrange todas as pessoas: trabalhadores vinculados a outrem, autônomos, que vivem com rendimentos e sem atividade profissional e, inclusive, as donas de casa que realizando sua contribuição individual recebem, em contrapartida, as prestações que fazem jus.

O nosso modelo de Previdência Social é de repartição simples. Os ativos contribuem para o benefício dos inativos. Há solidariedade entre as pessoas na cotização do sistema para

¹⁷⁹ NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Previdência Privada como assistência social. A questão da imunidade.** Revista de Direito Tributário. Ano VIII, n. 29-30, p. 237.

¹⁸⁰ PÓVOA, Manoel Sebastião Soares. **Previdência Privada.** São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2007, p. 64: “Riscos sociais são os perigos que estão submetidos os homens em sociedade e cuja materialização se reflete sempre, negativamente em seu bem estar e no da sua família criando problemas sociais”. Em entrevista à carta forense ao responder sobre a tendência da responsabilidade civil, Silvio de Salvo Venosa respondeu: “A tendência de aplicação da responsabilidade objetiva de forma mais ampla é universal. Por essa razão, avulta a importância do seguro para todas as atividades humanas. Se o século XX foi a era das grandes pessoas jurídicas, das empresas plurinacionais, o século XXI será certamente o século do seguro, contrato que será cada vez mais utilizado, inclusive sob a forma compulsório” in <http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=3463>.

¹⁸¹ PÓVOA, Manoel Sebastião Soares. *Idem*, p. 85.

a concessão do futuro benefício. A massa arrecadada por todos é que paga os benefícios dos trabalhadores¹⁸².

Entretanto, visto que não se trata de um sistema individual, a colaboração de todos serve apenas para garantir um mínimo de bem-estar, ante a impossibilidade econômica da nação de manter o nível de vida dos contribuintes, que, ordinariamente, fica muito aquém do que será necessário para o futuro¹⁸³.

Frise-se que o direito a segurança social acabou penetrando no grupo familiar, visto que ao desonerar a família do ônus de assegurar a sobrevivência de seus componentes, aumentou a dependência do indivíduo perante o Estado e diminuiu a dependência do indivíduo perante a família, que deixou de exercer a função de proteger seus membros na aposentadoria, para limitar-se ao papel educativo, cultural e principalmente de dar suporte afetivo aos seus membros¹⁸⁴.

Ataques à legitimidade da família patriarcal conduziram à erosão da noção tradicional que o marido é predominantemente responsável pelo bem-estar econômico dos membros da família. O casamento enquanto instituição encontra-se em estado de fluidez na medida em que é considerada uma das formas de núcleos familiares, formados por grupo de indivíduos, que se relacionam pelo afeto.

¹⁸² MARTINS, Sérgio Pinto. **Reforma previdenciária**. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.72.

¹⁸³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Idem**, p.72: “Não há dúvida de que poupar é necessário para melhor prover o dia de amanhã. Entretanto, há certas pessoas que não tem o que poupar, pois o salário já é irrisório e mal dá para sobreviver. Essas pessoas, não vão poupar nada, pois não tem como. Essa é a razão pela qual o sistema deve ser de repartição, envolvendo a solidariedade entre as pessoas, pois serão poucos os que poderão poupar e muito que nada terão, por não terem o que poupar”.

¹⁸⁴ TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **O Direito à pensão de reforma enquanto bem comum do casal**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 1997, p. 137

A família dotada de estrutura hierárquica é substituída por um modelo de família comunitária, com ideais de igualdade entre os cônjuges, livre desenvolvimento da personalidade individual e da privacidade, passando a ser funcionalizadas em razão da dignidade de cada integrante¹⁸⁵.

O princípio da tutela especial à família, previsto no artigo 226 da Constituição Federal, obriga o Estado a protegê-la, como de fato se deu através, por exemplo, das normas de seguridade social, que visa a proteção de cada um de seus membros¹⁸⁶.

Contudo, considerando a inferioridade dos benefícios previdenciários mantidos pelo Estado com relação aos ganhos do segurado quando na atividade, bem como a insuficiência da seguridade social para toda a população, fez-se necessária a implantação de um sistema que complementasse esse benefício, visando o padrão de vida do trabalhador e de sua família quando se tornasse inativo, registrando, por conseguinte, acentuado desenvolvimento da previdência complementar privada no nosso país.

2.2. Sistema da previdência privada no Brasil

A implementação da previdência privada no Brasil se deu antes mesmo da previdência pública, através de esquemas coletivos de sociedades de beneficência e

¹⁸⁵ GUERRA, Leandro dos Santos; GAMA, Guilherme Calmon. **A função social da família**. Revista Brasileira de Direito de Família n.º 39 p. 157

¹⁸⁶ TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **O Direito à pensão de reforma enquanto bem comum do casal**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 1997, p. 132.

montepios, objetivando pensão de aposentadoria ou pensão às viúvas¹⁸⁷, no intuito de aliviarem o trabalhador do ônus de sua própria proteção, na medida em que o processo socioeconômico, cada vez mais complexo, tenha atraído riscos que se materializavam na economia individual¹⁸⁸.

Sistematicamente, a previdência pública limitou-se a certo patamar de contribuições e, portanto, de rendimento a serem auferidos, deixando descobertos ingressos superiores. Diante do espaço aberto pela inferioridade dos benefícios previdenciários públicos com relação aos ganhos dos segurados na ativa¹⁸⁹ tornou imperiosa a implantação de um sistema complementar para compensar a insuficiência de rendimentos, no intuito de garantir, na velhice, recursos compatíveis com os padrões anteriormente auferidos.

¹⁸⁷ Esta estrutura iniciou-se nos primeiros anos do Brasil-Colônia com os exemplos da fundação da Santa Casa de Misericórdia de Santos, por Brás Cubas, em 1543 e os montepios. Em 10 de janeiro de 1895, institui-se o MONGERAL – Montepio Geral de Economia dos Servidores, entidade de previdência aberta sem fins lucrativos, facultativa e com característica de mutualismo, mas que não era complementar ante a inexistência de previdência pública, Na década de 20, promulgou-e a Lei 4.682, batizada pelo nome de seu proponente, Elói Chaves, que institui a caixa de aposentadoria e pensão para os respectivos empregados das empresas de estrada de ferro. O regime jurídico previdenciário das caixas de aposentadoria e pensão por empresas ampliou-se para trabalhadores portuários e marítimos (Lei. No. 5.109/26), empregados de empresa de serviços telegráficos e radiotelegráficos (Lei 5.485/28) e demais serviços concedidos ou explorados pelo poder público (Decreto no. 20.465/31). Em 1931 já havia 98 caixas de aposentadoria no Brasil ¹⁸⁷ in NASCIMENTO, Ricardo de Castro. **Breve histórico da previdência social**. Revista de Direito Social. Ano VII – out/dez 2007 – nº. 28, p. 31-36. Wladimir Novaes Martinez critica os historiadores “que erram ao apresentar instituições incipientes, não necessariamente acessórias, como fazendo parte de seu passado. A previdência complementar começou ao lado da básica, e não antes dela; preteritamente, só havia mutualismo ou seguro privado e era substancial” in **Primeiras lições de previdência complementar**. São Paulo: LTR, 1996, p. 43.

¹⁸⁸ PÓVOA, Manoel Sebastião Soares. **Previdência Privada**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2007, p 105: “A índole do povo brasileiro é de preocupação para com o futuro, o que explica os seculares exemplos de estruturas mutualistas na forma de misericórdias e montepios” .

¹⁸⁹ PÓVOA, Manoel Sebastião Soares. Idem, p. 90: “O Brasil possui um exemplo que deve ser meditado. Possui um sistema bem concebido, de grande abrangência, mas que apenas dá cobertura satisfatória e não completa aos segurados de menor renda, deixando todos os outros, particularmente os da classe média, em situação angustiante, assim mesmo vive em contínuo desequilíbrio e sem grandes possibilidades de exigir, dos trabalhadores e das empresas, maiores contribuições do que as que pagam e que são, sem dúvidas, elevadas”.

A impossibilidade dos sistemas compulsórios satisfazerem completamente as necessidades dos segurados e as previsões de desequilíbrio econômico entre os benefícios e contribuições, além dos riscos sociais que “criam estados de necessidade, quebras no nível de vida que a sociedade politicamente organizada tem que sanar”¹⁹⁰.

Nesse panorama, “as ideias mutualistas do século passado, acopladas a postulados securitários, renovaram o surgimento de entidades privadas”¹⁹¹, culminando com a promulgação da Lei nº 6.435 de 15 de julho de 1977, que institucionalizou a nomenclatura “previdência privada” no Brasil, que em seu artigo 1º delimita como objeto a instituição dos “planos privados de concessão de pecúlios ou de rendas, de benefícios complementares ou assemelhados aos da Previdência Social, mediante contribuição de seus participantes, dos respectivos empregadores ou de ambos”.

No intuito de modificar algumas disposições da citada Lei, principalmente para regulamentar a transição daqueles que já possuíam benefícios adicionados à aposentadoria foi promulgada a Lei 6.462 de 09 de novembro de 1977.

Visto que a legislação vigente havia dividido a matéria da previdência específica em duas partes, foram ainda promulgados: o Decreto no. 81.240 de 20/01/78, que regulamentou as disposições da Lei nº 6.435/77, relativas às entidades fechadas de previdência privada, e o Decreto nº. 81.402 de 23/02/78 que regulamentou a mesma lei, dispondo sobre as entidades de previdência privada, na parte relativa às entidades abertas.

¹⁹⁰ PÓVOA, Manoel Sebastião Soares. Idem, p. 65.

¹⁹¹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Primeiras lições de previdência complementar**. São Paulo: LTR, 1996, p. 44.

A promulgação do artigo 202, e parágrafo da CF, através da EC 20/98, que constitui a base do sistema previdenciário privado, impulsionou a elaboração de nova lei que atendesse a modernização do sistema, que acabou se compondo por dois núcleos fundamentais: a) básico, de natureza estatal e pública; e b) complementar com caráter particular e privado, neste caso destinado a propiciar rendas ou pecúlios paralelos, não necessariamente adicionais ao sistema oficial¹⁹².

Esse segundo sistema, que objetiva a proteção social particular, paralela, adicional e facultativa, com relação jurídica submetida principalmente as regras de direito privado, é hoje também denominada “previdência complementar”, nos termos da Lei Complementar 109, de 29 de maio de 2001 que revogou expressamente as Leis anteriores sobre o tema. Por haver mantido os mesmos princípios e a mesma política da previdência privada, além do teor do artigo 1º. da citada lei, podemos concluir que “previdência privada” e “previdência complementar” são sinônimos¹⁹³.

Optamos por adotar a nomenclatura “previdência privada”, por ter sido a precursora no nosso ordenamento além de ser a forma adotada no texto constitucional¹⁹⁴. Ademais Póvoa explica que a expressão “previdência privada”, no sentido uado pelo Brasil é exclusiva e objetivou identificar a instituição que ocupa espaços vazios deixados pela

¹⁹² MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Primeiras lições de previdência complementar**. São Paulo: LTR, 1996, p. 43.

¹⁹³ Lei Complementar n.º 09, de 29 de maio de 2001. Art. 1º. “O regime da previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral da previdência social, é facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício, nos termos do **caput** do art. 202 da Constituição Federal, observado o disposto nesta Lei Complementar”.

¹⁹⁴ O artigo 74 da Lei Complementar n.º 109/01 submete as entidades abertas ao sistema nacional de seguros privados sob a disciplina do Conselho Nacional de Seguros Privados (SUSEP e CNSP) e são denominadas EAPP e a as entidades fechadas tem como órgão regulador o Conselho de Gestão de Previdência Complementar e à Secretaria da Previdência Complementar (CGPC e SPC), assim, alguns autores optam por utilizar o termo “previdência privada” para os contratos realizados com as entidades abertas, o termo “previdência complementar” para os contratos vinculados à relação de trabalho, mas não há diferença sequer na Constituição Federal de nomenclatura que no artigo 202 da CF/88 prevê explicitamente o termo “previdência privada” nos dois institutos.

previdência social em relação ao domínio previdenciário geral, para satisfação das necessidades previdenciárias¹⁹⁵.

2.2.1. Natureza jurídica

Para análise da instituição da previdência privada necessário primeiro definir os seus contornos. Podemos caracterizá-la como ato jurídico bilateral, de natureza privada, pela qual uma pessoa, “participante, querendo garantir-se e aos seus contra as conseqüências da materialização de certos riscos sociais”¹⁹⁶, através de pagamento único ou continuado, acorda com uma pessoa legalmente autorizada, a efetuar, no domínio privado, a compensação desses riscos, que se dará através do recebimento por ele ou pelas pessoas que designou no contrato como beneficiários a respectiva compensação ou reparação, na forma de serviços previdenciários ou de benefícios pecuniários.

Em suma, a previdência privada é a “técnica de proteção social particular, paralela, adicional, supervisionada pelo Governo Federal, com a relação jurídica submetida principalmente às normas de Direito Privado”¹⁹⁷.

A natureza jurídica da Previdência Privada não se confunde com a Previdência Pública, não obstante ambas obedecerem ao princípio do bem-estar social, pois a primeira está baseada no princípio da solidariedade social ou pacto de gerações, enquanto no segundo instituto o bem estar social deve ser atingido pelo esforço do próprio indivíduo e eventualmente pela empresa ou repartição em que trabalha.

¹⁹⁵ PÓVOA, Manoel Sebastião Soares. **Previdência Privada**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2007, p. 104.

¹⁹⁶ PÓVOA, Manoel Sebastião Soares. **Idem**, p. 274.

¹⁹⁷ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Primeiras lições de previdência complementar**. São Paulo: LTR, 1996, p. 43.

Também a previdência social tem caráter compulsório, norma insitivamente cogente, submetida às regras do Direito Público, que constitui direito subjetivo constitucional, que autoriza o Estado gerir sua proteção e expropriar-lhe parte dos bens, com a imposição de exação¹⁹⁸; enquanto a previdência privada tem caráter voluntário, com relativa liberdade de ação atribuída ao indivíduo de possibilidade de ingresso ao sistema através de contratos¹⁹⁹.

A previdência social tem natureza pública, a previdência possui personalidade jurídica de direito privado, considerado como ente de colaboração da administração pública, regulada pelas regras de direito civil²⁰⁰, através da fiscalização do poder público²⁰¹. A primeira goza de proteção estatal, a segunda possui potencialidades da liberdade individual de cada um dos associados.

Em suma, a previdência privada, apesar de supervisionada pelo Governo Federal, tem as relações jurídicas principalmente submetidas às normas de direito privado e está instituída ao lado da básica de forma complementar²⁰².

¹⁹⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. Idem, p. 44.

¹⁹⁹ BRASIL, Superior Tribunal De Justiça: súmula 321 do STJ: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes”, porém necessário esclarecer que a súmula tem sido aplicada para os contratos realizados entre as entidades abertas.

²⁰⁰ A natureza privada também é observada nos contratos estabelecidos pelo funcionário público e as entidades fechadas. Sobre este tema o texto esclarecedor do Prof. Alexandre Brandão Henriques Maimoni *in* **A natureza jurídica dos fundos de pensão dos servidores públicos**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5818>, acesso em 20 de fevereiro de 2010.

²⁰¹ PÓVOA, Manoel Sebastião Soares. **Previdência Privada**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2007, p. 416.

²⁰² Nesse mesmo sentido a posição dominante da 2ª seção do Superior Tribunal de Justiça, responsável por matérias relacionadas a contratos, direito comercial, família e direito comercial, e que tem sido competente para decidir sobre previdência complementar, tem julgado no sentido de declarar competente a Justiça Comum mesmo quando a contrato, sob o fundamento de que os benefícios concedidos por entidades de previdência não integram o contrato de trabalho dos participantes, conforme ementa: “CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. Os benefícios concedidos por entidades de previdência privada, não integram o contrato de trabalho dos participantes (CF, art. 202, § 2º). Conflito conhecido para declarar competente o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul” in BRASIL, Superior Tribunal Federal. Conflito de Competência nº 58023, Rel Min. Ari Pargendler, Segunda Seção DJ 26-04-2006. Contudo, Wladimir Novaes faz a seguinte observação: “Sem embargos de pertencer ao Direito Privado subsiste a afetação da norma pública, direta ou indiretamente (...) Em razão da identidade de objetivos, em

Póvoa enfatiza que a previdência privada não se confunde com instituição mutualista ou com a instituição do seguro privado, pois são “distintas na filosofia que lhes define campo”, apesar de ambas poderem ser operadas por entidades seguradoras, que se utilizam dos mesmos instrumentos técnicos jurídicos²⁰³. Tal fato é facilmente constatado pela leitura do artigo 73 da Lei Complementar n.º 109/01, que prevê a aplicação subsidiária das normas da legislação securitária na regulação das entidades abertas, ante o propósito finalístico de cada uma delas.

Nesse sentido, também Wagner Balera, “Os programas supletivos não são meros seguros. Configuram-se em estágio avançado de proteção, que o modelo de Seguridade Social busca proporcionar a todos os residentes de um país”²⁰⁴.

Deste modo, inviável confundir os institutos, mesmo que em planos de previdência privada, **subsidiariamente** - por não se tratar do objetivo principal, que se concentra no contrato de renda de aposentadoria por tempo determinado ou por invalidez -, o beneficiário ou o assistido possa receber o prêmio de uma só vez em caso de invalidez ou morte do contratante do plano de aposentadoria, como forma de compensar o segurado das conseqüências danosas, na forma idêntica do contrato de seguro²⁰⁵.

muitas particularidades aproveitam-se princípios de Direito Previdenciário. Partindo dessa conclusão – submissão ao Direito Privado – cabe verificar a natureza das questões e acostá-las ou não ao Direito Público, conforme as suas peculiaridades” in **Primeiras lições de previdência complementar**. São Paulo: LTR, 1996, 48/49.

²⁰³ PÓVOA, Manoel Sebastião Soares. **Previdência Privada**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2007, p. 259: “Na verdade, se institucionalmente, a previdência privada se pode considerar diferente do seguro, no que diz respeito a sua estrutura intrínseca e à sua operacionalidade, não se distingue do seguro de vida”.

²⁰⁴ BALERA, Wagner. **O arcabouço constitucional da Previdência**. Revista dos Fundos de Pensão. Ed. especial ABRAPP, SP, 1982 e “A idade mínima para a aposentadoria no Sistema Brasileiro de Previdência Complementar, RPS, LTr Edit., SP, p. 76/77.

²⁰⁵ Sobre as forma de planos de previdência autorizados pela SUSESP, acessar : http://www.susep.gov.br/menuatendimento/previdencia_aberta_consumidor.asp#tipodeplano. Aliás, a previdência privada nasceu para garantir os cidadãos em manter-se mesmo diante do risco do desemprego,

A Previdência Privada é baseada na constituição de reservas²⁰⁶, em que o participante recolhe contribuições para uma conta vinculada, ou seja, é um regime de capitalização complementar ao regime geral de previdência social, mas é em relação a este último autônoma, pois o interessado pode contratar a Previdência Privada independentemente de existir uma vinculação com o Regime Geral²⁰⁷.

O caráter contratual da previdência privada é sempre voluntário, visto que mesmo nos planos de benefícios de entidades fechadas, que devem ser obrigatoriamente oferecidos pelos patrocinadores e instituidores aos seus empregados ou associados, o ingresso e permanência dos participantes em planos de previdência são facultativos e dependem de adesão ao plano, cujas cláusulas estão expressas no regulamento do plano de benefícios ao qual o participante adere²⁰⁸.

A estrutura organizacional do direito privado terá seus termos delimitados pelo “contrato de previdência privada”, cujo objeto, repita-se consistem em manter o padrão de vida dos respectivos participantes mediante pagamento dos benefícios²⁰⁹.

da aposentadoria insuficiente, da incapacidade laboral, enfim dos reveses que a vida moderna proporciona, da mesma forma em que surgiram todas as formas de seguro que desempenha sua função social-econômica.

²⁰⁶ No Governo Sarney, o Decreto-Lei nº. 2.296, em 21 de novembro de 1986, criou estímulos aos programas de previdência privada sob a justificativa de “incentivar a formação de poupança a longo prazo”, e entre outras medidas, instituiu o abatimento do imposto de renda do valor da contribuição tanto pelo segurado, quanto pela sua empregadora, bem como que tais contribuições não seriam “consideradas integrantes da remuneração dos beneficiários para efeitos trabalhistas, previdenciários e de contribuição sindical, nem integrarão a base de cálculo para as contribuições do FGTS”. As duas medidas indicadas não foram revogadas, mas ratificadas nas legislações posteriores sobre o tema.

<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaBasica.action>

²⁰⁷ Art. 202 da Constituição Federal: “O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar”.

²⁰⁸ O § 2º do art. 16 da Lei Complementar 109/01, impede que os empregados os associados possam livremente discutir as cláusulas deste contrato com a entidade de previdência que o administra.

²⁰⁹ BALERA, Wagner. *Competência Jurisdicional na Previdência Privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 13.

2.2.2. Formas de previdência privada

O Regime de Previdência Privada se subdivide em dois segmentos, aberto e fechado.

A Previdência Privada junto a uma entidade aberta pode ser contratada por qualquer pessoa individual ou coletiva, quando tenham por objetivo garantir benefícios previdenciários a pessoas físicas vinculadas, direta ou indiretamente, a uma pessoa jurídica contratante.

Operada por seguradoras, cuja composição deverá ser necessariamente uma Sociedade Anônima, que visam lucro, a entidade aberta dispõe dos seguintes planos padrões, autorizados pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP)²¹⁰, comercializados pelo mercado: a) renda por sobrevivência a ser paga ao participante do plano que sobreviver ao prazo de diferimento contratado, geralmente denominada de aposentadoria; b) renda por invalidez a ser paga ao participante, em decorrência de sua invalidez total e permanente ocorrida durante o período de cobertura e após cumprido o período de carência estabelecido no Plano; c) pensão por morte cuja renda a ser paga aos beneficiários indicados na proposta de inscrição, em decorrência da morte do Participante ocorrida durante o período de cobertura e após cumprido o período de carência estabelecido no Plano; d) pecúlio por morte que se trata da importância em dinheiro, pagável de uma só vez aos beneficiários indicados na proposta de inscrição, em decorrência da morte do participante ocorrida durante o período de cobertura e após cumprido o período de carência estabelecido no Plano e, e) pecúlio por invalidez que versa sobre a importância em dinheiro, pagável de uma só vez ao próprio participante, em decorrência de sua invalidez total e

²¹⁰ A SUSESP foi criada pelos arts. 35 a 39 do Decreto-lei n.º 73/66. Seu Regimento Interno foi aprovado pela Resolução Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) n.º 31/68.

permanente ocorrida durante o período de cobertura e após cumprido o período de carência estabelecido no Plano²¹¹.

A Previdência Complementar Fechada é destinada a grupos específicos que possuam uma relação empregatícia ou associativa. Se o vínculo for empregatício, haverá a figura do patrocinador, que também contribui junto com o participante. O patrocinador é a pessoa que contribui para a constituição das reservas destinadas a garantir o pagamento de benefícios a seus empregados ou servidores. A condição de patrocinador de um plano de benefícios é formalizada mediante a celebração de um contrato com a entidade de previdência. Os patrocinadores são a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente pelo poder público (CF, art. 202, § 4º, e LC 108/01, art. 1º) e a “empresa ou grupo de empresas” (LC 109/01, art. 31, I).

Os patrocinadores são, portanto, pessoas jurídicas de direito privado ou de direito público que decidem oferecer um plano de previdência para seus empregados ou servidores, que além das obrigações decorrentes do contrato firmado com a entidade fechada de previdência complementar, têm diversos deveres decorrentes da legislação, a exemplo, um deles é o de fiscalizar a entidade que administra o plano que ele patrocina (artigo 25 da LC 108/01 e art. 41, § 2º da LC 109/01). No caso do patrocinador de plano regido pela LC 108/01, o resultado da fiscalização deve ser remetido ao órgão fiscalizador.

²¹¹ Disponível em <http://www.susep.gov.br/menuatendimento/previdencia_aberta_consumidor.asp#tipodeplano, acesso em 20 de fevereiro de 2010>.

O patrocinador deve custear o plano de benefício, quando o faz em concurso com os participantes, denomina-se plano contributivo, quando apenas o patrocinador contribui para o plano de previdência, ele é chamado de plano não contributivo²¹².

Também compete ao patrocinador firmar com a entidade administradora o plano de benefícios e poderá fazê-lo em relação ao plano preexistente ou firmar convênio de adesão a plano criado especialmente para ele, por sua iniciativa.

Todavia lhes é permitido ser patrocinadoras de planos de benefícios para seus empregados, e neste caso, firmarão termo de adesão em que serão estabelecidas suas obrigações enquanto patrocinadora e enquanto administradora do plano de previdência.

A entidade fechada de previdência deve assumir a forma de fundação ou associação civil sem fins lucrativos. Se o vínculo for associativo inexistente a figura do patrocinador, pois haverá apenas o instituidor que são as “pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial” (LC 109/01, art. 31, II).

Os planos deverão prever o benefício proporcional diferido, em razão da cessação do vínculo empregatício como os patrocinadores ou o associativo com o instituidor antes da aquisição do direito ao benefício pleno, a ser concedido quando cumprido os requisitos elegibilidade (LC 109/01, art. 14, I).

²¹² Póvoa esclarece: “As modernas correntes de pensamento socioeconômico consideram que o encargo de uma empresa com o custeio de um plano previdenciário, quer como patrocinador de uma entidade, que com o pagamento total ou parcial de um plano, é considerado como elemento de composição do custo de produto ou do serviço e, em relação ao empregado, como um componente indireto do salário, com o objetivo de o fixar à empresa, ou de lhe dar maior tranquilidade, de onde resultaria maior produtividade, ou inclusive, de corresponder a uma obrigação resultante de dissídio coletivo. É o participante que, em última análise, sustenta a entidade” in **Previdência Privada**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2007, p. 249.

Nas duas espécies de entidades, o participante pode sair do plano subscrito e ingressar em outro, quer em razão da cessação do contrato de trabalho, quer em virtude de situação casuística devidamente disciplinada pela lei ou estatuto²¹³, intitulado portabilidade.

Poderá ainda resgatar a totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante, descontadas as parcelas de administração, bem como manter o valor de sua contribuição e a do patrocinador, no caso de perda parcial ou total da remuneração recebida, verificadas as exigências legais (LC 109/01, artigo 14, III, IV e parágrafos).

Em razão da interdependência das pessoas envolvidas e da convenção celebrada, não se trata de salário indireto, mas de instituição própria, individualizada, inconfundível com o elo laboral²¹⁴.

2.2.3. Classificação dos Contratos de Previdência Privada

Para melhor compreensão do instituto, interessa-nos classificá-lo do campo do Direito Privado, pela liberdade de ação atribuída ao indivíduo que ingressa no sistema através de sua manifestação de vontade, sem deixar de esquecer as normas cogentes que regem o instituto, dado o seu caráter de interesse público.

²¹³ MARENSEI, Voltaire. **A nova Lei da Previdência Complementar Comentada**. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 25.

²¹⁴ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Primeiras lições de previdência complementar**. São Paulo: LTR, 1996, p. 43.

Seguindo os parâmetros clássicos de classificação dos contratos podemos afirmar que o de previdência privada é bilateral, oneroso, aleatório, de adesão, consensual, formal e pessoal.

Bilateral e oneroso, conquanto evidenciada a obrigação de ambos que gera interdependência. Obriga-se a entidade a pagar a prestação continuada ou pecúlio, desde que o participante cumpra sua parte com os aportes contratados, nominados contribuição, que serão estabelecidos através do plano de custeio²¹⁵.

A obrigação da entidade em relação ao participante que tem seu plano vinculado a relação de emprego, quer em plano contributivo ou não contributivo, não se altera, porque uma coisa é a posição do empregado em relação à empresa e outra, totalmente diferente, é a sua posição em relação à entidade. Caso a entidade fechada deixar de cumprir as obrigações contratuais, os inscritos podem atuar contra ela na defesa dos direitos previdenciários²¹⁶.

Os contratos são aleatórios e de adesão, em que o segurado se submete às condições que lhe são trazidas pela seguradora, incorporando-se ao contrato, tacitamente, nos termos das normas editadas pelo órgão competente²¹⁷. A natureza técnico-operacional da previdência privada impõe ao respectivo órgão normativo e executivo a definição de bases

²¹⁵ Repita-se que a natureza contratual de caráter oneroso não se modifica nos contratos realizados com entidades fechadas em plano não contributivo pelo beneficiário, visto que o valor que a empresa aporta integralmente seria complementação dos benefícios concedidos ao empregado e, portanto, permanece inalterada a obrigação pecuniária junto à entidade previdenciária.

²¹⁶ PÓVOA, Manoel Sebastião Soares. **Previdência Privada**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2007, p. 228: “Se é certo que esta sua posição só foi possível porque ele era empregado na empresa, não é menos certo que a relação jurídica estabelecida com a entidade é completamente autônoma, até porque pode continuar, mesmo depois de desfeito o vínculo empregatício. E isso não muda, quando a empresa suporta a totalidade dos encargos da entidade”.

²¹⁷ LC 109/01: Art. 13. “A formalização ou condição de patrocinador ou instituidor de um plano de benefício dar-se-á mediante convênio de adesão a ser celebrado entre o patrocinador ou o instituidor e a entidade fechada, em relação a cada plano de benefício por esta administrado e executado, mediante prévia autorização do órgão regulador e fiscalizador, conforme regulamentação do Poder Executivo”.

técnicas a que as entidades têm de obedecer na elaboração de um plano de benefício, a exigir depois sua aprovação, razão pela qual a pessoa interessada em se beneficiar tem que se inscrever e aceitar a sua composição²¹⁸.

Por sua vez, a natureza aleatória do contrato se resulta de sua própria função social e econômica atrelada a evento incerto e futuro, cuja prestação a ser cumprida pela entidade de previdência depende da verificação do previsto no contrato. Há, contudo, modalidades de planos que constituem verdadeira aplicação financeira em longo prazo e que, pois, oferecem a garantia de retorno do capital investido, através de resgate, depois de cumprida as formalidades legais, apenas dependem da vontade do participante.

O contrato é consensual e formal, ante a necessidade de vontade da parte para integrar o facultativo regime de previdência privada, inclusive nos casos de empregados dos patrocinadores ou associados dos instituidores (artigos 1º e 16 da LC 109/01), bem como a formalidade que o reveste pela obrigatoriedade da inscrição formal do contratante no plano de benefício, cujo certificado de deverá conter obrigatoriamente os requisitos e formalidades previstas no artigo 10 da Lei Complementar 109/01. A proposta de inscrição e o certificado de participantes são os instrumentos do contrato exigidos pela Lei, no intuito de dar transparência do objeto efetivamente contratado.

2.3. Previdência privada no âmbito familiar – A nova propriedade

²¹⁸ LC 109/01: Art. 6º. “As entidades de previdência complementar somente poderão instituir e operar planos de benefícios para os quais tenham autorização específica, segundo as normas aprovadas pelo órgão regulador e fiscalizador, conforme disposto nesta Lei Complementar”. Art. 7º. “Os planos de benefício atenderão os padrões mínimos fixados pelo órgão regulador e fiscalizador, com o objetivo de assegurar transparência, solvência, liquidez e equilíbrio financeiro e atuarial”.

Pudemos aferir que estamos diante de uma nova fase patrimonial, nessa sociedade industrial, cujo valor centra-se no indivíduo em si mesmo que busca segurança no porvir, através de planos de previdência que poderá ser o patrimônio mais valioso ou mesmo único constituído durante o casamento ou união estável, haja vista que garante não apenas o contratante na aposentadoria que manterá o padrão de vida, mas sua família em caso de falecimento.

Voltaire Marensi cita fatores social-econômicos para justificar a opção do indivíduo pelo regime da previdência privada:

A previdência complementar transcende a sua finalidade precípua de garantir, na velhice, recursos compatíveis com os padrões auferidos. A vida associativa do segurado, *rectius*, participante do sistema, divide-se em dois períodos: primeiro, a fase de contribuição; o segundo, a fase de benefício. A fase contributiva já reflete influências muito fortes sobre o comportamento do trabalhador. Mais confiante no futuro, na certeza de uma aposentadoria condigna, ele se torna mais apto à realização profissional, sem a preocupação de guardar para prover na velhice. Essa certeza é benéfica ao seu comportamento ético, com intenso efeito na revalidação dos valores morais. Futuro garantido significa cidadãos mais íntegros. No segundo período, fase do benefício, retirando-se oportunamente, abrem-se novas vagas no mercado de trabalho. Individualmente, por se sentir mais amparado, é um ser mais integrado à sociedade, com um rol de sadias conseqüências²¹⁹.

A separação entre a vida profissional e a vida familiar desenvolveu-se em simbiose com a privatização da família, que passou o indivíduo a investir em si mesmo, constituindo patrimônio sob sua titularidade com intuito de garantir a si e a sua família no futuro, meios

²¹⁹ MARENSI, Voltaire. **A nova Lei da Previdência Complementar Comentada**. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 27.

financeiros para continuar a fazer parte da sociedade consumerista²²⁰ mesmo após a aposentadoria.

Com efeito, a garantia do pensionamento no futuro reduz a necessidade de poupança para assegurar economicamente a terceira idade e, conseqüentemente, aumenta a propensão para o consumo²²¹, que é incentivado ante a suma importância na esfera da economia nacional²²².

A riqueza proveniente da previdência privada assume relevância crescente por sua evidente importância econômica social na família, porém surge muito diferente dos outros direitos patrimoniais, por ter como objeto o pagamento de uma certa quantia pecuniária. Ademais apresenta uma relação íntima com a carreira profissional do seu titular aliada à proibição legal de sua transmissibilidade e à sua natureza de retribuição diferida.

No século XX a profissão e os diversos benefícios a ela associados se transformaram no meio mais importante de riqueza, as pessoas que exercem atividade remunerada ao participar do mercado de trabalho, centram seus planos na expectativa de, na medida do possível, em profissões que ofereça segurança econômica no presente e no futuro.

²²⁰ GRINOVER, Ada Pelegrine...et. al. **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p.7: “O homem do século XX vive em função de um modelo novo associativismo: a sociedade de consumo (*mass consumption society* ou *Konsumgesellschaft*), caracterizada por um número crescente de produtos e serviços, pelo domínio do crédito e do *marketin*, assim como pelas dificuldades de acesso à justiça. São esses aspectos que marcaram o nascimento e desenvolvimento do direito do consumidor, como disciplina jurídica e autônoma.

²²¹ TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **O Direito à pensão de reforma enquanto bem comum do casal**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 1997, p. 149.

²²² GUILHOTO, Joaquim J.M.; CONCEIÇÃO, Pedro H.Z. da; CROCOMO, Francisco C.. **Estruturas de Produção, Consumo, e Distribuição de Renda na Economia Brasileira: 1975 e 1980 Comparados**. Disponível em: usp.br/feaecon/incs/download.php?.../livros/file_456.pdf - 103k, acesso em 25 de fevereiro de 2010: “O fato acima indica que a estrutura do consumo, que está diretamente ligada a da distribuição de renda, é que de fato tende a dominar as transações da economia, indicando o seu maior poder de alterar a estrutura produtiva do que as relações inter industriais. A estrutura de consumo pode afetar a produção, as importações, a massa de salários, e a distribuição de renda”.

No estado do bem-estar a velha propriedade imobiliária não é a forma mais relevante de riqueza e poder²²³, tendo em vista que os meios necessários para a satisfação da segurança familiar advém do trabalho remunerado e seus benefícios que permitem uma maior mobilidade social, atendendo as exigências das transformações da vida moderna no atual capitalismo, o indivíduo investe na sua própria pessoa em resposta as necessidades produtivas mercadológicas²²⁴.

2.3.1. Interesse do indivíduo no sistema privado de previdência

O instituto da previdência privada tem como principais características a liberdade, a onerosidade e a individualidade do contrato.

A liberdade advém da faculdade do indivíduo aderir ao plano por sua mera vontade, da possibilidade de escolha a cobertura que melhor lhe sirva dentre as inúmeras oferecidas no mercado, além da viabilidade de sua mudança de cobertura ou operadora. A individualidade da escolha reservará notável segurança ao preservar o nível de vida em qualquer processo social que esteja envolvido.

²²³ LOPES, José Reinaldo Lima Lopes. **O Direito na História: lições introdutórias**. 3ª. Ed. São Paulo: Editora Atlas, p. 374: “O direito romano era um direito de privilégios, os pais de família eram na verdade os sujeitos dos direitos: só eles eram *sui iuris*, e todos os negócios de família (unidade de produção) giravam em torno deles. A propriedade fundiária era um aspecto central da vida familiar: as terras da família eram a base material da vida da unidade produtiva (...) O senhor era o patrão, o padrinho, o ‘coronel’, no sentido que teve no Brasil justamente para aquele que manda por força de seu poder meramente privado. A propriedade era associada a uma jurisdição, um poder de constituir cadeias de comando sobre a família, os servos, julgar e arbitrar conflitos entre subordinados que viviam nas terras da família. A propriedade burguesa dispensa esta espécie de privilégio e se torna completamente livre. Separa-se o universo privado (o simples gozo e uso da riqueza) do universo público (do poder de comandar, mas também de prestar recursos para as obras públicas, com a guerra e a assistência aos pobres). A separação do público e do privado, do Estado e da sociedade civil, da riqueza e da política confirma-se e toma forma na propriedade moderna”.

²²⁴ BITTAR, Eduardo C. B. **Família, Sociedade e Educação: Um ensaio sobre o Individualismo, Amor líquido e Cultura Pós Moderna**, p. 107.

Póvoa explica que ao referir-se ao processo social, quis frisar que:

a posição desse indivíduo no grupo social em que vive, determina que ele tudo faça para manter, não por razões exclusivas de vaidade pessoal, mas porque essa posição é o mais significativo ponto de referência que ele tem em relação à sociedade, e que se for perdida implicará na sua marginalização no grupo, com conseqüência na estabilidade da família, na manutenção do nível de residência em que viva, determinando até, a impossibilidade de se manter nesse grupo social. É por isso que as ações de marketing da previdência privada poderão apoiar-se na necessidade do indivíduo tem de se manter no grupo social em que está integrado ²²⁵.

Tal fato é facilmente constatado ao compulsarmos as várias formas de mídia oferecendo planos de previdência para atingir o indivíduo que tem família e preocupa-se com seu futuro²²⁶. Ora, já vimos que a seguridade social pública, quando instituída, foi concebida para contemplar a segurança do indivíduo e de sua família, o conceito e a motivação permanecem.

Os contratos de previdência privada aberta são protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor, pelas características bastante marcadas da relação de consumo e pela facilidade com que esses planos estão sendo comercializados, “o plano de previdência é oferecido pelo mercado a quem quer que seja”²²⁷.

²²⁵ PÓVOA, Manoel Sebastião Soares. **Previdência Privada**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2007, p. 95.

²²⁶ Vide: <http://www2.brasilprev.com.br/NossosPlanos/ParaVoce/Planos/Paginas/default.aspx> e <http://www.hsbc.com.br/1/2/portal/pt/para-voce/previdencia/sobre-previdencia> : “**O que é Previdência Complementar**”. Significa pensar no seu futuro, garantindo o conforto de uma aposentadoria tranqüila para você e sua família, ou ainda, a realização de um sonho antigo, como a abertura do negócio próprio ou a educação dos seus filhos. A finalidade do plano de Previdência Complementar é oferecer uma proteção adicional ao trabalhador, permitindo que esse tenha a mesma renda na aposentadoria se comparada à renda que recebia quando ainda estava inserido no mercado de trabalho”.

²²⁷ BALERA, Wagner. **Competência Jurisdicional na Previdência Privada**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 100. Nesse sentido o julgamento do REsp 306.155/MG, DJ 25/02/2002, da lavra da relatora Min^a.

Caso o plano seja realizado com autarquia fechada, não difere sua natureza, visto que as empresas que oferecem o plano previdenciário a seus funcionários, vem para garantir estabilidade ao seu grupo de trabalhadores, além de servir como atrativo para amealhar os melhores profissionais do mercado, principalmente por que no Brasil a pensão privada é autônoma e facultativa, tornando um elemento muitas vezes preponderante na escolha do empregador, conforme relata Maria João Tomé:

Com efeito, em alguns sistemas jurídicos, na ausência de uma pensão unificada, a decisão individual para mudar de actividade profissional é mais complexa que a decisão para iniciar uma dada actividade profissional. Contra quaisquer vantagens eventuais está a força da inércia assim como o receio perante doenças desconhecidas. Actividade profissional e família estão intimamente ligadas no cerne destas decisões. As pessoas com responsabilidades familiares tendem a permanecer na mesma actividade profissional durante períodos de tempos mais longos do que as pessoas sem as mesmas responsabilidades. A decisão deixa de ser individual para ser familiar. Algo paradoxalmente, além da divisão do trabalho, a retribuição, os

Nancy Andrighi, que as normas consumeristas são aplicáveis à relação existente entre as entidades de previdência privada e os seus participantes: “A participação no plano oferecido pela previdência privada ocorre com a celebração do contrato previdenciário. Através deste negócio jurídico o participante transfere à entidade certos riscos sociais ou previdenciários, mediante o pagamento de contribuições, a fim de que, ocorrendo determinada situação prevista contratualmente, obtenha da entidade benefícios pecuniários ou prestação de serviços. A obrigação da entidade previdenciária, portanto, é atividade de natureza securitária. Nesse prisma, a caracterização do participante de plano de previdência privada fechada como consumidor não oferece obstáculos, pois certamente trata-se de pessoa que adquire prestação de serviço como destinatário final, ou seja, para atender à necessidade própria, na conceituação de José Geraldo Júnior. Ademais, segundo aquele autor, a vulnerabilidade econômica é um traço do consumidor, e, no caso em exame, nota-se facilmente a posição economicamente mais fraca do contribuinte em relação à entidade de previdência privada. A situação vulnerável do participante é acentuada ainda pelo fato de que os contratos previdenciários celebrados com a entidade privada são de adesão, em que o aderente não tem qualquer possibilidade de participar da estipulação das cláusulas. De outro lado, também pode-se enquadrar a entidade de previdência privada no conceito de fornecedor de serviços do art. 3º, do CDC. É fornecedor de serviços aquele que os presta no mercado de consumo. (...) Essa entidade (fechada, quando a participação no plano é limitada a uma categoria de pessoas, ou aberta, quando acessível a qualquer interessado) presta o serviço mencionado no art. 3º, § 2º, do CDC, pois objetiva, como anteriormente exposto, a realização de atividade securitária. Dessa forma, o vínculo jurídico entre o participante e a entidade de previdência privada é relação de consumo, aplicando-se, assim, os princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor.” A matéria encontra-se pacificada na citada Corte, através da súmula 321: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes”.

benefícios da segurança social e a antiguidade na carreira limitam a pessoa na sua liberdade de opção. O que recentemente apresenta alguma novidade é o significado crescente dos benefícios derivados do exercício de uma actividade profissional, os quais tendem a prender o indivíduo à sua actual actividade²²⁸.

Oportuno salientar que actualmente a mais relevante herança que uma família pode deixar a seus filhos consiste na educação para que no futuro possa se sustentar dignamente, em dar-lhes oportunidade de desenvolvimento para construírem a própria liberdade²²⁹.

Na economia moderna, a detenção de riqueza encontra-se mais em títulos-valores do que em bens perenes o que confere uma maior versatilidade ao património, o trabalho transforma-se no bem mais importante. Há menos pessoas com bens perenes e sucessíveis e mais pessoas com profissão²³⁰.

A segurança pessoal de quem vive de seu trabalho, assim como de seus familiares, não concentra no património transmitido ou por transmitir na sucessão, mas na complexa teia das opções de manutenção da família através de inúmeros planos para assegurar os riscos económicos sociais na actual sociedade de consumo, voltada para o investimento pessoal de cada um dos membros daquele núcleo familiar.

²²⁸ TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **O Direito à pensão de reforma enquanto bem comum do casal**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 1997, p 151

²²⁹ A propósito já existe no mercado a denominada “previdência infantil”, cujo objetivo seria garantir a educação do filho para que possa receber mensalmente uma renda auxiliar para formação académica e início de actividade profissional, ou seguro *in*

<http://www.portoseguro.com.br/previdenciainfantil/home.html?gclid=CPbr5NukkKACFQQf7god9AK4dw>, . Sobre o assunto em matéria jornalística veiculada na Revista Veja, na seção dedicada a Educação, é informado que aumenta desde 2000, 20% cada ano o número de pais que abrem fundos de previdência para os filhos, demonstrando a preocupação da família brasileira com a educação dos filhos. Especificamente para tal fins existem a previdência privada associada com seguro educação que funciona como fundo, mas tem a vantagem de custear os estudos do segurado caso haja morte de seus pais antes do tempo previsto para o pagamento diferido. Revista Veja. Editora Abril, publicada em 25 de outubro de 2006, no. 1979, p. 123.

²³⁰ BITTAR. Eduardo C. B. **Família, Sociedade e Educação: Um ensaio sobre o Individualismo, Amor líquido e Cultura Pós Moderna**, p. 105.

Pietro Perlingieri classifica a família como ente de formação social, como lugar onde se desenvolve a pessoa, principalmente a dignidade humana, “ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que ela pertence”²³¹.

Assim, sem abandonar as leis, que é a própria de toda a regra jurídica, devemos analisar e interpretar o regime de bens no casamento e união estável, à luz dos princípios constitucionais que norteiam o direito de família, com o fim de funcionar como “conexões axiológicas e teleológicas entre, de um lado o ordenamento jurídico e o dado cultural, e de outro, a Constituição e a legislação infra-constitucional”²³² e concluir sobre os bens partilháveis na dissolução por separação ou divórcio.

²³¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3.º Ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 244

²³² MORAES, Maria Celina Bodin. Prefácio *in* Negreiro, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do Princípio da boa fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 232.

3. DO REGIME DE BENS ENTRE OS CÔNJUGES

3.1. Princípio geral da partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum

O novo direito de família trabalha com a diretriz básica, que consiste na revalorização do aspecto afetivo. O amor não se subordina ao patrimônio, mas sim o contrário dentro dos princípios constitucionais da igualdade entre os cônjuges, solidariedade familiar e dignidade, “originária entre a liberdade e responsabilidade”²³³. O interesse individualizado de cada um deve haver comunhão espiritual com o interesse do outro, harmonizando com o outro. Caso haja conflito de interesse, a solução dada é diferente daquela mera comunhão patrimonial: seria necessário recorrer à “peculiar solidariedade que caracteriza as suas vicissitudes internas, inspirada na igual dignidade moral e jurídica dos seus componentes e à unidade familiar, entendida como comunhão – ainda que não mais atual – de sentimentos e de afetos, isto é de vida e de história”²³⁴.

No esteio desse raciocínio a comunhão dos bens adquiridos pelo esforço comum durante o casamento ou a união estável deverá ser a mais ampla possível, por constitui um conjunto ou massa indivisa, dos quais os cônjuges são condôminos em parte iguais, representando a concreta afirmação de critério de justiça igualitária pela participação de

²³³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3ª. ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 244: “A liberdade na família encontra na unidade e nos relativos deveres não tanto de limite, mas, sim, a função, o fundamento de sua própria titularidade”.

²³⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3ª. Ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p 179.

ambos na formação do patrimônio, independentemente dos proveitos remuneratórios percebidos durante a união²³⁵.

A indivisão mantém-se enquanto durar a família, podendo cada um dos condôminos administrar a massa praticando livremente os atos de aquisição e alienação dos bens, sendo-lhes vedado no regime da comunhão, apenas praticar atos de alienação, gravame ou direito de ação sobre bens imóveis, bem como prestar fiança ou aval e fazer doações de bens comuns, ou que possam integrar futuramente a meação conforme dispõe o artigo 1.647 do Código Civil.

A administração deve ser no intuito do bem familiar, sendo cada um responsável pelos atos praticados sob pena de responder com seu patrimônio próprio pelo prejuízo causado ao outro na administração do bem comum.

Necessário observar que o legislador não alterou a necessidade da outorga de ambos para alienação de bens de raiz, por admitir que “os bens imóveis são os que permitem maior estabilidade econômica da família”, contudo ignorou a enorme evolução e modificação do anseio da nova família em que a maioria dos casais não possui como bem de maior valor a

²³⁵ RAUCENT, L. Quel doit patrimonial pour quelle famille? **In Familli, Drot et Changement Social dans Iês Soci'tés Contemporaines**, in Travaux des VIIIes Journées d'Études Juridiques Jean Dabin Organisées par Le Centre de Droit de Droit de la famille Iês 25 et 26 mars 1976, Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Paris, 1978, p. 252 *apud* TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **O Direito à pensão de reforma enquanto bem comum do casal**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 1997, p. 155: “De resto, já que um dos princípios desta civilização industrial, quadro social da família social, é a tendência para a igualdade, deveria atender-se a que esta se torna no próprio princípio dos regimes matrimoniais, pelo menos do regime de direito comum. Esta igualdade será concebida não apenas de um ponto de vista negativo, como ausência de qualquer discriminação baseada no sexo, mas também um modo positivo, de um lado como exigência de respeito recíproco (tendo cada um dos cônjuges igual dignidade) e de outro lado, como reconhecendo igual valor aos diferentes papéis conjugais e fazendo então cada cônjuge beneficiar dos proveitos mais remuneratórios ligados ao papel exercido pelo seu cônjuge, recusando qualquer averiguação do valor de cada um dos papéis, como aquele de saber se a função do banqueiro que o marido exerce ‘vale’ mais que a do trabalhador doméstico do cônjuge”.

casa de moradia, mas inúmeras outras formas de investimentos como ações em bolsa de valores, empresas, seguros, planos de previdência etc²³⁶.

Sendo assim, cada vez se faz mais necessário implicar àqueles que estão sob a administração dos bens conjugal a responsabilidade e o dever de indenizar pelas perdas sofridas advindas de desvio de patrimônio que causam dano ao cônjuge ou companheiro²³⁷, aplicando a regra geral da responsabilidade civil ao Direito de Família²³⁸.

O regime da comunhão parcial representa concretamente um critério de Justiça com o intuito de afirmação de paridade conjugal, haja vista que inserem na massa “os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges”, nos termos do artigo 1.660, I do Código Civil, “com que se evitariam as grandes desigualdades de fortuna e a dilapidação de patrimônios anteriores”²³⁹. Independentemente

²³⁶ SZTAJN, Raquel. Notas de Análises Econômicas. **A família na Travessia do Milênio**. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000, p. 400: “A datação do Código Civil é patente neste caso, de vez que as restrições não incidem sobre bens móveis pertencentes ao casal. Essa distinção é nitidamente danosa, pois atualmente a riqueza é facilmente mobilizada, e sobre negócios com bens móveis, que podem ter valores expressivos, a mulher não pode intervir”.

²³⁷ Sobre Responsabilidade civil nas relações familiares vide: Rolf Madaleno *in* **A efetivação da disregard no juízo de família**. Direito de Família: a família na travessia do milênio/ Coord: Rodrigo da Cunha Pereira. Anais do II Congresso de Direito de Família. 1999: Belo Horizonte: IBDFAM. MG, Del Rey 517-549. /MG. Juliana Gontijo *in* **Partilha Contenciosa**. Direito de Família: a família na travessia do milênio/ Coord: Rodrigo da Cunha Pereira. Anais do II Congresso de Direito de Família. 1999: Belo Horizonte: IBDFAM. MG, Del Rey 517-549. /MG, p. 50/507: prevê a possibilidade de prestação de contas entre os cônjuges na constância do casamento: “Apenas a administração unitária quando exercida por apenas um dos cônjuges, por tradição o varão, já não mais se presta a deixar isento de render contas ao administrador que exercita excessos e age, com evidência, na contramão dos interesses da sociedade matrimonial”. No mesmo sentido: TJRJ, ApCiv 5.277/98, Rel. Des. Joaquim de Brito, pub. 10.06.1999.

²³⁸ Sobre o tema ler: SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. **Reparação civil na separação e no divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1999. CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva. **Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si**. 2000: Porto. Coimbra Editora.

²³⁹ MIRANDA, Pontes de. **Dissolução da sociedade conjugal**. Tratado de Direito Privado. Parte Especial, Tomo VII. 4ª.ed. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1983, p. 332.

da contribuição financeira de cada um, a comunhão é composta em proporções iguais, com a finalidade de atingir a equiparação material entre os cônjuges²⁴⁰.

A igualdade econômica deve ser observada após a dissolução do casamento pela separação ou divórcio, extinguindo o vínculo e conseqüentemente a relação patrimonial havida, fazendo cessar os efeitos para o futuro, mantendo-se, porém, os já produzidos.

A comunhão em partes iguais está alicerçada no princípio comunitário da família conjugal e na sua ética de comunhão espiritual e material de vida. A estrutura associativa se coaduna perfeitamente com a nova relação matrimonial alicerçada nos deveres recíprocos de assistência e cooperação, em que os cônjuges são responsáveis pelos encargos e sustento da família na proporcionalidade de seus bens e rendimentos do trabalho, igualando-os material e economicamente.

A relação associativa desenvolvida no casamento deve ser “imbuída por um espírito de partilha quer na prosperidade, quer na adversidade, em virtude da cooperação e da reciprocidade conjugais²⁴¹”, razão pela qual, a comunicação em partes iguais independe, frise-se, das condições financeiras de cada um dos cônjuges, igualando materialmente a colaboração da dona de casa ao do outro cônjuge que recebe por tarefas remuneradas pelo trabalho fora do lar, quer como empregado, empresário ou profissional liberal²⁴².

²⁴⁰ MADALENO, Rolf. **A Retroatividade Restritiva do Contrato de Convivência**. Revista Brasileira do Direito de Família. N. 33, p. 149: “Incorporada pelo Direito brasileiro o princípio da igualdade, nasce uma nova comunidade afetiva, que, em sua grande maioria, adota um regime de comunidade dos aquestos, com resultado econômico de uma verdadeira associação, em total paridade de deveres consideradas as funções de ajuda mútua e a conseqüente divisão dos resultados econômicos surgidos desta parceria”.

²⁴¹ TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **O Direito à pensão de reforma enquanto bem comum do casal**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 1997, p. 159

²⁴² TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **O Direito à pensão de reforma enquanto bem comum do casal**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 1997, p. 174,175: “A divisão de tarefas no casamento é objeto de acordo entre os cônjuges, exprimindo a redemocratização das

A previdência privada instituída por qualquer dos cônjuges na constância do casamento, através de entidades abertas ou fechadas, por vinculadas ao emprego em empresas privadas ou públicas, se faz obrigatória por constituir um significativo componente da compensação da prestação do cônjuge trabalhador da sua função exercida de forma remunerada, aplicadas em fundos de previdência.

Como já abordamos o instituto tem o intuito único de proteger o indivíduo e sua família, além de fomentar poupança em longo prazo, essencial para estimular o crescimento econômico.

O contrato previdenciário, adquirido forma onerosa durante a união através de plano de adesão na titularidade apenas de um deles, é individualizado²⁴³ e firmado voluntariamente, porém com a finalidade intrínseca de proteção futura à família.

O indivíduo, enquanto parte integrante de uma entidade familiar, deve agir como o *bonus pater familie*, dando primazia ao interesse comum em detrimento o individual. A solidariedade entre os entes familiares não é facultativa, razão pela qual os direitos de garantir da manutenção do padrão de vida por serem protetivos, advindos do plano de previdência privada, estendem-se ao outro cônjuge que pode dele usufruir igualmente, comunicando em seus direitos e deveres.

Por ser tratar de contrato optativo e de investimento com garantia para o futuro, a previdência privada é hoje um dos diversos ramos que possui a finalidade de acumulação

famílias. (...) O resultado de uma multiplicidade de fatores ideológicos, tecnológicos, econômicos e outros, consistiu na transformação do conceito cultural de casamento e de repartição de tarefas entre os cônjuges”.

²⁴³ BALERA, Wagner. **Competência Jurisdicional na Previdência Privada**. São Paulo: Quatier Latin, 2006, p. 06: “O quinhão de cada participante está diluído em reservas diversas, mas pode ser individualizado e o será, necessariamente, quando surgir o direito previdenciário contratualmente previsto”.

patrimônio com vista à renda futura na terceira idade ou após a saída do mercado, constituindo típico produto para essa finalidade e ativo financeiro²⁴⁴.

²⁴⁴ Nesse sentido o voto revisor do eminente Desembargador Francisco Loureiro nos autos da **Apelação Cível no. 543.261.4/5-00 – TJSP**, proferido em 15 de outubro 2009, que bem fundamentou a comunicabilidade do fundo de previdência privada instituído durante o casamento, ante a natureza do bem em questão: “Apenas no que tange ao fundo de previdência privada é que me permito fazer algumas considerações complementares. O aludido fundo foi constituído, com depósito inicial, em data anterior ao casamento. Durante a constância da sociedade conjugal, contudo, o marido efetuou depósitos mensais incrementando de modo significativo o ativo. Correta a posição do voto do Eminent Relator, no sentido de determinar a partilha proporcional do fundo, observando-se os depósitos feitos entre 20 de março de 1.999 e 29 de janeiro de 2.004, a serem apurados em liquidação de sentença. Isso porque os fundos de previdência privada não têm a natureza de simples proventos abstratos e futuros complementares à aposentadoria oficial, mas, ao invés, constituem típico produto e ativo financeiro. A Constituição Federal, em seu artigo 202, com redação dada pela Emenda Constitucional n° 20, de 15/12/98 reza: "O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei Complementar". Disso decorre que os fundos de previdência privada, embora regidos por normas próprias e com inúmeros benefícios fiscais, constituem produto financeiro de longo prazo. Evidente a preocupação geral com o porvir e a garantia de rendimentos razoáveis para complementação da pensão previdenciária oficial. São inúmeras as estratégias de acumulação de patrimônio com tal escopo. Alguns investem no ramo imobiliário, visando a percepção de alugueis. Outros montam carteiras de ações, para perceber dividendos. Terceiros optam por investimentos em renda fixa ou variável, inclusive sob a forma de fundos de investimentos para diluição de riscos. Há quem prefira montar o próprio negócio e administrá-lo diretamente, ou por pessoa de confiança. Finalmente, existe a escolha dos fundos de previdência privada, que gerarão renda proporcional ao capital investido depois de alguns anos. **Dizendo de outro modo, há várias opções de acumulação de capital e de patrimônio com o objetivo de forrar o risco da queda do padrão de vida na terceira idade ou após a saída do mercado de trabalho. Óbvio que, em última análise, toda e qualquer poupança de longo prazo tem exatamente o mesmo propósito, de garantir o investidor contra incertezas futuras, em especial a provável queda de renda depois de certa idade.** O fomento fiscal para estimular a escolha do investidor pelos fundos privados de previdência, mediante isenção do imposto de renda, decorre não propriamente de seu caráter social, mas sim da conveniência da formação de poupança de longo prazo, essencial para alavancar investimentos e estimular o crescimento econômico. É por isso que o Tribunal de Justiça de São Paulo, em mais de uma oportunidade, assentou que a ‘previdência privada nada mais é que acúmulo de capital, acúmulo de dinheiro que passa a ser administrado por pessoa jurídica especialmente criada ou contratada para esse fim, mediante remuneração e promessa de boa rentabilidade do capital amealhado’. (AGRAVO DE INSTRUMENTO n° 435.220-4/6-00, Rel. JOSÉ ROBERTO LINO MACHADO; no mesmo sentido, Agravo de Instrumento n° 302.675.4/6-00, da Comarca de São Paulo, relator Desembargador Munhoz Soares, de 26 de agosto de 2004). Outros recentes precedentes deste Tribunal de Justiça caminharam no mesmo sentido: ‘EXECUÇÃO. Título extrajudicial. Penhora sobre crédito decorrente do pagamento de resgate de VGBL. Cabimento. Valor que não se enquadra em proventos de aposentadoria, portanto, fora da proteção legal. Inaplicabilidade do artigo 649, IV do Código de Processo Civil. Recurso não provido. (Agravo de Instrumento n° 7147283-8, Rel. Gilberto dos Santos, j. 28 de junho de 2007.). ‘Não há vedação legal à constrição de quantia aplicada em fundo PGBL. Trata-se de aplicação financeira destinada a plano de previdência privada. Não tem, enquanto não preenchidos os requisitos para o recebimento da contraprestação, caráter alimentar. Assim, ainda que fosse possível interpretação extensiva, não estaria a verba abrangida pela impenhorabilidade prevista no art. 649, IV, do Código de Processo Civil’. (AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 7.192.4768, Rel. Des. Roberto Bedaque, j.13 de novembro de 2007). Se o Superior Tribunal de Justiça, em mais de uma oportunidade, determinou a partilha de saldo de FGTS e de indenização trabalhista cujo período aquisitivo ocorreu na constância do casamento, com muito maior

O direito a previdência privada por haver sido adquirido com valores proveniente do esforço comum durante a união comunica ao cônjuge não titular do direito e deve ser partilhada na dissolução do casamento por separação ou divórcio, por ser bem patrimonial, frise-se decorrente de uma aquisição pecuniária protetiva à família voltada à utilização futura.

Os cônjuges sacrificam parte do rendimento familiar com vistas a satisfazerem as necessidades ou aspirações na terceira idade de acordo com a capacidade contributiva de cada um²⁴⁵, como verdadeira expectativa.

Caso não haja na dissolução do casamento ou união estável a partilha da previdência privada constituída por esforço de ambos na constância da união, o cônjuge titular do direito enriquecer-se-ia à custa do patrimônio alheio²⁴⁶.

Ademais, caracterizaria abuso de direito do exercício de administração dos bens comuns, e, portanto, ato ilícito, o cônjuge optar por investimento que em eventual partilha

dose de razão é coerente determinar a partilha de saldo de fundo de previdência privada, acumulado nas mesmas condições” (negrito nosso).

²⁴⁵ TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **O Direito à pensão de reforma enquanto bem comum do casal**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 1997, p. 213: “Não deve esquecer-se a relação existente entre as necessidades familiares, de um lado, e o dever de contribuição para os encargos da vida familiar do outro. Os dois fenômenos influenciam-se reciprocamente: quanto maior é a capacidade contributiva dos cônjuges para os encargos da vida familiar, tanto mais elevado pode ser o teor da vida familiar e, assim, tanto maiores as necessidades da família; e, reciprocamente, quanto maiores são as necessidades da família tanto mais elevada é a medida da contribuição dos cônjuges para os encargos da vida familiar”.

²⁴⁶ A tese do enriquecimento ilícito entre os cônjuges já é reconhecida pela doutrina que afasta a comunhão de bens na separação de fato, pela ausência de contribuição. O contrário também serve para caracterizá-lo, ou seja, a comunhão de esforços e a ausência da comunhão de bens também caracterizam enriquecimento ilícito: “O fundamental no regime de comunhão de bens é o *animus societatis* e a mútua contribuição para a formação de um patrimônio comum. Portanto, sem a idéia de sociedade e sem união de esforços do casal para a formação desse patrimônio, configurar-se-ia injusto, ilícito e imoral proceder ao partilhamento de bens conseguidos por um dos cônjuges, estando o outro afastado da luta para aquisição dos mesmos” in CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. 10ª. ed. revista e atualizada de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 811.

pertenceria apenas a ele²⁴⁷, por ferir os princípios constitucionais de solidariedade e igualdade, mesmo que *prima facie* no ato estivesse de boa-fé²⁴⁸.

A ausência de reconhecimento de partilha da previdência privada realizada por um dos cônjuges durante o casamento distorceria a finalidade do próprio instituto de proteção familiar, inviabilizando a sua legalidade e funcionalidade.

3.2. Da comunicação da previdência privada por sua natureza

Em certas circunstâncias uma ordem jurídica pode continuar inalterada mesmo que mudem radicalmente as relações econômicas²⁴⁹, “a tendência de despreza oportunidades econômicas somente para agir conforme as leis é naturalmente pequena, a não ser que uma convenção muito viva desprovê fortemente a evasão do direito formal, o que dificilmente ocorre quando são muito extensos os interesses prejudicados por inovações das leis”²⁵⁰.

Destarte, partindo do princípio que a formação da norma pressupõe condensação e exteriorização de valores políticos, econômicos, sociais, culturais de uma determinada época, é forçoso reconhecer que o regramento sobre o regime de bens, notadamente à

²⁴⁷ SCHLÜTER, Wilfried. **BGB – Familienrecht . Código Civil Alemão. Direito de Família.** Trad. Elisete Antoniuk. Universidade de Bonn: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 110: “A lei parte do pressuposto de que cada cônjuge deve tratar os interesses do outro como se fossem seus próprios” .

²⁴⁸ CARDOSO, Vladimir Mucury. **O Abuso do Direito na Perspectiva Civil-Constitucional.** Princípios de Direito Civil Contemporâneo. Coord. Maia Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2006: “O direito é resultado da sociedade, responsável pela instituição do ordenamento jurídico, que confere aos cidadãos certas faculdades, tendo em vista a proteção de certos interesses. Assim, a cada direito subjetivo corresponde a ‘um espírito’ e ‘uma finalidade’, dos quais o titular não pode se desviar. O exercício deve conforma-se com o plano institucional, com o espírito e com a finalidade, caso contrário não terá o titular usado de eu direito, mas abusado dele”.

²⁴⁹ Weber, MAX. **Economia e sociedade. Fundamentos da sociologia compreensiva.** Vol I. 4ª. edição. Trad. De Regis Barbosa e Karen Elsabe Barborá; Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: São Paulo:Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999, p 224.

²⁵⁰ Idem, p. 225.

transformação da composição os patrimônios privados, não acompanhou a evolução da sociedade, pois restou praticamente inalterado no último século em dissonância aos atuais princípios da solidariedade social, justiça distributiva e igualdade material entre os cônjuges.

Caio Mario da Silva Pereira, ao afirmar que a “essência das relações econômicas entre os casados, reside efetivamente, no regime de bens” conclui que estes constituem “princípios jurídicos que disciplinam a relação econômica entre os cônjuges, na constância do matrimônio”,²⁵¹.

Pontes de Miranda explica a influência do regramento do regime de bens no casamento de forma sociológica através do fenômeno da *nidificação*²⁵², concluindo que durante o tempo que o casamento durar (ninho) haverá comunidade de bens “baseada na convergência de esforços para a construção, ora na simples destinação comum do esforço de um só”,²⁵³.

De fato, reconhecendo que o casamento resulta em comunhão de vida e interesses estabelecida sobre bases da confiança plena, o regime de bens apenas traduz, no plano material, a projeção da atitude moral dos cônjuges na constituição da família²⁵⁴.

A comunhão universal de bens, adotada pelo Brasil como regime legal no Código Civil de 1916, não era recepcionada pelos demais países do ocidente, salvo Inglaterra e Portugal. Contudo, nesse solo encontrou impulsos afetivos de tal monta que representava a

²⁵¹ PEREIRA, Caio Mário. **Instituto de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, Vol. V, p.188.

²⁵² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2ª. ed., p.1.193: “nidificar [Do lat. *Nidificare.*]: V. int. Fazer ninhos; aninhar, ninhar”.

²⁵³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001, p. 146.

²⁵⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. 10ª. ed. atualizada por Achiles Beviláqua, 1953, Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, Vol II, p.168.

real vontade dos cônjuges de serem comunicáveis seus bens. Mesmo os estrangeiros que aqui se fixavam “não raro pensam e procedem *como* se os bens de cada cônjuge se tivessem de comunicar. Reação do espírito coletivo sobre o espírito individual. Ambiência contra forças centrífugas de caráter alienígena”²⁵⁵.

Nos primeiros tempos da monarquia portuguesa, o regime da comunhão universal de bens era mera criação de direito consuetudinário, limitada a certos municípios, cujo costume foi primeiramente consagrado em lei nas Ordenações Alfonsinas, no Livro IV, Título XII, § 5. As Ordenações Manuelinas e Filipinas também acolheram o regime da comunhão universal dos bens, segundo o costume do reino, que se fortificou sob a influência cristã²⁵⁶.

A comunhão, evidentemente, acarreta solidariedade maior entre os cônjuges e pressupõe maior confiança recíproca, fundindo-lhe o patrimônio como vínculo matrimonial. “Os cônjuges não adquirem só para ambos; nem qualquer deles só para si”, conclui o imortal Pontes de Miranda ao discorrer sobre o fato do regime de bens não ser consequência necessária do casamento, senão através de lei que expressamente o estipule²⁵⁷.

²⁵⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001, p, 213.

²⁵⁶ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. Ed, Fac-similar. Brasília. Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004, p. 142: “Tal como é em sua natureza e efeitos, a comunhão é por certo o regime que mais se coaduna com a índole da sociedade conjugal. A comunhão universal de bens reproduz no mundo material a identificação de destinos dos cônjuges e contribue poderosamente para fortificá-la e consolida-la, confundindo na mais perfeita igualdade os interesses de um e de outro”.

²⁵⁷ Idem p. 219: “Se o regime matrimonial de bens não é consequência *necessária* do casamento, de modo que não seja verdadeira a proposição: ‘Onde há casamento há regime matrimonial de bens’, se bem que o seja no direito Brasileiro e nos sistemas jurídicos conhecidos. Erro seria aconselhar-se a concepção de leis sobre o casamento em que não adotasse regime matrimonial *comum*; quer dizer: em que se permitisse o nada de regime matrimonial de bens. Primeiro, porque na ordem mesmas dos fatos o casamento produz comunidade de vida, mais ou menos duradoura e estável. Segundo, o regime da separação, quanto não é absoluta, constitui regime matrimonial de bens e adverte quanto à lei que regula os encargos do casal, os poderes do marido sobre os bens da mulher e os do mulher sobre os bens comuns, ou do marido. A administração mesma, inclusive dos móveis que formam o lar, ou do imóvel que o casal ocupa, suscita

Em suma, o regime da comunhão universal pressupunha a comunicação de todos os bens no intuito de proteção da família, em que há verdadeira comunhão de esforços e confiança pelo bem comum, conforme descreveu Beviláqua ser “o preferido pelo nosso direito, e por estar mais em harmonia com a transfusão de interesses que deve caracterizar a vida conjugal e que fez do marido e da mulher uma *só* pessoa, *caro una*”²⁵⁸.

Pois bem, mesmo com espírito de “unificar o patrimônio dos cônjuges”²⁵⁹, foram excluídos do patrimônio comum alguns bens entre eles as pensões, tenças e rendas semelhantes “concedidas especialmente a algum cônjuge ou a ele transmitidas hereditariamente, porque, sendo inalienáveis esses direitos, são incomunicáveis”²⁶⁰.

No mesmo sentido, João Andrades Carvalho explica a incomunicabilidade pelos benefícios terem “caráter previdenciário, vinculados a contrato parentesco ou sociedade conjugal, de caráter intransferível, que, em razão do óbito ou de implementos de condições, favorecem pessoa determinada”²⁶¹.

Conforme demonstrado, a regra prevista primeiramente no direito Português²⁶², reiterada através do artigo 263, I do Código Civil de 1916, qual seja a incomunicabilidade

questões sobre as quais é preciso que algo se *resolva*, levando-se em conta a situação jurídico-moral e econômico-afetiva que o casamento engendra”.

²⁵⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. Recife: Ramiro M. Costa, Livraria Contemporânea, 1905, p. 248. No mesmo sentido Lafayette Coitinho justifica a incomunicabilidade por ser direito inalienável *in* PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. Ed. Fac-similar. Brasília. Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004, p. 216.

²⁵⁹ *Idem*, p. 248.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 269.

²⁶¹ CARVALHO, João Andrades. **Regime de bens**. Rio de Janeiro: AIDE, 1996, p. 45.

²⁶² ESPÍNOLA, Eduardo. **A família no Direito Civil Brasileiro (1954)**. Atualizado por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2001, p. 377: “Código Civil, art. 263, I. A primeira exclusão considerada por nossa lei refere-se a certas importâncias ou contribuições de caráter pessoal, resultantes de leis de assistência, decisão judicial, ou ainda de convenção, como são as pensões, montepios, meio soldos, tenças e semelhantes, que, precisamente porque tomam em consideração a pessoa favorecida, se reputam inalienáveis, e, portanto, incomunicáveis. O direito anterior dispunha de modo idêntico. Cf.: Ordenação do Reino, IV, Tit. 65”. No

das pensões, tenças e rendas semelhantes, advindas da inalienabilidade ou pela característica de serem tais benefícios personalíssimos, permaneceu inalterada até os dias atuais através do artigo 1.659, VII do Código Civil, e continuam tendo a mesma interpretação literal, não obstante não terem tais rendas a mesma origem hereditária da época²⁶³.

Imperioso descrever as características que inspiraram o legislador para excluir determinados bens da comunhão, no intuito de demonstrar que os rendimentos diferidos da previdência privada não estão inclusos nesse rol, ante a principal característica de advir de esforço comum, e, conseqüentemente, pertencerem a ambos de forma igualitária.

Necessário refletir que o atual Código Civil optou por manter inalterado o conteúdo dos bens que são excluídos da comunhão, reiterando diversas normas permeadas pelo arcaico espírito individualista e patrimonialista, inobstante, deverá a aplicação e interpretação da lei ser realizada sob o cotejo das normas constitucionais que norteiam o direito de família.

Cumprido lembrar que a norma pela exclusão de determinados bens foi pela primeira vez editada em nosso ordenamento enquanto a sociedade era rural, a família patriarcal, o

mesmo sentido Lafayette Rodrigues Pereira, doutrinador da época do Império (1834-1917) *in* **Direitos de Família**. Ed, Fac-similar. Brasília. Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004, p. 150: “O direito que serve de título para a percepção de tença, pensão, mercê ou renda semelhante é inalienável (Ord. L. 4, T. 65) e como tal incommunicável”.

²⁶³ OLIVEIRA, José Lamartini Corrêa de; Francisco José Ferreira. **Direito de Família**. Porto Alegre, 1990, p. 379: “O modelo pelo qual o Código Civil regulou os regimes de comunhão traduz em suas normas a idéia de hierarquia nas relações entre os cônjuges, que sobre o plano das relações pessoais, quer sobre aquele da gestão dos bens. Trata-se de um sistema que correspondia ao estado da sociedade brasileira por ocasião da elaboração do Código Civil. A organização e a distribuição de poderes entre os cônjuges revelam uma predominância do marido sobre a mulher, porque ele é o chefe da sociedade conjugal, o que significa que ele tem a ‘representação legal da família’ (art. 233, I), a administração dos bens comum e particulares da mulher’ (art.233,II) e é o principal responsável pela ‘manutenção da família’ (art. 233, V). O legislador atribui determinados poderes e certos papéis’ ao marido que exprimem claramente a subordinação da mulher ao homem”.

casamento era indissolúvel, que dentre outros regimes encontrava-se o dotal²⁶⁴, advindo do direito consuetudinário português.

A opção pela exclusão de tais bens advinha de motivos especiais²⁶⁵, mas principalmente porque recebidos graciosamente durante ou anteriormente ao casamento com cláusula de incomunicabilidade. Entre os bens incomunicáveis constavam “as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes”, que foram mantidos pelo atual Código Civil, no artigo 1.659, VI com exata terminologia.

Observa Virgílio Stavridis que “no inciso VI foi repetida a redação anterior, excluindo-se apenas a expressão ‘tenças’. A alteração mostra-se acanhada. Poderiam ter sido suprimidos ou alterados os termos ‘meios-soldos’ e ‘montepios’, não mais utilizados por nossa legislação, já substituídos por *aposentadoria por invalidez* e *pensão por morte*, respectivamente”²⁶⁶.

De fato os meio-soldos e montepios naquela época tinham não apenas outra terminologia como outra origem e finalidade, visto que eram os benefícios recebidos em

²⁶⁴ OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **O direito de família**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1990, p. 10: “As formas concretas que a família contemporânea toma, mostram que ela há muito deixou de ser uma unidade de produção. A família não produz (salvo algumas exceções, por exemplo a família artesã ou agrícola) bens na esfera doméstica. Ela se tornou uma unidade de ganhos e consumos deste modo, verifica-se uma separação entre o lar e o local de trabalho”. GAMA. Guilherme Calmon Nogueira da; GUERRA, Leandro dos Santos. **A função social da família**. Revista Brasileira do Direito de Família no. 39, ano VII, Dez/jan 2007, p. 156: “O Código Civil de 1916, representante de uma sociedade fundiária, patriarcal, hierarquizada e fortemente marcada pelo cristianismo – ainda que sob argumento formal da laicização do Direito desde o final do século XIX-, reconhecia a família apenas fundada no casamento”.

²⁶⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito de Família*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001, p 291.

²⁶⁶ STAVRIDIS, Virgílio Parnagiotis. Do regime da comunhão parcial. **O novo Código Civil: do direito de família**. LEITE, Heloisa Maria Daltro (Coord.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 341-342.

vida pelos militares inválidos ou por seus herdeiros e pagos também em caso de morte do funcionário do Estado aos seus sucessores²⁶⁷.

A pensão, por sua vez, é descrita por Pontes de Miranda na época como “prestações pagas periodicamente em virtude de lei, ou decisão judicial, ou de contrato, ou ato de última vontade, ou ainda em virtude declaração unilateral de vontade *inter vivos* para subsistência de alguém, entendendo-se subsistência no mais largo sentido²⁶⁸”.

Alerta o mestre que a incomunicabilidade não atingia o casal se a pensão adviesse de ato *inter vivos* a título oneroso durante o casamento, que, para ele, diferia da pensão constituída por ato de última vontade ou por ato *inter vivos* gratuito, esta última, sim, seria incomunicável nos termos da lei. Havia necessidade de investigar a natureza da prestação periódica, pois se originária de ato oneroso realizado por qualquer dos cônjuges configurava renda, comunicável, inclusive pela sua penhorabilidade. Para se assemelhar ao caráter

²⁶⁷ DANTAS, San Tiago. **Direito de Família e das Sucessões**. Revista e atualizada por José Gomes Bezerra Câmara. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 273: “Todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, bem como as dívidas possíveis, se comunicam entre eles. Entretanto não há, no Direito de hoje, um regime de comunhão absoluta: mesmo o que se chama de comunhão universal ainda é um regime que excetua certos bens da comunicabilidade, que mantém separados certos bens, não certos débitos. A lei os enumera no art. 263 do Código Civil em seus incisos de I a XII. O primeiro é constituído por aquilo que se chama de herança administrativa ou militar. Herança administrativa ou militar são as pensões, meios soldos, montepios, ou outras denominações que tenha sido pagas às viúvas ou órfãos, aos sucessores, aos soldados ou funcionários. Essas tenças, em geral, não se comunicam. São do marido e também não se comunicam, mas caem na categoria dos seus rendimentos próprios, que estão destinados aos sustento do ônus do matrimônio; se são da mulher, são bens dela própria e não beneficiam o marido, senão à medida que a mulher entender de lhe facilitar alguns desses benefícios”. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001, p 293: “*Meios-soldo* é a metade do soldo que se paga aos inválidos no serviço do Estado, ou antigos servidores, que se retiraram por motivo de idade ou em compensação de atos ou série de atos praticados. De regra só diz respeito a militares de terra, mar e ar. *Montepio* é a pensão que, por morte do servidor do Estado, se paga aos seus herdeiros. Vê-se, aí, ser mais amplo o conceito que o de meio-soldo, não se referir ao que se paga ao próprio servidor, sem bem que a palavra meio-soldo também se emprega para marcar a continuidade do pagamento a herdeiros dos militares”. Dentre toda a doutrina nacional pesquisada, demonstrou-se um dos poucos a se debruçar efetivamente sobre cada instituto e a tentativa de alinhá-los com a incomunicabilidade legal, sendo o seu conceito o mais abrangente e completo, citado com unanimidade por todos os demais pesquisadores contemporâneos, razão pela qual também utilizaremos como paradigma para conceituarmos os bens excluídos da comunhão”.

²⁶⁸ MIRANDA, Pontes de. **Obra citada**, p 293.

incomunicável das pensões, a renda periódica só poderia ser originada de contrato oneroso caso fosse quitado por terceiros²⁶⁹.

O mesmo critério, da inclusão das rendas pessoais pela onerosidade, foi utilizado por Planiol e Ripet ao descreverem sobre a comunicabilidade ou pessoalidade das rendas vitalícias adquiridas a título oneroso no casamento por um dos cônjuges. Explicam que enquanto ao carácter pessoal da renda deve ser observada se foi constituída com bens ou valores próprios, pois neste caso restaria excluída da comunhão, por se tratar de sub-rogação. O mesmo ocorre se a renda foi realizada através de doação expressa de um cônjuge ao outro com intenção expressa ou tácita de assegurar ao outro os benefícios ao donatário a título de bem próprio. Contudo, enquanto durar o casamento os vencimentos ou pensionamento caem na massa comum. Quando a renda se constitui com dinheiro comum ou quando se deu pela venda de um bem comum, é, em princípio comum, podendo ser, em certos casos excluídos pela comunidade pelos próprios cônjuges²⁷⁰.

²⁶⁹ Idem, p 293: “A comunicação de todos os bens presentes e futuros é o princípio característico da comunhão universal. Excetuam-se, todavia, desta regra, por motivos especiais a que a lei quis atender (art. 263):

Pensão é o que se paga periodicamente, em virtude de lei, ou decisão judicial, ou de contrato, ou ato de última vontade, ou, ainda e em virtude de declaração unilateral de vontade *inter vivos*, para subsistência de alguém, entendendo subsistência no mais largo sentido” (...) Também aqui é preciso investigar a natureza da pensão; trata-se ordinariamente, de renda, porém não de renda semelhante à pensão, ao meio-soldo, ao montepio ou à tença. Presumem-se *pensões* quando constituídas por ato de última vontade, ou por ato *inter vivos gratuito*. Por ato *inter vivos* oneroso, não haveria de presumir a incomunicabilidade. Quando oneroso, não vale, sequer a isenção das execuções pendentes e futuras (art. 1.430); ao passo que, se a renda cabe nos conceitos de montepio ou de pensão alimentícia, a isenção cabe de pleno direito (art. 1.430, 2ª, parte). Se a mulher agravada em sua honra recebe prestação periódica, que lhe paga o ofensor, tal prestação é incomunicável, como, aliás, seria o próprio dote”.

²⁷⁰ PLANIOL, Marcelo; RIPERT Jorge. **Tratado practico de Derecho Civil Frances**. Regimes Economicos Matrimoniales. Tomo VIII. Trd. Espanhola Dr. Mario Diaz Cruz, Havana: Cultural S.A, 1945, p. 245- 246: “Rendas Vitalicias adquiridas a título oneroso. Distinción – Ninguna duda puede presentarse em cuanto al carácter personal de las rentas constituída *com bienes o dinero propios*: ésta quedan excluídas de la comunidad, ya sea por afecto de una subrogación real, sea por existir donación de um esposo al outro com intención, expressa o tácita, de asegurar sus beneficios al donatário a título de bien próprio. Sin embargo, mientras dura la comunidad, los vencimientos o pensiones caen em la massa común (art. 1401,2º). Cuando la renta se constituye com *dinero común* o cuando sea el precio de *venta de umn bien común*, es, em

A propósito, destacam que as rendas vitalícias, inclusive as perpétuas, têm o mesmo carácter de bens móveis e, por conseguinte, são em princípios bens comuns. Não apenas as rendas pertencem à comunidade, mas também o valor do capital, se houver, deverá ser incluído nos ativos comuns²⁷¹.

No mesmo sentido Luis da Cunha Gonçalves, tratadista português do início do século XX que exclui da incomunicabilidade, a indenização paga por companhia de seguro, ao marido que, na condição de administrador do casal, pagou o prêmio com rendimentos comuns²⁷².

Nessa seara podemos concluir que os rendimentos advindos dos planos de previdência privada, denominados “pensões previdenciárias”, na verdade são rendas comunicáveis, pois constituídas pelo próprio beneficiário a título oneroso na constância.

principio, común (*suprà*, num. 173). Em ciertos casos, ¿ no podrá ser excluída de la comunidad por los esposos mismos? Em caso afirmativo, los plazos vencidos durante la comunidade caerán em la massa común (art. 1401, 2º.); pero después de la disolución los vencimientos futuros se adeudan exclusivamente a um dos esposos, ya que el ‘fondo’ o capital de la renta há sido retirado por el esposo beneficiario a título de bien próprio”.

²⁷¹ Idem, p. 209 – Rentas – Las *rentas vitalícias* e inclusive las *perpetuas*, tienen asimismo el carácter de bienes muebles y, por conseguinte, son em principio bienes comunes. No solamente las pensiones de las rentas pertencem la comunidad (art. 1401, 2º), sino que también el valor em capital de la renta: a la disolución, si la renta no se há extinguido, su valor capitalizado se incluirá em el acivo de la comunidad”. No intuito de demonstrar a similitude do texto do Código Francês, mister transcrever o artigo 1.401, 2º., citado pelos mestres franceses. “Art 1.401: A comunhão se compõe ativamente: 1(...) 2. de todos os frutos, juros, rendas vitalícias ou outras, de qualquer natureza que sejam, que lhes couberem ou que forem percebidos durante o casamento, provenientes dos bens que pertenciam aos cônjuges, por ocasião da celebração [do casamento], ou daqueles que lhes couberem durante o casamento por qualquer título que seja;” in **Código de Napoleão ou Código Civil dos Franceses**. Texto integral do Código de 1804 com todas as modificações nele posteriormente introduzidas e ainda em vigor e mais as principais leis complementares. Trad. Souza Diniz. Rio de Janeiro: Distribuidora Record, 1962, p. 205.

²⁷² GONÇALVES, Luís da Cunha. **Tratado de Direito Civil em comentários ao Código Civil Português**. Lisboa: Coimbra Editora, 1932, p 382: “São igualmente, bem ou direitos próprios e, como tais, excluídos da comunhão, embora possam ser comuns os respectivos proventos: a) as pensões alimentícias, e as funções públicas ou respectivos ordenados, soldos, pensões de reforma; b) As indenizações por danos causados a bens próprios de qualquer dos cônjuges, quer pagas pelos autores daqueles, quer pelas companhias de seguros; mas, neste segundo caso, os prêmios pagos pelo marido, como administrador do casal, podem ser comuns, mesmo que sejam tirados dos rendimentos desses bens, rendimentos que também são comuns”.

O Projeto de Lei no. 2.285/2007, denominado Estatuto das Famílias, protocolado pelo Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro, em 25/10/07, na Câmara dos Deputados, concebido e elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), que visa promover uma revisão legislativa e reunir, em uma única legislação, todos os direitos referentes às novas configurações familiares brasileiras²⁷³, a elaboração de estatutos segue uma tendência mundial ligada aos chamados micros sistemas jurídicos, aplicados em contraponto às grandes codificações, cuja importância decresce a cada dia.

Em relação ao regime patrimonial, o Estatuto das Famílias concebeu, no texto original dos artigos 45 e 46, a teoria da comunhão extensiva entre os cônjuges dos bens adquiridos de forma onerosa, mesmo que por fato eventual, excluindo apenas os recebidos a título gratuito²⁷⁴.

Ao privilegiar a igualdade material entre os cônjuges em eventual dissolução do casamento, em que a partilha será realizada da forma mais equânime, suprimiu do texto legal os polêmicos incisos VI e VII do artigo 1.659 do atual Código Civil, que previa a

²⁷³ Câmara dos Deputados: Legislação: Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=373935>. Acesso em 11 de março de 2010.

²⁷⁴ PL 2.285/07, protocolado em 25/10/07, na Câmara dos Deputados prevê no Art. 45. No regime de comunhão parcial, comunicam-se: I - os bens adquiridos na constância do casamento, inclusive as economias derivadas de salários, indenizações, verbas trabalhistas rescisórias e rendimentos de um só dos cônjuges; II - os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa; III - os bens recebidos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges; IV - as pertenças e 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 quando cessada a vida em comum. Art. 46. Excluem-se da comunhão: I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os subrogados em seu lugar; II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges ou em sub-rogação dos bens particulares; III - as obrigações anteriores ao casamento, salvo se reverterem em proveito comum; IV - as obrigações provenientes de ato ilícito, salvo reversão em proveito do casal; V - os bens cuja aquisição tiver por título causa anterior ao casamento; VI - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão. § 1.º Os instrumentos de profissão incluem-se na comunhão quando houver a participação do outro na sua aquisição. § 2.º Presumem-se adquiridos na constância do casamento os bens móveis, quando não provado que o foram em data anterior. Câmara dos Deputados: Legislação: Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=373935>. Acesso em 11 de março de 2010.

incomunicabilidade dos “proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge” e “as pensões, meio-soldos, montepios e outras rendas semelhantes”.

O princípio constitucional dá especial proteção a família por ser um lugar privilegiado para a formação da personalidade humana, a relação deverá ser pautada pela solidariedade recíproca entre seus membros para a manutenção da segurança, e a realização da igualdade substancial, em que a contribuição para econômica familiar, apesar das diversidades de formas assumidas, será tratada tendo igual valor, como produto de contribuições de ambos para os encargos da vida familiar, em conformidade com a divisão de papéis por ele acordadas²⁷⁵.

Por todo exposto, como o direito dever ser interpretado²⁷⁶ de forma sistematizada com os princípios constitucionais previstos no Código Civil de comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, verificando que o momento histórico que originou a regra da incomunicabilidade prevista no artigo 1.659, VII do mesmo códex, abrangia como bens excluídos da comunhão, a pensão e rendas assemelhadas cujo direito era recebido precipuamente de forma gratuita e protetiva aos hipossuficientes da relação familiar, além de considerar que a previdência privada é constituída a título oneroso,

²⁷⁵ TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **O Direito à pensão de reforma enquanto bem comum do casal**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 1997, p. 186.

²⁷⁶ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Interpretação do Direito**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, , 6.^a ed, 1957, p. 23,24: “Interpretar é explicar, esclarecer, dar significado ao vocábulo, atitude ou gesto, reproduzir por outras palavras um pensamento, exteriorização; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contem. (...) Incumbe ao intérprete aquela difícil tarefa, procede à análise e também a reconstrução ou síntese. Examina o texto em si, o seu sentido, o significado de cada vocábulo. Faz depois obra de conjunto; compara-o com outros dispositivos da mesma lei, e com os de leis diversas, do país ou de fora. Inquire qual o fim da inclusão da regra no texto, e examina este tendo em vista o objeto da lei toda e do Direito em geral. Determina por este processo o alcance da norma jurídica, e, assim, realiza, de modo completo, a obra moderna do hermeneuta. Interpretar uma expressão do direito não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, abstratamente falando; é sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida, e conducente a uma decisão reta”.

por esforço comum durante a união, portanto, não se assemelha a natureza dos demais institutos descritos na norma, deverá o montante capitalizado ou a renda, caso já esteja em fase do recebimento, por ser considerado bem comum, ser partilhados de forma igualitária.

É certo que por se tratar de bem advindo do esforço comum, a partilha poderá ser desigual, caso não tenha havido comunhão de vida em todo o período de constituição do capital que originou a renda previdenciária, visto que o percentual do recebimento deverá ser equitativo ao período e valor da contribuição.

3.3. Da renda previdenciária enquanto bem partilhável

A renda temporária ou vitalícia, por ser resultado da expectativa de direito gerada pela natureza do contrato, deverá comunicar igualmente os cônjuges que poderão partilhá-la mesmo após o término do casamento, respeitado o contratado na apólice²⁷⁷.

O contrato de previdência caracteriza essencialmente pelo fator de prestação e ao fator tempo, quanto mais tempo de investimento mais significativo será o valor constituído durante a união, e como se trata de investimento para o futuro, poderá ser o **único** ou o mais valioso patrimônio significativo da comunhão conjugal²⁷⁸.

²⁷⁷ Em sentido contrário: LOBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 319: “Por fim, também são excluídos da comunhão os pagamentos feitos a beneficiários dos vários sistemas de previdência social e privada, principalmente as pensões”

²⁷⁸ CAMPOS, Mirian de Abreu Machado. **Cooperação internacional no âmbito da compensação de amparo**. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. Belo Horizonte. Vol. 9, 2002, p. 161: “Em ordenamentos jurídicos em que os sistemas previdenciários exercem importância reduzida e as mulheres apresentam atividade relativamente alta, e conseqüentemente podem adquirir expectativas próprias de aposentadoria, além de terem condições salariais e de formação profissional equivalente aos homens, menos urgente se torna para o legislador desse país encontrar soluções para sanar o problema de seguridade social própria dos ativos”.

Ademais a renda é mera solução contrato principal que, repita-se, tem o intuito de assegurar a velhice, através de uma aposentadoria. Não entendemos que muda a natureza do patrimônio o fato de haver atingido sua maturação e se convertido em renda, porque não acolhemos a tese, no caso da previdência privada, ser um bem que pertença a apenas ao seu titular, pelo já exhaustivamente demonstrado esforço comum.

Caso imaginemos a transmutação da natureza do instituo por ter atingido seu fim seria ausência de raciocínio lógico e estritamente restrito à letra fria da lei, visto que o objetivo fundamental do investimento na previdência privada era assegurar socialmente os cônjuges através de renda mensal.

Repita-se, a expectativa da aposentadoria é a função e o objeto do contrato, razão pela qual a renda é apenas a causa final. A incorporação do direito da renda diferida na massa do patrimônio que compõe o regime de comunhão de bens é de rigor, a ser repartido de forma igualitária. Caso a renda não fosse incluída resultaria inócuo do contrato de previdência privada em relação ao cônjuge não titular, que teria frustrado o direito de receber pelo benefício que contribuiu de forma onerosa durante o casamento.

Acolher a renda como patrimônio comum vem em substituição da antiga concepção de pensão alimentícia, que tem como vértice critério distinto para sua fixação o binômio necessidade-possibilidade, que poderia gerar enorme injustiça ao cônjuge não titular do benefício por deixar de receber a justa meação do rendimento do bem auferido a título oneroso durante o casamento.

Soma-se ao fato da renda própria trazer dignidade e auto-estima, por representar autonomia financeira e liberdade de escolha pela mera divisão do patrimônio amealhado, promovendo a real igualdade econômica entre os cônjuges na dissolução do casamento²⁷⁹.

A pensão alimentícia devida entre cônjuges é fruto do desequilíbrio econômico sofrido pela ruptura da vida em comum, tendo em vista que está vinculada a hipossuficiência de rendimentos ou bens daquele que os pleiteia e a possibilidade de quem irá fornecê-los (artigo 1.695 do Código Civil). Os alimentos, além de promover o odioso sentimento de dependência com quem já não se mantém sequer o afeto, fomentam a discussão de culpa que interfere na fixação do montante a ser pago mensalmente pelo cônjuge inocente (artigos 1.704 e 1702 ambos do Código Civil).

Sem dizer que por ter caráter continuado, poderá ser revista a qualquer tempo, gerando instabilidade e fiscalização persistente no comportamento tanto de quem recebe, quanto de quem paga (artigo 1.699 do CC) no intuito de ver reduzida ou aumentada a obrigação judicialmente fixada.

Porém, a questão é polêmica pela natureza do instituto, conforme sustenta José Fernando Simão: “se os cônjuges forem casados pelo regime da comunhão universal ou parcial de bens, entendemos que há meação incidente sobre a previdência privada antes dessa se transformar em pecúlio e gerar frutos ao titular”²⁸⁰.

²⁷⁹ Sempre preciso Gustavo ao discorrer sobre os direitos fundamentais e a sua eficácia nas relações jurídicas privadas que exigem “soluções de índole objetiva e securitária, preferencialmente preventivas, não meramente ressarcitórias, em defesa de uma melhor qualidade de vida e da realização da personalidade dos indivíduos (...)” *in* **Temas de Direito Civil**. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional brasileiro. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 47.

²⁸⁰ SIMÃO, José Fernando. **Comunhão parcial de bens e previdência privada: mear ou não mear eis a questão- Parte II**. Carta Forense: doutrina. Disponível em *in*

O nobre autor sustenta que antes de atingir a idade estabelecida no plano, o contrato de previdência não passa de aplicação em rendimento que poderá se reverter em pensionamento ou poderão ser sacados a qualquer momento.

Contudo, *data venia*, o contrato de previdência privada não autoriza que haja o saque o final ou a qualquer momento. O contrato obrigatoriamente prevê o resgate, por imposição de lei (LC 109/01, artigo 14, III, IV e parágrafos), que se trata do “direito do participante ao recebimento das contribuições que pagou quando se retira prematuramente do plano”²⁸¹, ato unilateral desmotivado do contratante, autorizado por norma cogente.

Repita-se, a renda, comumente chamada de “pensão previdenciária”, é mero efeito do contrato que tem como objeto a responsabilidade da entidade contratada que se comprometeu a beneficiar o contratante após determinado tempo.

<<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=3836>>. Acesso em 05 de março de 2010: “(...) a previdência privada realmente tem caráter de pecúlio e, portanto, é bem particular ou se trata de uma aplicação financeira com regras especiais? Discordamos da orientação que considera a previdência como pecúlio. Antes de se atingir a idade estabelecida no plano, a previdência privada não passa de aplicação financeira como qualquer outra. Não há pensão antes desse momento e, portanto, não há incomunicabilidade. Isso porque, sequer há certeza de que, ao fim do plano, efetivamente os valores se converterão em renda ou serão sacados pelo titular. Trata-se de opção dos cônjuges o investimento na previdência privada, em fundos de ações, ou de renda fixa. Assim, as decisões transcritas permitem a fraude ao regime, bastando que, para tanto, ao invés de um dos cônjuges adquirir um imóvel ou investir em fundos (bens partilháveis ao fim do casamento), basta investir na previdência privada para se ver livre da partilha. Quando há a conversão da aplicação em renda e o titular passa a receber o benefício, esse sim será incomunicável por ter caráter de pensão. Nesse sentido também decisão do TJ/SP: (Ap. Cível nº 409.104.4/1-00, Rel. Des. Ribeiro da Silva, 8ª Câmara de Direito Privado, j. 27.03.2008). Alguns leitores podem indagar o porquê desse princípio não se aplicar à previdência pública (INSS, por exemplo, ou no Estado de São Paulo, o IPESP). A resposta é simples. Na previdência pública, atingida a idade de recebimento do benefício, o titular não tem a opção de sacar os valores pagos, mas apenas passa a receber sua aposentadoria. Não tem, assim, caráter de aplicação financeira e não haverá comunicabilidade. Por fim, não podemos esquecer que a previdência privada permite aportes financeiros periódicos em única aplicação. Imaginemos, então, que a esposa, empresária bem sucedida, aporta na previdência vultosa soma. Já o marido, também executivo de certa empresa, aporta a mesma quantia em um fundo de renda fixa. Ao fim do casamento, a esposa terá a meação do fundo, mas o marido não terá qualquer direito sobre a previdência privada. Essa conclusão não nos parece lógica, pois em ambos os casos temos aplicações financeiras, com uma diferença: a previdência privada pode se converter em renda após certo prazo”.

²⁸¹ PÓVOAS, Manoel Sebastião Soares. **Previdência Privada**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2007, p. 410.

Desta feita, reconhecida a possibilidade de partilha do direito advindo do contrato entre os cônjuges durante a sua constituição, com mais razão ainda reconhecer a comunicabilidade dos benefícios, real objeto do interesse e sacrifício conjugal.

É preciso perfilar a legislação infra-constitucional aplicada ao Direito de Família de forma “permitir a realização isonômica, segundo a ótica da solidariedade constitucional”²⁸² e sob este aspecto ao confrontarmos a atividade econômica privada com a tutela dos direitos fundamentais, devemos nos valer destes para soluções no convívio familiar, bem como na sua dissolução, colocar em primazia as relações pessoais e não patrimoniais.

Sendo assim, considerando que a previdência privada surgiu para proteger o cidadão de riscos, considerando que para que haja esse segurança é indispensável que os segurados efetuem previamente contribuições, considerando que a importância utilizada para quitação dessas contribuições é provenientes de esforço comum, não vislumbramos a possibilidade de qualquer regra na esfera do Direito Privado se sobrepor ao princípio da igualdade material, econômica ou moral entre os cônjuges, prevista constitucionalmente, justificando a comunicação dos benefícios mesmo por época do pagamento das rendas, no intuito de assegurar equânime partilha na dissolução do casamento de forma “máxima possível”²⁸³.

3.4. Da meação da previdência privada na dissolução da união

²⁸²TEPEDINO, Gustavo. **A incorporação dos Direitos Fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas.** Revista da AJURIS. Ano XXXII – no. 100, Dezembro 2005, p. 157.

²⁸³CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação.** 10ª. ed. revista e atualizada de acordo com o novo código civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 824: “Segundo se recomenda, na partilha decorrente da separação judicial, a igualdade a ser buscada é a máxima possível, nem sempre podendo ser completa e absoluta quando se trata de dividir patrimônio complexo e multifário”.

No estado conjugal, os cônjuges colocam-se como “partícipes necessários se exclusivos da sociedade que se constitui (...) resultando direitos e deveres de conteúdo espiritual e econômico, que se entrosam e se completam, a símile da natureza humana que se integra na coexistência de valores morais e materiais²⁸⁴”, de tal modo que a comunhão dos bens adquiridos durante o casamento passa a ser o princípio que norteia o regime de bens.

A exclusão de determinados bens e direitos, advinda da lei, deverá ser fundamentada, sob pena de violação dos princípios de esforço comum e divisão igualitária que norteiam o regime da comunhão de bens no direito de família.

Desta feita, a doutrina justifica a exclusão determinados bens do regime patrimonial por se tratarem de benefícios de natureza pessoal²⁸⁵, que por serem constituídos *intuitu persona* a favor de um dos cônjuges considerar-se-iam incomunicáveis.

A teoria da pessoalidade dos direitos advindos da previdência privada foi recepcionada or parte da jurisprudência para negar o reconhecimento da comunicação dos direitos de crédito ao cônjuge não titular do contrato, concedendo a partilha apenas de seus frutos (rendimentos)²⁸⁶.

²⁸⁴ CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. 10ª. ed. revista e atualizada de acordo com o novo código civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 58.

²⁸⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Direito de Família, V.6. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 215; no mesmo sentido Silvio Rodrigues: “O direito ao recebimento de tais valores, ou seja, a pensão, tença, montepio ou meio-soldo não se comunica com o casamento, em virtude de seu caráter personalíssimo” *in* Direito de Família, vol. 6. São Paulo: Saraiva, 1988-1989, p. 192; José Lamartine Correa de Oliveira e Francisco José Ferreira *in* **Direito de Família**. Porto Alegre: Editora Fabris, 1990, p. 396.

²⁸⁶ TJRS. Apelação Cível nº 70006757793, em 26/11/03, Sétima Câmara Cível, Relª. Drª. Walda Maria Melo Pierro: “APELAÇÃO CÍVEL. PARTILHA DE BENS. 1. Os valores oriundos de FGTS e Previdência Privada por se constituírem verbas indenizatórias do trabalhador não se comunicam. Inteligência do art. 263, inciso XIII do Código Civil de 1916. 2. Todavia, os frutos oriundos das aplicações destes valores devem ser partilhados, a teor do art. 271, inciso V atual art. 1660, inciso V, ambos do Código Civil, no período que

A incomunicabilidade se descaracterizaria no resgate antecipado do prêmio, inclusive na aquisição de bens que se comunicariam²⁸⁷.

Wladimir Novaes Martinez é taxativo: “Básica ou complementar, é empenho coletivo ou pessoal de tentar cobrir os riscos, diminuí-los, indicando meios de manutenção às pessoas, quando presentes o sinistro das contingenciais protegíveis. Tais circunstanciais são pessoais, inerentes à profissão, próprias da economia e das relações em sociedade”²⁸⁸.

Realmente, o contrato é realizado entre o participante, necessariamente pessoa física, e a entidade, de acordo com a proposta de inscrição daquele que solicita a sua admissão no plano. Para que a proposta seja aceita e delimitados os benefícios que serão recebidos pelo participante ou pelos terceiros por ele indicados, uma série de informações, como sexo, idade, atividade laborativa, estado e saúde do contratante, além de tempo de contribuição são determinantes. Inclusive a indicação do beneficiário sofre as restrições impostas pelas

medeia entre a aplicação e a separação do casal. 3. Inexistindo acordo quanto à partilha dos imóveis e desinteressando a manutenção do condomínio, devem ser vendidos em hasta pública, partilhando-se meio a meio o produto obtido. Proveram o apelo do varão e, deram parcial provimento ao apelo da mulher. Unânime.”

²⁸⁷ TJRS. Apelação Cível Nº 70014383954, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 24/05/2006: “UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. SUB-ROGAÇÃO. Partilham-se os bens adquiridos na constância do relacionamento, salvo se comprovada hipótese excludente de comunicabilidade. A configuração da sub-rogação legal exige prova cabal de sua ocorrência, competindo o ônus da prova àquele que a alega, pois se presume a comunicabilidade do patrimônio adquirido onerosamente na constância da relação. Inteligência dos artigos 1.725, 1.659 e 1.661 do Código Civil. **Plano De Previdência Privada. Os valores depositados em plano de previdência, face ao seu caráter personalíssimo, não se comunicam com o consorte.** Contudo, os rendimentos decorrentes de tais numerários são passíveis de partilha, por força do art. 1.660, V, do Código Civil. Inteligência do art. 1.659, VI e VII, c/c art. 1.725 do Código Civil. VALORES DEPOSITADOS EM CONTA CORRENTE E EM FUNDO DE INVESTIMENTO. Integram a partilha os valores depositados em conta corrente, ainda que em nome de só um dos consortes, bem como os rendimentos oriundos do saldo de FGTS aplicado em fundo de investimento. Inteligência do art. 1.660, V, do Código Civil. Desprovido o agravo retido. Provido em parte o apelo da virago e provido em parte o recurso adesivo do varão”(grifamos).

²⁸⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Primeiras lições de previdência complementar**. São Paulo: LTR, 1996, p. 44.

características técnico-atuariais dos contratos previdenciários em caso de morte, em que o perfil do beneficiário está inteiramente ligado à própria estrutura do contrato²⁸⁹.

Considerando as características do contrato, é evidente a personalidade do titular da apólice, ante o conteúdo e regras estarem intimamente estruturados no “perfil” do contratante, mas não podemos considerar intransmissíveis os direitos dele advindos, porque a intransmissibilidade dos contratos, pela classificação doutrinária, é vinculada a uma obrigação funcional ligada exclusivamente à pessoa contratada que deverá cumpri-la²⁹⁰.

²⁸⁹ PÓVOAS, Manoel Sebastião Soares. **Previdência Privada**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2007, p 287: “se o contrato previdenciário objetiva o pagamento de uma pensão à viúva do inscrito no plano quando este morrer, o contratante não pode alterar o beneficiário, mudando a esposa pelos filhos ou por qualquer outra pessoa, e isto porque o plano previdenciário a que o participante aderiu foi concebido e estruturado tecnicamente para ocorrer às conseqüências das mortes dos participantes, em termos exclusivamente de proporcionar benefícios às esposas, cujos perfis são considerados nessa estrutura, de forma individual ou coletiva. Na verdade o atuário, quando estrutura do plano, faz certas previsões que a experiência informada por estatísticas apóia, como por exemplo, a de que, em média, a diferença de idades entre o marido e a mulher é de ‘n’ anos a menos ou que ela é entre os pais e os filhos de ‘n’ anos. Compreende-se, assim, que se em determinada altura do contrato, o participante que tinha aderido a um plano de pensão à esposa quiser substituí-la pelos filhos através de uma simples comunicação à entidade, não pode, pois o plano tecnicamente não o permite. Mesmo no caso de mudança de beneficiário dentro da estrutura do plano, há que verificar se tal mudança não implica numa alteração contratual que tecnicamente o inviabiliza perante o plano previdenciário por alteração do risco, como seria o caso do beneficiário vitalício, sendo a esposa, se substituída por outra pessoa (por motivo de divórcio ou separação ou de morte da primeira), em que as idades fossem diferentes, quando tal elemento tivesse tido relevância na elaboração do plano (...) No caso de rendas de pensões temporárias, quase sempre os planos são estruturados de modo que a substituição do beneficiário se faça sem impedimentos, mesmo depois da morte da beneficiária”.

²⁹⁰ A propósito, preleciona Maria Helena Diniz: “A distinção entre contratos *intuitu personae* e impessoais reveste-se de grande importância, em virtude das conseqüências práticas decorrentes da natureza personalíssima dos negócios pertencentes à primeira categoria, que: a) são intransmissíveis não podendo ser executados por outrem; assim sendo, com óbito do devedor, extinguir-se-ão, pois os sucessores não poderão cumprir a prestação que era personalíssima; b) não podem ser cedidos, de modo que, se substituídos, o devedor, ter-se-á a celebração de novo contrato; c) são anuláveis, havendo erro essencial sobre a pessoa do contratante *in Tratado teórico e prático dos contratos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 202, vol. 1, p. 110-111.

O professor Orlando Gomes elucida que a obrigação é intransmissível por não poder ser cumprida por outrem, “na execução do contrato, entra o fator subjetivo de confiança ou habilidade particular da pessoa que deve cumprir a obrigação de fazer”²⁹¹.

No contrato de previdência privada, não obstante ser *intuito personae*, resta como obrigação do contratante apenas pagar pontualmente as contribuições, na medida em que estabelece como prova da condição para a concessão dos benefícios a quitação da mensalidade devida, antes de ocorrência do fato gerador²⁹².

Ademais não há necessidade de transmissibilidade (alienação) dos direitos advindos da previdência privada para terceiros porque não há ausência de interesse da permanência no negócio pactuado, pela possibilidade do resgate das quantias investidas, legalmente protegida.

A comunicação da previdência privada ao cônjuge pelo regime de comunhão do casamento, advém do artigo 1.658 do Código Civil, sem alteração do contrato firmado entre o participante e a entidade, apenas os direitos deles advindos é que serão estendidos ao cônjuge não contratante, assim como a obrigação do pagamento das contribuições, ante a presunção do esforço comum, sem afetar o conteúdo pactuado, introduzindo-os à massa patrimonial.

A aquisição da previdência privada por ser individual e pessoal, não é óbice para a comunicação ao outro cônjuge, visto que uma vez operada, se insere na massa comum. Uma

²⁹¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.999, p. 83. No mesmo sentido: TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **O Direito à pensão de reforma enquanto bem comum do casal**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 1997, p. 258-259.

²⁹² PÓVOAS, Manoel Sebastião Soares. **Previdência Privada**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2007, p. 284.

coisa é a aquisição e o seu título, outra o fenômeno juridicamente distinto e logicamente subsequente, da comunicação do direito que se adquiriu.

Necessário cindir-se os dois momentos, que tem esferas autônomas de relevância, a primeira se trata da administração do bem que pertence exclusivamente ao seu titular formal, aquele que consta como beneficiário do pagamento da pensão diferida, a segunda é o ingresso na massa de bens, pelo regime de casamento, comunicando ao outro cônjuge os mesmos direitos²⁹³, inclusive na partilha dos rendimentos no momento de seu recebimento, afinal, como dito alhures, os rendimentos são a consequência lógica do pactuado, a comunicabilidade prescinde de previsão contratual sobre a titularidade do outro cônjuge, por decorrer do regime de comunhão havido entre eles²⁹⁴.

O que caracteriza o regime é a comunhão na propriedade indivisa. Os cônjuges nesse regime têm os bens, não por metades ideais, mas formando entre eles próprios uma unidade²⁹⁵, o patrimônio existente ao entrar em vigor a comunhão de bens pelo casamento

²⁹³ CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva 2002, p. 147: “No casamento, o ‘título’ é a própria certidão de casamento promovida no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, acompanhada ou não de pacto antenupcial, na medida em que o código Civil, dependendo do regime de bens adotado, impõe a ‘comunicação de todos os bens presentes e futuros’ (CC, art. 262; NCC, art. 1667), ou, dentre outras, a ‘comunhão’ dos ‘bens adquiridos na constância do casamento, por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges’ (CC, art. 271, I; NCC, art. 1660,I)”.

²⁹⁴ OLIVEIRA, José Lamartini Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família**. Porto Alegre, 1990, p. 392/393: “Nos regimes de comunhão, os bens dos cônjuges são organizados de modo a formar uma massa comum. O regime tem uma real incidência sobre os bens e dá origem a uma determinada estrutura patrimonial. Durante esses regimes, os bens comuns formam uma massa patrimonial que pertence globalmente a ambos os cônjuges, o que corresponde a uma comunhão sem cotas. (...) E note-se que o regime da comunhão supõe uma preexistente relação entre os titulares: a relação matrimonial com a qual se encontra ligada e que produz para eles todos os efeitos. Essa relação, que associa os cônjuges tão estreitamente nos múltiplos aspectos da vida, projeta-se sobre o plano patrimonial e explica porque o direito à meação, de que cada cônjuge é titular no patrimônio comum, só é realizável depois de finda a sociedade conjugal”.

²⁹⁵ CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. 10ª. ed. revista e atualizada de acordo com o novo código civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 773: “Na partilha a sentença é meramente *ex tunc* porque esta é que dissolve a comunhão de bens (art. 267, III). Assim cada ex-cônjuge torna-se proprietário exclusivo pro-diviso de seu quinhão na partilha, não por força do registro imobiliário, mas pela dissolução da sociedade conjugal”

se convertem automaticamente em patrimônio comum dos cônjuges, sem necessidade de transmissão formal por negócio jurídico dos bens imóveis, móveis ou direitos²⁹⁶.

Podemos concluir conseqüentemente que os direitos advindos do contrato de previdência privada comunicam ao outro cônjuge, apesar da incapacidade para substituí-lo, pelo ingresso do bem na massa comum, assegurado através do plano patrimonial advindo do regime de bens, cuja comunhão não pode ser reconhecida restritivamente quando a sua *ratio* não o justifique, devendo ser considerados recepcionados todos os bens onerosamente constituídos na união.

A dificuldade em classificar a natureza do novo instituto junto ao Direito de Família é exteriorizada pela doutrina estrangeira, que também se utiliza do critério da origem do custeio dos benefícios para concluir pela sua comunicabilidade entre os cônjuges durante a união.²⁹⁷

²⁹⁶ KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. **Lehrbuch des Burgerlichen Rechts**. 20^a. ed. Berlim. Traduzido para o espanhol por Blás Pérez Gonzáles e José Castán Tobeñas. Derecho de família. 2^a.ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, p. 426: “La idea fundamental que inspira el sistema es paralelismo entre la unión íntima de dos vidas y plena unión patrimonial; como dice el proverbio alemán: ‘Leib an Leib, Gut an Gut’. Todo el patrimonio o adquiere durante el mismo se convierte em *patrimônio común* de ambos cónyuges em mano común (patrimônio ‘de la pareja’, ‘bienes comunes’). 1. El patrimonio existente al *entrar em vigor* la comunidad general de bienes se convierte automáticamente em patrimônio común, sin necesidad de transmisión por negocio jurídico de los objetos singulares (transmisión formal de los inmuebles, tradición de los muebles, cesión de los derechos). La mano común adquiere ambos patrimonios por *sucesión universal*”.

²⁹⁷ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. **Curso de Direito da Família. Introdução Direito Matrimonial**. Vol I. 4^a. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.538, 539: “Os seguros vencidos em favor da pessoa de um cônjuge ou para cobertura de riscos sofridos por bens próprios também são comunicáveis. Mas a fórmula legal carece de apreciação. Em primeiro lugar, está hoje vulgarizado um tipo de contrato de seguro que não compreende apenas a cobertura de riscos, que engloba uma componente de poupança, remunerada com juros atraentes e com capitalização; esta parte do contrato é facilmente separada da outra, inclusive para efeito de resgate. Assim, cremos que pelo menos esta componente de poupança, constituída à custas de salários, de bens comuns, deve ter o tratamento de qualquer outro aforo: deve ser considerada como um bem comum. Em segundo lugar, pode discutir-se que os capitais recebidos para indenização de danos na pessoa que signifiquem diminuições de capacidade de ganho tenham a natureza de bens próprios. Se se puder dizer que os capitais substituem salários ‘cessantes’ pode defender-se que sejam bens comuns do casal. Nos outros casos, é fácil de aceitar que capitais recebidos substituam bens pessoais ou bens próprios, sub-rogando-se no lugar deles, de modo que devam continuar a figurar no activo dos respectivos patrimonios próprios”.

A previdência adquirida e mantida durante a união visa segurança econômica de ambos os cônjuges, e, por conseguinte, deve ser a titularidade desses direitos considerada em conformidade com o objeto no caso da ruptura da vida conjugal.

Repita-se, é certo que o cônjuge participante continuará a titularizar o contrato, por se tratar de patrimônio especial interligado por complexas relações jurídicas economicamente apreciáveis, que apenas na separação de cada cota poderão ser visualizadas no patrimônio global do sujeito; certas relações jurídicas são consideradas intransmissíveis e restam apartadas das demais em virtude da sua destinação ou de uma necessidade.

Sem dizer que não se trata de privar o sujeito de parte de seus bens, as posições jurídicas que compõem o patrimônio especial continuam sob a administração da mesma pessoa, como se fosse patrimônio separado, mas seus direitos incorporarão à massa patrimonial por haver sido adquirido onerosamente, assim como os demais bens, não obstante a sua titularidade formal.

3.4.1. Dos direitos de natureza securitária

Os direitos patrimoniais, de quem um membro da família é titular, sofrem adaptação em virtude de afetar interesses familiares que ultrapassam a situação meramente formal de seu titular. A necessidade familiar se sobrepõe ao interesse individual de seu titular, justificando a comunicabilidade de tais direitos²⁹⁸.

²⁹⁸ TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **O Direito à pensão de reforma enquanto bem comum do casal**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 1997, p. 267.

Pietro Perlingieri, bem explica a importância do limite do direito do sujeito que decorrem “das cláusulas gerais de ordem pública, de lealdade, diligência e de boa-fé, que se tornaram princípios gerais da solidariedade”, na qual apenas se reconhecerá a sua titularidade quando o direito for exercido em conformidade com a sua finalidade, principalmente quando não é o único materialmente interessado, sob pena de caracterizar “abuso da situação subjetiva e excesso de poder”²⁹⁹.

Nesse contexto, afastado o óbice imposto pelo princípio da indivisibilidade do patrimônio, surge a concepção que admite a partilha dos bens da pessoa em função de determinado fim.

Exatamente pela natureza securitária que norteia os planos de previdência privada, a comunicação é de rigor. A não comunicabilidade dos bens adquiridos durante o casamento por esforço se trata de exceção legal, cujo preceito não comporta interpretação extensiva³⁰⁰.

Necessário salientar que o contrato de seguro ganhou imenso desenvolvimento nos tempos modernos, alcançando enorme relevo econômico e social, logo passou a fazer

²⁹⁹PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3. Ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p 121-122. “no ordenamento não existe um direito subjetivo – propriedade privada, crédito, usufruto – ilimitado, atribuído ao exclusivo interesse do sujeito, de modo tal que possa ser configurado como entidade pré-dada, isto é preexistente ao ordenamento e que deve ser levada enquanto conceito, ou noção transmitido de geração em geração. O que existe é um interesse juridicamente tutelado, uma situação jurídica que já em si mesma encerra limitações para o titular. Os chamados limites externos, de um ponto de vista lógico, não seguem a existência do princípio (direito subjetivo), mas nascem junto com ele e constituem seu aspecto qualitativo. Os limites, que se definem externos ao direito, na realidade não modificam o interesse pelo externo, mas contribuem à identificação de sua essência, da sua função”.

³⁰⁰GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.999, p. 197.

parte da vida doméstica, com a opção para garantia do patrimônio e da condição social da família ante os inúmeros riscos a que estão cotidianamente sujeitos³⁰¹.

Como os seguros são contratos bilaterais, onerosos e aleatórios, revestem-se de natureza patrimonial e, portanto, devem integrar a partilha quando o pagamento do prêmio fora realizado com bem comum do casal, a comunicação a ambos se dá pelo “investimento” em contrato de prevenção de dano para assegurar patrimônio comum ou individual. Por fazer parte da massa patrimonial deverá ser repartido da dissolução da união.

Aliás, pela interpretação literal do artigo 1.660, II do Código Civil, os prêmios de seguro e as indenizações são comunicáveis por se tratarem de bens adquiridos por fato eventual, neste caso a ocorrência do dano assegurado, com concurso de despesa anterior, através da quitação da apólice³⁰².

Nestes casos os direitos securitários devem considerar-se comunicáveis, quando são contratados na vigência do casamento e os prêmios sejam pagos com bens comuns do casal, “a posição jurídica do contratante reveste de natureza patrimonial, a prestação que

³⁰¹ A exemplo do seguro de veículos, de residência, para garantir mensalidade escolar dos filhos em caso de desemprego, dar quitação de empréstimo para aquisição de casa própria em caso de morte do mutuário, ou mesmo seguro de vida com resgate em termo pré-determinado, entre outros. “As principais mudanças no peso atribuído a valores tradicionais pelo brasileiro sugere um reforço do lado afetivo, em detrimento do material. O psicanalista Renato Mezan tem uma hipótese para explicar o ganho da importância tanto da família como da religião: ‘Talvez reflita o desejo maior de segurança, diante das incertezas da vida pública’ afirma”, matéria veiculada no Jornal Folha de São Paulo. **O valor da família**. Caderno especial dedicado à família brasileira, em 07 de outubro de 2007, p. 27.

³⁰² WALD, Arnold. **O novo direito de família**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 114; PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol V. Direito de família. Rio de Janeiro: 2005, p. 216.

receberá da companhia de seguro não é pessoalíssima, mas ao contrário meramente pecuniária. Assim deveria integrar o patrimônio comum dos cônjuges”³⁰³.

San Tiago Dantas discorre sobre a possibilidade de introduzir o seguro na massa dos bens comuns, “porque se trata de contrato aleatório típico, que só pela interferência de uma causa alheia à vontade das partes torna-se retroativo (...). O fato eventual uma vez pago, a apólice do seu valor se recolhe à massa comum”³⁰⁴.

Deste modo, é certo que os seguros em geral, também devem, quando recebidos em vida, integrar o patrimônio do casal, por terem sido constituídos durante o casamento para garantir a família ou seus bens.

3.4.2. Do seguro de vida e de pessoas

Previsto nos artigos 789 e seguintes do Código Civil e regulamentado pela Circular SUSEP n. 302, de 19 de setembro de 2005, os diversos tipos de contratos de seguro de pessoas (comumente denominados de seguros de vida e acidentes pessoais) podem oferecer, juntos ou separadamente, os seguintes tipos de coberturas, entre outros: morte natural ou acidental, com o pagamento de indenização ao beneficiário indicado ou, na ausência deste, aos seus herdeiros; invalidez permanente total ou parcial por acidente, com o pagamento de indenização ao segurado na hipótese de ele sofrer perda, redução ou impotência funcional

³⁰³ TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **O Direito à pensão de reforma enquanto bem comum do casal**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 1997, p. 259. Com reservas:

³⁰⁴ DANTAS, San Tiago. **Direito de Família e das Sucessões**. Revista e atualizada por José Gomes Bezerra Câmara. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 285.

definitiva, total ou parcial, de membro ou órgão decorrente de acidente pessoal; e invalidez laborativa permanente total por doença, com o pagamento de indenização ao segurado na hipótese de ele sofrer doença que lhe impeça de exercer a sua atividade laborativa³⁰⁵.

O contrato de seguro de vida e pessoas era previsto no Código Civil de 1916, tornando-se a forma mais conhecida de seguro de proteção familiar, por ordinariamente ser realizado pelo cônjuge, auferia renda através de trabalho remunerado.

Clóvis Beviláqua faz oportuna observação sobre a função do contrato de seguros:

A vida e as faculdades humanas são inestimáveis, e não podem, por isso mesmo, serem objetos de uma relação jurídica de ordem econômica. Mas o homem é dotado de energia produtora de utilidades por seu trabalho psíquico ou intelectual. Essa energia é um valor econômico e a lei permite assegurá-lo contra determinados riscos. A própria vida, abstraindo a energia produtora da força de trabalho, e considerada como gozo de bens, é uma vantagem, cuja perda ou deterioração pode ser objeto de seguro, seja em benefício de terceiro no primeiro caso, seja em benefício do próprio segurado, no segundo³⁰⁶.

As indenizações recebidas em vida pelo segurado advindas da perda total ou parcial da capacidade laborativa, nos parece ser a única exceção à regra da comunicação dos direitos advindos dos contratos de seguros realizados sob a titularidade de um dos cônjuges,

³⁰⁵ <<http://www.susep.gov.br/textos/circ302.pdf>>, acesso em 10 de março de 2010.

³⁰⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Obrigação, Tomo 2. 8ª ed. atualizada por Achilles Bevilaqua. Vol. V. São Paulo: Editora Paulo de Azevedo Ltda. p. 201.

haja vista que se trata da reparação de dano sofrido exclusivamente pelo contratante, apesar da perda pecuniária poder atingir todos os membros da família³⁰⁷.

Contudo, os valores pagos a título de prêmio pelo casal durante a união, deverão ser ressarcidos ao cônjuge não beneficiado, em caso de dissolução da união, visto que a indenização será integralmente do cônjuge que sofreu os danos, prejudicando o cônjuge que investiu de forma onerosa naquele contrato, sem que tenha se beneficiado³⁰⁸.

Certo que se não há restrição legal expressa³⁰⁹, deveriam as verbas indenizatórias advindas de seguro ser inseridas nos bens dos cônjuges, conforme interpretou o Ministro Humberto Gomes de Barros, em voto vencido, confirmando acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao reconhecer como bem integrante do patrimônio comum a indenização advinda de acidente de seguro, após o pagamento das despesas hospitalares³¹⁰.

³⁰⁷ O mesmo critério da incomunicabilidade é reconhecido pelos valores advindos de indenização por dano moral, por se tratar de reparação a um direito personalíssimo, mantendo a sua incomunicabilidade mesmo após o direito violado transformar-se em pecúnia.

³⁰⁸ Pontes de Miranda, que não reconhecia a comunicabilidade dos prêmios de seguro e as indenizações, “porque se destinam a reparação de danos, ainda que se trate de seguro pagável a certa idade”, alertava que o cônjuge não beneficiado com o pagamento do seguro “por metade, pode pedir a restituição das prestações pagas com os dinheiros comuns” in **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo VIII. Dissolução da sociedade conjugal. Eficácia jurídica do casamento. 4ª. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 336.

³⁰⁹ Considerando que o artigo 1.660, II do CC, não faz distinção entre as formas de aquisição dos bens por fato eventual, o seguro de pessoas se incluiria entre os bens comuns do casal.

³¹⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 3ª. Turma. Recurso Especial nº 631.475 - RS (2004/0023157-7), j. 08/08/2008, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros: “Discute-se se indenização proveniente de seguro, por invalidez permanente de um dos cônjuges deve ser partilhada por ocasião de dissolução judicial de matrimônio sob o regime de comunhão universal. A lei especificamente menciona quais bens são excluídos da comunhão (CC/16, Art. 263). O inciso I, do Art. 263 do Código Beviláqua, exclui da comunhão as rendas pessoais do cônjuge, por pensões, montepios, tenças e outras semelhantes. (...) Todas essas entradas correspondem a rendas pessoais, periódicas e perpétuas. Não é razoável incluir nesta categoria a indenização por seguro de vida. Tal indenização integra imediatamente o patrimônio de quem a recebe. A indenização securitária, além de não constar do rol do Art. 263 do CPC, possui natureza reparatória de um dano sofrido pelo segurado. Seu valor incorporou-se ao patrimônio do casal. Nego provimento ao recurso especial ou dele não conheço”.

Porém, a tese da comunicabilidade, acertadamente, restou vencida pela Turma que acompanhou o voto da Ilustre Ministra Nancy Andrichi, concludente sobre a indenização advinda de acidente pessoal, restar incluída exclusivamente no patrimônio do cônjuge segurado:

Como se percebe, a indenização de seguro por *invalidéz* pode ser paga tanto de uma só vez, como *em prestações mensais, iguais e sucessivas*, ou seja, na forma de *pensão mensal*, justamente porque, a partir do acidente ou da doença, não poderá mais trabalhar e, por conseqüência, irá precisar de uma renda para manter a sua subsistência daí para frente. Diante disso, a *indenização* ou *pensão mensal*, decorrentes de seguro por *invalidéz*, não podem integrar a comunhão universal de bens, nos termos do inciso I, do art. 263, do CC/1916, tendo em vista que, se assim não fosse, haveria um comprometimento da subsistência do segurado, com a diminuição da renda destinada ao seu sustento após a *invalidéz*, e, ao mesmo tempo, haveria um enriquecimento ilícito do ex-cônjuge, porquanto seria um *bem* conseguido por esse apenas às custas do sofrimento e do prejuízo pessoal daquele³¹¹.

Julgou da mesma forma, porém sob fundamento diverso, a 2ª. Turma do Tribunal Superior no REsp nº 848.998 - RS (2006/0100593-4), ao declarar a incomunicabilidade das indenizações provenientes de acidentes de trabalho, percebidas a título personalíssimo, através de pagamento de seguro, por quaisquer dos ex-companheiros, pela certeza que a reparação deve ser feita àquele que sofreu o dano e que carrega consigo a deficiência adquirida, sem que pudesse caracterizar acréscimo patrimonial sujeito à partilha, que só ocorreria em caso de pagamento do seguro de pessoa cujo risco sofrido de *invalidéz*

³¹¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 3ª. Turma. Recurso Especial Nº 631.475 - RS (2004/0023157-7), Rel. Ministra Nancy Andrichi, julgamento em 14.06.2007.

temporária ou permanente não constitui frutos ou rendimentos do trabalho que possam ajustar-se às disposições do inciso VI do art. 271 do Código de Civil de 1916³¹².

De fato, a incomunicabilidade é de rigor pela natureza e conteúdo da indenização proveniente de reparação de dano sofrido pela vítima, em sua integridade física ou moral, ante a redução de capacidade laborativa³¹³. Por se tratar de danos ao direito da personalidade do cônjuge, mesmo que haja reflexos econômicos na família, não comunicará ao outro pelo dano estar intimamente ligado à integridade corporal, e portanto, aos direitos da personalidade.

A divisão da indenização advinda de “danos físicos” sofrido exclusivamente por outrem é se enriquecer imotivadamente, mesmo durante o casamento, visto que a deficiência acompanhará por tempo certo ou vitalício aquele que efetivamente sofreu o dano. Por se tratar de garantia individual constitucionalmente protegida, a permissão para

³¹² No mesmo sentido, porém sem indicar subsídio legal o REsp nº 848.998 - RS (2006/0100593-4), Rel. Ministro João Otávio de Noronha, j. 28/10/08: “Ação que busca receber indenização por acidente do trabalho tem por fim o ressarcimento das despesas com as internações hospitalares, operações cirúrgicas, honorários médicos, medicamentos para tratamento, bem das decorrentes da incapacidade do autor para desempenhar sua profissão. Também, na hipótese de indenização por dano moral, busca-se amenizar a dor, o sofrimento, o constrangimento indevido, ou a deformidade física adquirida por quem pessoalmente o sofre. Por certo que não se trata de acréscimo patrimonial a ser dividido na hipótese de desfazimento da união estável. A regra contempla apenas uma exceção: a de que, na ação indenizatória, seja o ex-empregador condenado a pagar lucros cessantes ao ex-empregado, pois aí sim haveria resultado de acréscimo patrimonial, visto que tal verba nada mais representa do que o resultado da frustração do lucro razoavelmente esperado que o reclamante só não recebeu em razão do acidente sofrido. Aí sim, poder-se-ia falar em aumento do patrimônio. Na dissolução de uma sociedade conjugal ou de união estável, a partilha de bens refere-se ao patrimônio comum formado pelo casal, e não a indenizações percebidas a título personalíssimo por quaisquer dos ex-companheiros, tal qual a percebida em razão de acidentes de trabalho sofridos por um deles, pois certo que a reparação deve ser feita àquele que sofreu o dano e que carrega consigo a deficiência adquirida”.

³¹³ Nesse sentido a legislação alemã que desconsidera como direito previdenciário partilhável os “direitos de pensão com caráter de indenização, como as prestações relativas a seguro legal ou privado de acidentes” *in* SCHLÜTER, Wilfried. **BGB – Familienrecht . Código Civil Alemão. Direito de Família**. Trad. Elisete Antoniuk. Universidade de Bonn: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 314.

redução do direito apenas se daria na “medida em que a disciplina normativa encontre justificativa na própria dignidade da pessoa humana”³¹⁴.

Contudo, caso o seguro de vida, cujas parcelas foram pagas com rendimento advindo do esforço comum, seja resgatado em vida pelo participante durante o casamento a qualquer título³¹⁵, o valor recebido do plano de vida comunica à massa de bens, por não estar sequer vinculado a evento incerto, mas caracterizando-se como mero plano de capitalização³¹⁶.

O mesmo corre com o seguro de vida vencido a favor de um dos cônjuges, caso seja contraído por esse mesmo cônjuge na constância do casamento, sendo o prêmio pago com os fundos comuns do casal, deverá comunicar ao cônjuge não beneficiário, sob pena de considerar abuso de direito o negócio realizado em seu exclusivo benefício.

³¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional brasileiro. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 49.

³¹⁵ O resgate consiste na restituição do montante acumulado na provisão constituída, devendo ser observado o regime financeiro (repartição / capitalização) adotado na estruturação do plano de seguro. A maioria dos planos de seguros de pessoas com coberturas de risco (morte, invalidez, doenças graves, etc) são estruturados em regime financeiro de repartição e não dão direito a resgate ou devolução de quaisquer prêmios pagos, e os segurados ou beneficiários só terão direito a alguma indenização em caso de sinistro. Os seguros de pessoas com coberturas de risco, estruturados no regime financeiro de capitalização, podem prever nas suas condições gerais o direito ao resgate, apesar de valor inferior a somatória dos prêmios pagos. Somente os prêmios destinados à cobertura por sobrevivência dão direito, obrigatoriamente, a resgate *in* http://www.susep.gov.br/menuatendimento/seguro_pessoas_606.asp.

³¹⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 3ª. Turma Recurso Especial no. 536.131 - DF (2003/0094179-0). Rel. Min. Castro Filho, j. 12/08/2003, DJ 15/09/03: “No caso dos autos, restou acordado entre as partes o pagamento do seguro ao cônjuge da segurada, se falecesse antes dela, ou o resgate do capital inicial, em caso de sobrevivência aos prazos estipulados. Da mesma forma que no entendimento expressado por esta Turma no precedente citado (j. 27.11.01 – DJ 25.03.02), reconheço nos contratos celebrados a natureza complexa de seguro e de capitalização, que enseja a reversão do capital pago ao contratante quando verificado o termo. Ao executar o direito de resgate pelo decurso do prazo, a recorrida transmudou a natureza da relação contratual, eis que a causa de pedir não repousa na álea. À vista da cláusula contratual que previu o direito da segurada ao resgate com o advento do termo, não se pode deixar de reconhecer que, com o decurso do prazo, a recorrida adquiriu o direito. Trata-se de direito pessoal, adquirido pelo implemento de termo certo, não ligado à ocorrência do evento danoso. Portanto, não é aplicável o prazo previsto no artigo 178, § 6.º, II, do Código Civil de 1916, que só incidiria se a ação tivesse como causa de pedir a ocorrência de fato jurídico relacionado à ocorrência do risco registrado no contrato. Por se tratar de ação relativa a direito pessoal, aplica-se o artigo 177 do Código Civil, que estabelece o prazo prescricional de 20 (vinte) anos”.

Outra solução se daria, caso o seguro seja realizado por terceiro ou até pelo cônjuge com fundos seus próprios, em sub-rogação a bens particulares, pois nestes casos não se trata de um direito econômico adquirido por esforço comum a título oneroso na vigência da relação conjugal, descaracterizando o enriquecimento sem causa, pertencendo exclusivamente ao seu titular o prêmio pago.

Não obstante a previsão legal do artigo 1.660, II do Código Civil, a 9ª. Turma de Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, negou a partilha da previdência privada sob a alegação que teria a mesma natureza pessoal dos seguros de vida, cujos valores pagos (prêmios) não constituem patrimônio sujeito a partilha, em caso de separação judicial, não se justificando a partilha neste caso dos valores aportados durante o casamento³¹⁷.

Neste caso, independentemente do reconhecimento da partilha de contrato de seguro, dois pontos essenciais devem ser abordados para demonstrar que não é possível utilizar os institutos como paradigmas.

³¹⁷ Conforme decidiu a 9ª. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no Agravo de Instrumento no. 502.984-4/4-00, Rel. Des. Grava Brasil. Ementa: “Partilha judicial - Aplicações em Planos de Previdência Privada - Pretensão de partição - Afastamento - Inconformismo - Desacolhimento - Aplicação que não tem natureza de investimento ou poupança, mas que representa garantia de benefício futuro, de cunho previdenciário, complementar ao plano oficial de benefícios - Contribuições que não integram o patrimônio do comum - Decisão confirmada - Recurso desprovido”. Acórdão (...) “O mesmo não ocorre, todavia, com relação aos fundos de previdência privada, pois os valores aplicados em tais fundos destinam-se a proporcionar renda futura em favor dos beneficiários dos respectivos contratos, que têm evidente natureza de seguro. Os direitos decorrentes de tais contratos têm, dessa forma, natureza estritamente pessoal. Vale a comparação dos fundos de previdência privada com os valores pagos a título de prêmio de seguro constituído por pessoa casada A título de exemplo, o cônjuge pode ser ou não beneficiário de contrato de seguro de vida feito pelo consorte, dependendo da estipulação feita por este. Em qualquer caso, os valores das contribuições mensais (prêmio) feitas pelo segurado não constituem patrimônio sujeito a partilha, em caso de separação judicial. O direito ao recebimento da futura pensão ou indenização pela morte do segurado será somente do beneficiário por ele estipulado e na sua falta, dos herdeiros e do cônjuge ou convivente que, ao tempo da sua morte, dele não estava separado (artigos 792 e 794 do Código Civil de 2002)”

Primeiro, a previdência privada não se trata de direito personalíssimo, mas apenas de contrato *intuitu persona* pelas características próprias do segurado, cujos direitos serão transmissão ao cônjuge por ato *inter vivos*, pelo regime de casamento, no recebimento dos valores aplicados através do resgate ou renda. O seguro de vida, caso não ocorra o resgate (pois neste caso a verba comunicaria), será recebido após a morte do participante, tratando-se de recebimento por ato *causa mortis*, objeto de sucessão anômala.

Segundo, a motivação daquele que opta pela previdência privada é diferente no sentido que no primeiro há expectativa de recebimento em vida para garantir aposentadoria do participante e de sua família, enquanto o outro tem em vista “preservação de vida do segurado”, após a morte do contratante (art. 790 do CC). Apesar de ambos serem institutos securitários, não se confundem pela motivação, natureza e meios de constituição e resgate, conforme abordamos no Capítulo II.

Contudo, apesar de reconhecer a legalidade da liberalidade da escolha pelo segurado de seus beneficiários³¹⁸, a lei estipula limite nos seus atos (art. 793 do CC), no intuito do proponente não agir contrário ao interesse familiar e aos bons costumes, por caracterizar abuso de direito, portanto, ato ilícito, conforme preceitua o art. 187 do CC³¹⁹.

³¹⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp. 362.743 - PB (2001/0145135-3), Rel. Min. Jorge Scartezzini, j.21.set.2004: “Com efeito, como assinalou, a apólice tem como beneficiária a cônjuge do *de cuius* e, tratando-se de um contrato no qual o segurado tem plena liberdade de escolha quanto ao beneficiário do prêmio, deve referida opção ser observada, em respeito ao princípio *pacta sunt servanda*. Tal circunstância, portanto, não guarda qualquer relação com a partilha de bens adquiridos durante a sociedade de fato, e tampouco liga-se à meação ou aos direitos sucessórios, mas exclusivamente à vontade autônoma do segurado”.

³¹⁹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena e BODIN, Maria Celina. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 796: “Rejeitam os tribunais a admissão do benefício no caso de relações adulterinas, fazendo distinção entre a companheira e a concubina, entendimento este mantido”.

Nessa seara é admitida a ausência do cônjuge como beneficiário do plano de vida, porém havendo a partilha dos bens do casal advinda da separação *inter vivos*, aquele que permanecer com o seguro deverá indenizar o outro pelas parcelas que foram investidas durante o casamento³²⁰, a título de compensação pelos ativos investidos com expectativa certa de recebimento futuro, observado o princípio do regime da comunhão de bens que, repita-se, não excluiu dos bens comunicáveis os advindos de contrato de seguros³²¹.

Assim, é certo que existem bens que não integram o patrimônio comum, porém a incomunicabilidade, frise-se, advém quer da ausência de esforço comum (artigo 1.661 e artigo 1.659, I, II e VII do CC), ou do seguro de indenização advindo de acidentes pessoais com redução da capacidade laborativa, pelo dano exclusivo sofrido pelo segurado, inclusive moral, porém, observado o direito do cônjuge não beneficiado ser ressarcido de metade do valor paga no prêmio do investimento, sob pena de enriquecimento sem causa.

3.4.3. A comunicabilidade das verbas de natureza trabalhista

³²⁰ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. **Curso de Direito da Família. Introdução Direito Matrimonial**. Vol. I. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 539: “Ainda merece discussão, porém, o caso de os prêmios do seguro, para além de serem pagos com dinheiro comum, como é vulgar, serem manifestante excessivos ou desproporcionados relativamente ao padrão de vida do casal. Talvez seja justo, em algum caso destes, determinar uma compensação devida pelo cônjuge segurado em favor do activo comum”.

³²¹ Nesse sentido Pontes de Miranda que não reconhece a comunicabilidade do pagamento de seguro e indenização ao cônjuge, “porque se destinam a reparação de danos, ainda que se trate de seguro pagável a certa idade. Procuram alguns juristas distinguir o caso das prestações pagas com dinheiros comuns e o caso das prestações com dinheiros particulares, estabelecendo que, na primeira hipótese, o casal pode reaver o que pagou, se pagou com os bens comuns e a parte correspondente à indenização. Sem razão. Que o casal, ou outro cônjuge por metade, pode pedir restituições das prestações pagas com os dinheiros comuns está certo. Não assim quanto à parte correspondente da indenização recebida”. Poderá ser convencionado também na partilha que o cônjuge que permanecer como beneficiário manteria o pagamento das parcelas do contrato realizado em nome de outro, porém restaria convencionada a impossibilidade de alteração do beneficiário pelo titular da apólice, por se tratar de direito patrimonial disponível que poderá ser livremente pactuado entre as partes, por não desvirtuar a finalidade do contrato e nem configurar fraude em relação ao segurador, que, por sua vez, teria respeitado e cumprido as cláusulas do contrato de apólice.

Sob o argumento que constituem verbas indenizatórias do trabalhador, como o FGTS, que teria natureza personalíssima, por ser advinda da relação de trabalho e, portanto, incomunicáveis, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pacificou o entendimento daquela Corte pela exclusão dos planos de previdência privada do patrimônio do casal, por se tratar de bem particular do cônjuge trabalhador. Porém, com base nos termos do artigo 1660, inciso V do Código Civil, concedem a partilha dos rendimentos percebidos na constância do casamento, advindos da aplicação³²².

Porém, a previdência privada não possui natureza indenizatória, mas assistencial por se tratar de garantia suplementar para a aposentadoria futura vinculada a entidade fechada pela relação de trabalho, mas a esta relação não se subordina. Uma vez inscrito no plano da entidade relacionado à sua empregadora, o funcionário que por vontade própria se demite da respectiva patrocinadora, pode continuar inscrito pagando a contribuição que a patrocinadora pagava ou possa saldar a sua inscrição, não através de resgate, mas de uma renda saldada diferida³²³.

Os planos de previdência privada realizados com entidades fechadas mantêm as mesmas características dos planos de previdência privada realizada com entidade aberta,

³²² TJRS. Apelação Cível nº 70006757793, relatora Walda Maria Melo Pierro em 26 de novembro de 2003. Ementa: “**APELAÇÃO CÍVEL. PARTILHA DE BENS 1. Os valores oriundos de FGTS e Previdência Privada por se constituírem verbas indenizatórias do trabalhador não se comunicam. Inteligência do art. 263, inciso XIII do Código Civil de 1916.** 2. Ainda, os frutos oriundos das aplicações destes valores devem ser partilhados, a teor do art. 271, inciso V atual art. 1660, inciso V, ambos do Código Civil, no período que medeia entre a aplicação e a separação do casal. 3. Inexistindo acordo quanto à partilha dos imóveis e desinteressando a manutenção do condomínio, devem ser vendidos em hasta pública, partilhando-se meio a meio o produto obtido”.

Proveram o apelo do varão e, deram parcial provimento ao apelo da mulher. Unânime”. No mesmo sentido: TJRS. 8ª. Câm Civ. AC. 70017255639, rel. Claudir Fidélis Faccenda, j. em 16 de novembro de 2006; TJRS. 8ª. Câm Civ AC 70023959554, rel. Claudir Fidelis Faccenda, j. 29/05/2008; TJRS. 7ª. Câm. Viv. AC70014383954, rel Des. Maria Berenice Dias, j. 24/05/2006 (grifo nosso).

³²³ PÓVOAS, Manoel Sebastião Soares. **Previdência Privada**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2007, p. 233.

entre elas a portabilidade, resgate antecipado por cessação do contrato de trabalho, mas, principalmente, pela voluntariedade do participante que precisa expressamente declarar a sua concordância com a adesão ao contrato previdenciário.

A lei prevê a possibilidade da portabilidade, pela mudança de operadora de confiança do contratante, por se tratar de patrimônio destacado por cada um dos participantes deter uma “quota patrimonial”, sendo possível visualizar, ainda que sem rigor técnico-jurídico, mas com o rigor exigido pelos ditames da justiça social, que o patrimônio do plano pertence, em última análise, aos próprios participantes e assistidos a ele vinculados, cabendo à entidade fechada apenas a “administração e execução” de tal plano, como na condição de um verdadeiro *truste*³²⁴.

O valor aportado no plano de previdência privada pelo empregador, parcial ou total, não integra o salário direto, mas é um componente indireto do salário, pelo interesse da empresa em patrocinar segurança ao funcionário para conseguir maior produtividade, ou seja, em nada se identifica com a indenização pela solução do contrato de trabalho³²⁵.

³²⁴ TÔRRES, Maurício Corrêa Sette; BECHARA FILHO, Ivan Jorge. **Independência patrimonial dos planos de previdência complementar** in <http://www.mpas.gov.br/arquivos/office/3_081024-103924-572.pdf>, acesso em 11 de março de 2.010.

³²⁵ PÓVOAS, Manoel Sebastião Soares. **Previdência Privada**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2007, p. 235: “Em nosso entender, no momento em que é criada a fundação nasce a entidade previdenciária, obedecendo aos requisitos legais e técnicos de operacionalidade. A inscrição daqueles que o instituidor quis beneficiar, determina uma relação jurídica com a entidade, em que eles são sujeitos ativos e a entidade o sujeito passivo, e o objeto da cobertura do risco previdenciário, isto é o recebimento dos benefícios por ele ou por seus beneficiários, quando se der o respectivo fato gerador, a sobrevivência, a doença, a invalidez, ou a morte. Essa relação jurídica nasce de um contrato previdenciário onde as obrigações dos inscritos são mínimas, pois o instituidor dá os meios suficientes para o sustento completo da entidade e, no caso de superávits ele ajusta as contribuições de forma a pagar estritamente o indispensável. Mas a posição do participante é contratual, decorrente de um contrato que é sempre plurianual, definindo-se em cada momento, os direitos e obrigações recíprocas dos inscritos e da entidade, apenas com a mudança no suporte do custeio, respeitante aos seus benefícios, se o inscrito deixa de ser empregado da instituidora”.

Ademais, não obstante o contrato previdenciário advindo de relação de trabalho obrigar o cumprimento de seu plano pela entidade fechada, as patrocinadoras (empregadoras) e os participantes (empregados), o vínculo jurídico no plano de previdência ocorre apenas entre o participante e a entidade, contrato da esfera civil, protegido pelo Código de Defesa do Consumidor, cuja competência para dirimir conflitos do contrato previdenciário privado é da Justiça Estadual³²⁶.

Reconhecida a competência da Justiça do Trabalho, apenas se o empregador não contribuir com a sua quota parte derivada do contrato de emprego, para a suplementação de aposentadoria, ante a competência material à luz do artigo 114, inciso I da Constituição Federal³²⁷.

Contudo, apenas a título de argumentação, mesmo que a previdência privada fosse considerada verba indenizatória advinda da cessação do contrato de trabalho, haveria comunicação ao patrimônio conjugal, conforme jurisprudência firmada no Superior Tribunal de Justiça, que já manifestou entendimento no sentido de que as verbas de natureza trabalhistas nascidas e pleiteadas na constância da união estável, comunicam-se entre os companheiros.

No voto sobre o tema proferido, a eminente rel. Ministra Nancy Andriighi reconheceu a comunicabilidade dos proventos percebidos durante a união: “Do confronto entre os artigos 263, XIII, e 265 do CC conclui-se que ambos admitem serem compatibilizados numa interpretação harmônica: tratando-se de percepção de salário, mensalmente ingressa

³²⁶ BALERA, Wagner. **Competência Jurisdicional na previdência Privada**. São Paulo. Editora Quartier Latin do Brasil, 2006, p.40.

³²⁷ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. 1ª. Turma. Recurso de Revista 1991/2001-052-01-00, Rel. Ministro João Oreste Dalazen, DJ – 05/08/2005.

no patrimônio comum do casal. Mas, o ‘direito’ a receber verbas indenizatórias decorrentes da rescisão de contrato de trabalho só será excluído da comunhão quando referido direito houver nascido e for pleiteado após a separação, de fato ou judicial dos cônjuges³²⁸”.

No esteio do mesmo princípio da comunicação das verbas trabalhistas, advindas da adesão ao plano de demissão voluntária (PDV) e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS)³²⁹, foram reconhecidos pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que decidiu pela partilhado dos valores no divórcio.

No caso em tela, a divorcianda, em outubro de 1996, aderiu ao PDV da empresa em que trabalhava e colheu os valores do FGTS ainda na constância do casamento. Após a separação do casal, em novembro do mesmo ano, o ex-cônjuge requereu a partilha dos valores recebidos pela ex-mulher. Tanto o Juízo de primeiro grau quanto o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul afastaram do monte divisível os valores relativos ao FGTS e ao PDV, considerando incomunicáveis os frutos civis do trabalho ou da indústria de cada cônjuge³³⁰.

Acertadamente nosso Tribunal Superior tem interpretado a lei, dentro do contexto social e econômico. A ausência de comunicação dos frutos civis do trabalho e da indústria de cada cônjuge contraria a essência do regime de comunhão, porque neste caso o cônjuge

³²⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 3a.T. REsp. 758548/MG, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 3/10/06, v.u. No mesmo sentido a 4ª. Turma do mesmo Tribunal Superior decidiu no julgamento do Recurso Especial 878516/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, J. 05/08/2008.

³²⁹ Sobre a evolução da jurisprudência em relação à comunicabilidade do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, vide CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. 10. ed. revista e atualizada de acordo com o novo código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 382. Vide também Antonio Chaves, que sustenta a possibilidade de partilha de FGTS entre os cônjuges, inclusive com seu resgate sem as limitações previstas na lei, “pelo princípio fundamental da autonomia da vontade dos estipulantes, que não pode ser cerceada” in Tratado de Direito Civil, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993, p.224-226.

³³⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 4a.Turma. Recurso Especial nº 781384/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 16.06.09.

que se dedica ao trabalho do lar e à educação dos filhos, que não tem ganhos ou salário, seria profundamente prejudicado. Ademais, se os proventos são incommunicáveis, os bens adquiridos também os seriam, pela sub-rogação real, ou seja, não haveria qualquer comunhão, mas separação total dos aquestos³³¹.

Sem dizer do enriquecimento às custas do trabalho doméstico, que constitui forma relevante de contribuição para a formação moral da família. Ao aceitarmos a reserva de bens próprios ao cônjuge que auferir renda, estaríamos contrariando o princípio da igualdade moral e jurídica dos cônjuges, bem como o da igual dignidade de seus componentes, ante a nova solidariedade econômica fundada não apenas na propriedade, mas, sobretudo, no trabalho dos componentes, que legitima uma mais justa proporcionalidade no dever de contribuição (artigo 1.568 do CC)³³².

Ademais, a presunção do esforço comum na aquisição de bens a título oneroso (art. 1660, I do CC), reconhecendo o cônjuge como meeiro de todo patrimônio amealhado, concretiza e representa o tratamento isonômico real, por dar a mesma importância na atividade desempenhada por cada um de seus membros, sendo de rigor o reconhecimento da partilha dos direitos advindos da atividade lucrativa exercida por um dos cônjuges.

Os benefícios concedidos por uma empresa ou carreira podem motivar o empregado a optar por aquela atividade, ante a possibilidade de representar mais segurança a seus

³³¹ OLIVEIRA, José Lamartini Corrêa de; FERREIRA, Francisco José. **Direito de Família**. Porto Alegre: Editora Fabris, 1990, p. 400.

³³² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3ª. Ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p 267: “O dever de contribuição afasta-se do dever de manutenção recíproca também porque considera relevante não somente a contribuição direta, mas também aquela indireta de cada cônjuge, no sentido de que, para fins de proporcionalidade contributiva, dever-se-á levar em consideração, na avaliação patrimonial, também o trabalho doméstico”.

familiares. Os benefícios previdenciários oferecidos muitas vezes constituem motivo determinante para a entrada do funcionário nos quadros da empresa, principalmente quando o outro não possui a mesma garantia em sua atividade laborativa ou mesmo permanecia no lar cuidando da prole.

Assim, resta indubitável que a necessidade da família interfere na decisão dos cônjuges quanto à atividade a ser explorada durante o casamento, razão pela qual essas opções quando resultam em benefícios devem ser partilhados como direitos advindos da comunhão de bens, assim como também são comunicadas as obrigações contraídas mesmo que seja por apenas um deles, em benefícios da família, por serem deveres inerentes a união (art. 1.644 do CC)³³³.

Em suma, a comunhão de bens para que represente real igualdade material e econômica de direitos e deveres (artigo 1.511 do CC), e possa atingir o melhor interesse na realização das necessidades familiares³³⁴, deve inserir todos os bens e investimentos havidos durante o casamento da forma mais ampla possível, para garantir a dignidade àquele que aferiu rendimentos reduzidos em relação ao outro cônjuge, através da partilha justa que gere a ambos independência econômica e gerência, permanecendo mesmo após o desfazimento do vínculo, os princípios de igualdade, respeito e consideração mútuos.

³³³ Em pesquisa nacional do Datafolha no ano de 2.007, foi constatado que 73% dos homens possuem maior renda no lar e que apenas 49% dos homens paga a maior parte das contas. Sobre o acompanhamento dos filhos 78% das mães vão a reuniões de escola, 83% acompanham nas refeições, 89% levam ao médico ou ao dentista; 72% ajudam na lição de casa, 59% levam à escola e 90% cuidam quando estão doentes.

³³⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3ª Ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p 268.

3.5. Da partilha da previdência privada na união estável

Por se trata de relação patrimonial de índole econômica, devemos-nos concentrar no exame do artigo 1.725 do Código Civil, prevê aplicação às relações patrimoniais havidas por união estável, no que couber, o regime da comunhão de bens, salvo contrato escrito pelos nubentes.

Tepedino utiliza-se do critério de identificação da *ratio* do direito positivo a ser aplicado, para saber se deverá ser estendido aos companheiros:

à união estável, como entidade familiar, aplicam-se, em contraponto, todos os efeitos jurídicos próprios da família, não diferenciando o constituinte, para efeito de proteção do Estado (e portanto para todos os efeitos legais, sendo certo que as normas jurídicas são emanadas do poder estatal), a entidade familiar constituída pelo casamento daquela conduta espontânea e continuada dos companheiros, não fundada no matrimônio³³⁵.

A previdência privada é investimento securitário de direito privado realizado espontaneamente, por um ou ambos, para garantir sua família do provir. Indubitavelmente, pelo princípio da solidariedade dos seus componentes, haverá a comunhão dos direitos advindos dos planos contratados entre os cônjuges, razão pela qual deverá ser estendido e aplicado às uniões estáveis.

Mutatis mutandis, para configurar a *ratio* advinda de plano previdenciário, a legislação relativa à previdência social é marcada pelo dever do Estado em sub-rogar-se

³³⁵ TEPEDINO, Gustavo. Novas Formas de Entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. **Temas de Direito Civil** . 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.341.

com artífice do conforto familiar, pela sucessão do direito pensionístico ao companheiro supérstite, no esteio da regra constitucional protetiva às famílias.

Necessário ainda, que ante o regime paradigma da união estável ser o da comunhão de bens, o plano previdenciário seja adquirido de forma onerosa durante a união, ainda que em nome de apenas um deles, presumindo-se a comunhão de esforços.

Nesse sentido Cristiano Chaves Faria e Nelson Roselvald:

De um lado, revela-se a incidência do princípio da liberdade de escolha do estatuto patrimonial familiar genericamente no Direito de Família. Efetivamente, os companheiros – do mesmo modo que os cônjuges – poderão eleger livremente o regime de bens a que pretendem submeter-se, por meio de negócio jurídico escrito, independentemente de instrumento público, dispensado também o registro do Cartório de Registro de Imóveis.

Doutra banda, comunicam-se os bens adquiridos a título oneroso na constância do relacionamento, presumindo-se o esforço comum de maneira absoluta. Aplicar a sistemática do regime de comunhão parcial na união estável significa, em concreto, a impossibilidade de se discutir sobre a colaboração efetiva, que será presumida, podendo decorrer de diversos fatores, inclusive psicológicos e afetivos. Enfim, não mais se discute a prova do esforço comum para a comunhão de bens na união estável.

Já os bens provenientes de aquisição gratuita ou cuja causa aquisitiva é anterior ao início da união estável não entram na comunhão da união estável, porque ausente o elemento de colaboração recíproca³³⁶.

³³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Editora, Lúmen Juris, 2010, p. 263.

Fazendo parte integrante da massa patrimonial dos companheiros, por se tratar de direito contratual protetivo com características singulares para impossibilidade de alteração do titular do bem, o juiz deverá, através da subsunção do fato à norma, solucionar os conflitos, no intuito de encontrar a forma menos gravosa para ambos na partilha da previdência privada³³⁷, tendo como parâmetro manutenção da dignidade dos conviventes na dissolução da união, cumprindo a família sua função social, conforme será abordado no capítulo seguinte.

³³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Editora, Lúmen Juris, 2010, p. 84-85.

4. PARTILHA DA PREVIDÊNCIA PRIVADA NA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO OU DA UNIÃO

4.1. Da proporcionalidade da partilha dos bens adquiridos durante a união

A família despatrimonializada tem como foco central o desenvolvimento pleno do indivíduo. Perlingieri afirma que a liberdade individual de cada um dos seus membros insere-se na “exigência de colaboração, de solidariedade e da reciprocidade, sem que elas cheguem a constituir um separado interesse familiar que possa ser oposto àquele individual (...) o interesse de cada um torna-se em diferentes medidas o interesse dos outros”.

A família tem autonomia e liberdade para escolher a forma de se relacionarem, tendo sempre como pressuposto a assistência moral e material, como ensina Raquel Sztajn:

Prende-se à predisposição de fornecer os meios materiais para a subsistência recíproca, notadamente na velhice e na doença como deveres de colaboração mútua, inclusive para satisfação dos interesses e necessidades da família. Essa obrigação tem forte conteúdo patrimonial, atentando-se, porém para a capacidade de trabalho e especialização de cada pessoa. Por isso igualar os serviços domésticos aos prestados fora do domicílio conjugal é a forma de equilibrar as relações econômicas entre os cônjuges na construção do patrimônio comum, assemelhando-se a família ao centro econômico de produção³³⁸.

³³⁸ SZTAJN, Raquel. Notas de Análises Econômicas. **A Família na Travessia do Milênio**. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000, p. 399.

A função dos bens familiares é propiciar o desenvolvimento harmônico dos seus membros, porém a divisão de bens na separação nem sempre obedece a critérios que garantam a produção de renda necessária para a manutenção de cada um, gerando a necessidade de se pleitear alimentos que, de modo geral, refletem obrigação de cooperação material para a manutenção do familiar que deles necessite.

Contudo a dificuldade mais evidente na questão dos alimentos está na quantificação do risco da separação e a eventualidade de os membros, que os deve, ficar sem renda para fazer frente à prestação.

Outro problema se dá com a cessação dos alimentos com o novo casamento ou união daquele que recebe pensão, em violação à contribuição dada por todo o período conjugal dos serviços muitas vezes não remunerados, mas realizados em prol da família, do bem comum.

Havendo a segurança da partilha justa, na proporção de metade de todo o patrimônio adquirido a título oneroso durante o casamento, contribuiria para garantia futura, em que cada um possa administrar seus bens, “internalizando o produto de seu esforço”, dando a ambos dignidade e autonomia³³⁹.

Alguns países não utilizam a regra de divisão patrimonial, definindo pela lei quais bens se comunicariam ou não ao cônjuge, mas ao revés, optam pela discricionariedade

³³⁹ SZTAJN, Raquel. Notas de Análises Econômicas. **A família na Travessia do Milênio**. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha pereira. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000, p. 401.

judicial, baseada na crença de que a justiça pode ser alcançada em cada caso, considerado único. Resultando a partilha da verificação da situação financeira de um casal em particular, das suas necessidades e expectativas, através da flexibilidade na negociação de ativos³⁴⁰.

Tais sistemas originam altos níveis de incerteza e imprevisibilidade, porém não estão acompanhados do problema da inflexibilidade relativos à definição de propriedade e repartição, como ocorre pela nossa legislação, que caso não seja observada a inserção íntegra dos bens e direitos adquiridos durante a união poderá produzir resultados ainda mais discrepantes naqueles casos que já se tornam particularmente deficientes, pelas desiguais consequências financeiras que resultaram dos papéis assumidos no casamento.

Nos sistemas amplos de partilha de bens na dissolução da união para resolver sobre a forma de divisão é considerado a aposentadoria, patrimônio advindo de herança ou mesmo investimentos na carreira como, por exemplo, uma qualificação profissional adquirida durante o casamento, leva-se em conta a importância financeira capaz de gerar resultados e ter acesso a uma estrutura de carreira e trabalho e os benefícios a eles associados. Em termos de valor monetário, a carreira e o trabalho são muitas vezes mais significativos do que os bens adquiridos, como o capital de uma casa, um carro e algumas economias pequenas³⁴¹.

³⁴⁰ HARRISON, Margareth. **Matrimonial Property**. Austrália, Este artigo foi reproduzido em Family Matters n.31 de abril de 1992, p.18-21: “In for the many who are unwilling or unable to dispute a financial settlement and are bargaining in the shadow of an already nebulous law, this flexibility is more likely to suggest high levels of uncertainty and unpredictability. Broad judicial discretion also considerably reduces the chances of appeals succeeding, as it is almost impossible to conclude that a judge has erred, unless she or he comes to a patently outrageous conclusion on the facts presented. In contrast, the most obvious features of community systems are their relative precision and the certainty this generates. Discretion is necessarily reduced where the law is more precise and prescriptive, but this is accompanied by the problem that inflexible, non-discretionary rules relating to property definition and allocation may produce inequitable outcomes *in* <<http://www.aifs.gov.au/institute/pubs/fm1/fm31/fm31mh.html>>

³⁴¹ HARRISON, Margareth. **Matrimonial Property**. Austrália. Artigo foi reproduzido em Family Matters n.31 de abril de 1992, p.18-21: “There is debate here and overseas as to whether 'matrimonial property' should be limited to 'traditional' or 'basic' assets, should be widened to include superannuation and/or assets

Contudo, como dito, em nosso sistema de comunhão de bens, são computados para a partilha os bens adquiridos de forma onerosa entre eles, os aportes realizados junto à previdência privada durante o casamento.

Porém, utilizaremos como critério para a divisão dos bens, aquilo que o professor José Reinaldo de Lima Lopes denominou de “lógica da justiça distributiva”, apresentada na palestra proferida no seminário sobre Direitos Humanos, realizada na Escola Paulista da Magistratura, sob o tema “Da efetividade dos direitos econômicos, culturais e sociais”, que se trata de uma “reflexão sobre a efetividade dos direitos sociais da perspectiva dos direitos humanos”.

Não obstante o tema central ser direitos humanos, pareceu-nos perfeitamente possível utilizar o critério de justiça distributiva entre os casais que irão partilhar seus bens, visto que a massa patrimonial - antes de decretada a separação - é um bem indivisível, que denominamos de “bem comum” e o direito a previdência ser um direito social. Explica o professor José Reinaldo de Lima Lopes:

O tema da justiça distributiva só faz sentido, ele só é compreensível, se eu recuperar algo que existe na tradição jurídica e que foi progressivamente desaparecendo - existe, mas nós não sabemos mais lidar com isso -, que é a noção do *bem comum*, de bem coletivo ou como diz o Código Civil, bem indivisível. (...) Do ponto de vista da lógica ou da estrutura do objeto da justiça distributiva e depois dos direitos sociais, o que mais nos interessa é exatamente a categoria definida dos bens indivisíveis. Por que? Porque os bens indivisíveis só podem ser apropriados por meio de regras que são as

inherited or acquired later, or even extended to career assets such as a professional qualification acquired during the marriage. The last and widest categorization takes into account the financial importance of being able to generate earnings and to have access to a career structure and work-associated benefits. In terms of monetary value, these are often more significant than the tangible assets acquired, such as an equity in a house, a car and some small savings”. *in* <<http://www.aifs.gov.au/institute/pubs/fm1/fm31/fm31mh.html>>.

regras de justiça distributiva. Quais são os exemplos de bens indivisíveis (logo se vão notar quais as dificuldades que nos enfrentamos)? Um bem indivisível, naturalmente, é a massa falida, a herança e o condomínio. São três exemplos. Nos repertórios de jurisprudência, percebemos a não familiaridade dos juristas, sejam eles juízes, promotores ou advogados, com a idéia do bem indivisível. Nós podemos chegar – e temos chegado em vários momentos – a tratar por exemplo, o condomínio como se fosse uma pessoa jurídica pura e simples. Então sai da lógica do bem coletivo, da lógica da justiça distributiva e se vai para a lógica da justiça comutativa. Trata-se um condomínio como se fosse um terceiro em relação ao condomínio. Por quê? Porque fica clara com essa separação, a justiça da comutação. É o conflito que ciência política chama de bipolar ou bilateral. “A” deve a “B”, eu tiro de “A” e passo para “B”. A lógica da distribuição não é “A” e “B” separados em dois lados, é a lógica chamada do conflito plurilateral em que o jogo não é transferir de “A” para “B”. É fazer com que “A” e “B” usufruam ao mesmo tempo do bem simultaneamente³⁴².

Assim, para encontrarmos a solução na partilha de bens entre o casal precisamos indagar: qual seria o interesse comum? Qual a racionalidade de regras que norteiam a relação jurídica? Não estamos falando de interesse de cada um dos cônjuges, nem de misericórdia ou caridade, mas o interesse maior que é da distribuição de bens de forma realmente igualitária, dentro da massa de bens e direitos constituídos durante a relação, permitindo o acesso de ambos, ao direito social a previdência, a fim de se atingir os

³⁴² LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. **Da efetividade dos direitos econômicos, culturais e sociais: Direitos Humanos. Visões contemporâneas.** Publicação Especial em Comemoração aos 10 anos de Fundação da Associação Juízes para Democracia. São Paulo: Método Editoração e Editora Ltda., 2001, p. 104-106.

princípios constitucionais que regem a família, que tem a “especial proteção do Estado” (art. 227, da CF) de forma proporcional e distributiva³⁴³.

Necessário ainda observar que não será objeto de partilha, ante a incomunicabilidade da sub-rogação de bens particulares, a previdência privada cujo valor investido tenha sido adquirido pela venda de um bem próprio ou mesmo através de valores advindos de doação exclusiva de terceiros, em respeito ao artigo 1.659, I e II do CC.

Todavia, se os valores pagos para a aquisição da previdência privada advierem de frutos de bem particular, será partilhável o direito advindo do contrato, nos termos do art. 1660, V do Código Civil.

Também, é preciso destacar que independe para o reconhecimento da comunicação no patrimônio do casal da previdência privada se a adesão ao plano se deu junto a entidades abertas ou fechadas, pública ou privadas, com patrocínio integral ou parcial do empregador, observada as peculiaridades contidas no contrato de adesão firmado, menos flexíveis que as de entidade aberta, mas que, em qualquer dos casos, implica a divisão.

³⁴³ Idem: “O bem comum numa sociedade não é a soma dos bens individuais e a produção de um bem comum não pode obedecer a lógica da produção dos bens individuais (...) o bem comum tem que ser produzido coletivamente e distribuído coletivamente (...) Precisamos refletir que somos uma sociedade construída há 180 anos quase sem consciência de direitos. O que o direito é um privilégio. Nós não temos a idéia moderna, republicana democrática de direito, o que eu quero para ele eu quero para mim. (...) Se eu quero para um e não quero para outro, estou na esfera do privilégio, mas se eu estou na esfera do direito eu quero para todos (...). O mundo do direito e a noção do direito deve ser pensada – inclusive direitos sociais – a partir de dignidade da pessoa humana e autonomia (...). A sociedade brasileira não valoriza essa noção de autonomia. As relações nossas são relações hierárquicas em que todos podem ser brasileiros desde que reconheça respectivamente o seu lugar na hierarquia social”.

É certo que a legislação que dispõe sobre o regime de Previdência Complementar³⁴⁴ prevê, expressamente em qualquer contrato, o resgate do benefício, porém quando se trata de plano de previdência privada realizado com entidades fechadas instituídas pelo patrocinador³⁴⁵, o resgate apenas poderá ser pleiteado pelo participante após a cessação do vínculo empregatício; em contrapartida nas entidades fechadas instituídas pelo instituidor³⁴⁶, o resgate não ocorrerá prontamente, mas nas diversas formas previstas nos contratos de adesão especificados pelo Ministério da Previdência Social.

Em suma, mesmo não havendo possibilidade do recebimento imediato, deverá ser computado o valor que efetivamente se encontra na conta do participante, depositados no período da união, para que possa ser somado aos demais bens adquiridos onerosamente durante a união, por ser bem comum.

³⁴⁴ Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001: “Art. 14. Os planos de benefícios deverão prever os seguintes institutos, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador: I - benefício proporcional diferido, em razão da cessação do vínculo empregatício com o patrocinador ou associativo com o instituidor antes da aquisição do direito ao benefício pleno, a ser concedido quando cumpridos os requisitos de elegibilidade; II - portabilidade do direito acumulado pelo participante para outro plano; III - resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante, descontadas as parcelas do custeio administrativo, na forma regulamentada; e IV - faculdade de o participante manter o valor de sua contribuição e a do patrocinador, no caso de perda parcial ou total da remuneração recebida, para assegurar a percepção dos benefícios nos níveis correspondentes àquela remuneração ou em outros definidos em normas regulamentares. § 1º Não será admitida a portabilidade na inexistência de cessação do vínculo empregatício do participante com o patrocinador. § 2º O órgão regulador e fiscalizador estabelecerá período de carência para o instituto de que trata o inciso II deste artigo. § 3º Na regulamentação do instituto previsto no inciso II do *caput* deste artigo, o órgão regulador e fiscalizador observará, entre outros requisitos específicos, os seguintes: I - se o plano de benefícios foi instituído antes ou depois da publicação desta Lei Complementar; II - a modalidade do plano de benefícios. § 4º O instituto, de que trata o inciso II deste artigo, quando efetuado para entidade aberta, somente será admitido quando a integralidade dos recursos financeiros correspondentes ao direito acumulado do participante, for utilizada para a contratação de renda mensal vitalícia ou por prazo determinado, cujo prazo mínimo não poderá ser inferior ao período em que a respectiva reserva foi constituída, limitado ao mínimo de quinze anos, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador”.

³⁴⁵ Resolução MPS/CGPC N.º 06, de 30 de outubro de 2003: “Art. 22. No caso de plano de benefícios instituído por patrocinador, o regulamento deverá condicionar o pagamento do resgate à cessação do vínculo empregatício”.

³⁴⁶ Resolução CGPC N.º 12, de 17 de setembro de 2002: “Art. 2º Considera-se Instituidor a pessoa jurídica de caráter profissional, classista ou setorial, que oferecer plano de benefícios previdenciários aos seus associados”.

A mesma característica poderá ocorrer no plano de resgate diferido³⁴⁷, em que o participante, em razão da cessação do vínculo empregatício com o patrocinador ou associativo com o instituidor, mas antes da aquisição do direito ao benefício pleno programado, optar por receber, em tempo futuro, benefício de renda programada, calculado de acordo com as normas do plano de benefícios.

Neste caso também o recebimento será no futuro, mas igualmente é objeto de partilha, porque já é um direito constituído apesar de ainda não recebido.

Caso não utilizemos os valores da previdência privada realizada com entidades fechadas, sob a alegação que se trata de mera expectativa da aposentadoria futura, visto que não está imediatamente disponível, estaremos perpetuando e ampliando a injustiça ao cônjuge que não trabalha remunerado ou é profissional liberal, artesão ou mesmo atua na informalidade, sem vínculo empregatício.

Todos os contratos, por similares, necessitam ser partilhados em iguais condições pelo casal, para que haja uma real divisão, ante os aportes terem sido realizados durante o relacionamento do casal no intuito de garantir o futuro, e, portanto, fazem parte da massa comum.

³⁴⁷ Resolução MPAS / CGPC N.º 13 , de 02 de outubro de 2002: “(...) art. 2º Para efeito desta Resolução entende-se por: I – Benefício Proporcional Diferido – BPD: o instituto que faculta ao participante, em razão da cessação do vínculo empregatício com o patrocinador ou associativo com o instituidor e antes da aquisição do direito ao benefício pleno programado, optar por receber, em tempo futuro, benefício de renda programada, calculado de acordo com as normas do plano de benefícios (...) Art. 3º É facultado ao participante de plano de benefícios operado por EFPC optar pelo BPD na ocorrência simultânea das seguintes situações: I – cessação do vínculo empregatício do participante com o patrocinador ou associativo com o instituidor; II – antes do participante cumprir os requisitos de elegibilidade ao benefício pleno; III – cumprimento da carência de até cinco anos de vinculação do participante ao plano de benefícios. § 1º. A opção pelo BPD implicará a suspensão do recolhimento das contribuições normais para o plano de benefícios, excetuadas aquelas que eram devidas até o momento da opção, observado o disposto no § 3º deste artigo. § 2º. O regulamento do plano de benefícios poderá prever que o participante que não recolha as contribuições extraordinárias tenha reduzido o montante que lhe seria devido. § 3º. O regulamento do plano de benefícios deverá estabelecer a forma de custeio das despesas administrativas pelo participante que tenha optado pelo BPD” *in* <http://www.previdenciasocial.gov.br/arquivos/office/3_081014-110811-715.pdf>.

Veremos em cada caso com a apuração desses valores podem ser realizadas de forma equânime, quando os contratos de previdência em vigor são realizados apenas com entidade aberta ou com entidade fechada, com entidades fechadas e abertas, bem como já em fase de recebimento.

4.2. Da partilha do capital da previdência privada com entidade aberta

A previdência privada é uma forma de poupança de longo prazo para evitar que a pessoa na aposentadoria sofra uma redução muito grande de sua renda. O processo consiste de duas fases, na primeira, o poupador acumula um capital. Durante todo esse processo, este capital receberá rendimentos; na segunda fase, que coincide com a aposentadoria para a maioria das pessoas – mas não necessariamente – é o momento de receber os benefícios.

Regra geral, nesta fase, o poupador não faz novas acumulações, embora continue se beneficiando do rendimento sobre o capital acumulado. Naturalmente, o valor dos benefícios deve ter uma relação de proporção com o capital acumulado. Quanto maior o capital, maior o benefício.

Contudo, enquanto não completar o tempo para concessão do benefício, renda mensal vitalícia ou temporária, poderá o segurado a qualquer momento, quando se tratar de entidade aberta e um ano após a contratação com entidade fechada, resgatar o valor pago no plano ou mesmo optar pela suspensão temporária das contribuições³⁴⁸.

³⁴⁸ As regras para resgate de planos de previdência, como PGBL e VGBL, foram alteradas recentemente por duas resoluções do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP). As resoluções 139 e 140 foram publicadas em 30 de dezembro de 2005 e republicadas em 10 de janeiro de 2006 no Diário Oficial da União.

Portanto, a qualquer momento, é viável resgatar o dinheiro investido, mas, ao antecipar essa retirada, pode haver considerável perda financeira dependendo do tempo e do valor a ser resgatado³⁴⁹. Assim sendo, muitas vezes não é vantajoso aquele que tem o investimento em previdência privada resgatá-lo sob pena de arcar com enorme prejuízo³⁵⁰.

Necessário observar que não se trata de bem que possa ser alienado a terceiros, nem ao menos transferido do cônjuge titular ao outro. Também não há hipótese de alteração do contrato, sob pena de prejudicar terceiros, visto que o cálculo atuarial é realizado com base nas informações prestadas pelo cônjuge titular, sendo assim, resta ao titular que não queira resgatar o valor já investido, indenizar o outro, quer com bens comuns ou próprios.

A regra anterior indicava que os regulamentos dos Planos Geradores de Benefícios Livres (PGBLs) e também de Vida Gerador de Benefícios Livres (VGBLs) deveriam incluir um prazo de carência de, no mínimo, 60 dias e, no máximo, 24 meses, sendo permitidos resgates posteriores a cada intervalo de 60 dias. Pela nova regulamentação, apenas os recursos que forem aportados pelos próprios participantes (pessoa física) continuarão sob o antigo regime. No que diz respeito às contribuições pagas pelas empresas em favor de seus empregados e quitadas a partir de 1º de janeiro de 2006, somente poderão ser resgatadas pelos respectivos empregados após cumprimento da carência de um ano (Resolução 139, art. 56, par. 4º).

³⁴⁹ Para o resgate devem ser aplicadas: a tabela progressiva tem um percentual que varia de zero a 27,5%, dependendo do valor a ser resgatado. Já a tabela regressiva varia de acordo com o tempo de permanência no plano de previdência privada, ou seja, para quem aderiu a um plano de previdência e desistiu em menos de dois anos, a taxa será de 35%. Por outro lado, o contribuinte que continuar com o plano por dez anos ou mais será tributado à taxa de 10%. A tabela que será aplicada é escolhida no momento em que o plano é contratado in <www.susep.gov.br>.

³⁵⁰ Se o resgate for motivado por uma situação de emergência financeira, vale avaliar outras possibilidades. Pode parecer absurdo fazer um empréstimo, ao invés de resgatar um plano de previdência complementar, mas não é, segundo o especialista, dependendo da taxa de juros do empréstimo. Se a pessoa tem como pagar a parcela de um empréstimo e conseguir no mercado uma taxa de juros atrativa, é vantagem não retirar o investimento da previdência. "Geralmente, os empréstimos consignados oferecem uma taxa baixa de juros. Então, nesses casos, vale a pena recorrer a um empréstimo do que à previdência", ressalta o economista. Nestes casos, vale avaliar os encargos que incidem sobre o empréstimo e aqueles incidentes no resgate do plano de previdência. Muitas vezes, sai mais barato emprestar do que resgatar o investimento. Caso a opção seja por resgatar o valor do plano, verifique o período em que se encontra, ou seja, há quanto tempo o segurado contribui e o tipo de tabela correspondente ao plano. "Só vale a pena fazer o resgate do plano quando a alíquota do imposto for satisfatória, o que acontece com um tempo maior de contribuição", aconselha o professor. Vale ressaltar que, nos planos de previdência feitos pela empresa na qual o segurado trabalha, não pode haver quebra de contrato. O segurado não consegue resgatar o valor do plano, a não ser em casos de demissão. In

<<http://web.infomoney.com.br/templates/news/view.asp?codigo=1445845&path=/suasfinancas/>>

Assim, com intuito de não penalizar qualquer dos cônjuges, mas viabilizar a divisão de massa comum, beneficiando ambos, elaboramos as seguintes soluções de partilha de previdência privada, em caso de separação litigiosa sobre a divisão do patrimônio.

4.2.1. Da partilha da previdência privada com entidade aberta em fase de acumulação de capital

Havendo apenas um contrato de previdência privada na massa patrimonial, deverá haver partilha de seu valor líquido, apurado na data da separação do casal.

Porém como haverá perda financeira no resgate do contrato e por se tratar de direito social, o juiz deverá na sentença que determinar a partilha dos bens, no caso específico, conceder alternativamente, ante a pessoalidade do contrato que não permite a alienação dos direitos a terceiros ou mesmo cessão ao cônjuge, prazo para que o participante do plano previdenciário possa optar por dar continuidade ao contrato, ressarcindo o cônjuge não titular, no equivalente a metade do valor que se encontrava depositado na conta pessoal, acrescido de correção monetária e juros a partir da sentença, haja vista que o cônjuge não titular não usufruirá do plano no futuro.

O interessado deverá no prazo de 10 dias, caso outro não seja estabelecido na sentença, exercer a sua opção, inclusive indicando bens comuns ou próprios para a

compensação da diferença, ou realizar o pagamento, sob pena de expedição de mandado judicial para realização do resgate³⁵¹.

Frise-se que o cônjuge titular tem o direito de preferência em manter o contrato do plano previdenciário, mas não poderá se recusar em partilhá-lo em detrimento ao outro cônjuge. O cônjuge não titular ao ser ressarcido pelos valores aportados, teria condições inclusive de contratar fundo de pensão sob sua titularidade, ou ainda possuir bens que possa garanti-lo no futuro.

Não é viável em caso de litígio, o magistrado determinar que ambos permaneçam contribuindo para o futuro benefício, caso o titular do plano não possua patrimônio para compensação, por se tratar de contrato facultativo que versa sobre direitos disponíveis. A decisão sobre a partilha se norteará pela preservação dos interesses patrimoniais dos cônjuges e viabilizará a sua execução da forma menos gravosa para ambos³⁵².

4.2.1.2. Da partilha na hipótese de ambos possuírem previdência privada com entidade aberta em fase de acumulação de capital

Neste caso deverá ser verificado o valor que foi contribuído em cada plano durante o casamento de forma onerosa. Havendo disparidade de aportes, aquele que possui valor superior deverá ressarcir o outro nas mesmas condições previstas na hipótese anterior,

³⁵¹ Lei 5.856 de 11 de janeiro de 1973: Artigo 571 (Código de Processo Civil)

³⁵² Artigo 1.575, parágrafo único do Código Civil

porém com uma importante ressalva, caso o valor líquido a ser resgatado – ante os descontos previstos em lei, reste equivalente ao montante contido na conta da previdência privada do outro cônjuge, o primeiro terá o direito de permanecer com o contrato sob sua titularidade pela equivalência de valores apreciados com o resgate. Pelo pagamento antecipado haver se tornado excessivamente oneroso ao cônjuge que terá o resgate antecipado, a diferença deverá ser compensada em outro bem, se houver, ou mesmo de forma diferida quando da época do recebimento do benefício.

Exemplificando: se “A” possui R\$ 10.000,00 no saldo e “B” R\$ 7.500,00; “A” deverá ressarcir a “B” R\$ 1.250,00, porém caso “A” resgate o plano receberá apenas R\$ 7.500,00, não havendo, desta feita, o que ressarcir ao cônjuge “B”. Assim, a diferença entre os contratos deverá ser compensada com outros bens comuns ou mesmo particular, visto que a massa patrimonial é, até então, indivisível.

Caso não existam bens suficientes comuns para compensar a diferença, haverá a condenação do cônjuge que permanecer com contrato de valor superior, neste caso “A”, ao ressarcimento do outro cônjuge, “B”, no tocante a diferença de R\$ 1.250,00.

Não havendo pagamento da diferença no prazo fixado pelo juiz, observando que o processo já se encontra em fase de cumprimento de sentença, a penhora do crédito poderá recair em bens próprios ou sobre a própria previdência privada do cônjuge devedor³⁵³.

³⁵³ Precedentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sobre a penhorabilidade do crédito da previdência privada: TJSP. Agravo de Instrumento nº 7147283-8, Rel. Gilberto dos Santos, j. 28 de junho de 2007: “EXECUÇÃO. Título extrajudicial. Penhora sobre crédito decorrente do pagamento de resgate de VGBL. Cabimento. Valor que não se enquadra em proventos de aposentadoria, portanto, fora da proteção legal. Inaplicabilidade do artigo 649, IV do Código de Processo Civil. Recurso não provido”; e AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 7.192.4768, Rel. Des. Roberto Bedaque, j.13 de novembro de 2007: “Não há vedação legal à constrição de quantia aplicada em fundo PGDL. Trata-se de aplicação financeira destinada a plano de previdência privada. Não tem, enquanto não preenchidos os requisitos para o recebimento da

A sentença será líquida, pois dependerá apenas, para a elaboração da memória do cálculo, de apresentação do extrato das contas previdenciárias dos cônjuges pelas entidades contratadas³⁵⁴, que poderá ser, no intuito de compor a melhor divisão do patrimônio, de ofício requisitada pelo juiz³⁵⁵.

Evidente que o cônjuge titular da previdência privada de valor superior poderá optar em resgatá-la no intuito de realizar a partilha, mas para evitar que ambos suportem o prejuízo, visto que haverá redução de crédito comum e ainda frustrará a expectativa da pensão futura do cônjuge titular do contrato, a intimação do cônjuge devedor para manifestar sobre o seu interesse em indenizar o outro é de rigor, bem como que a sentença deverá determinar a compensação de ativos, sem exigir o resgate imediatamente.

4.2.2. Da partilha da previdência privada com entidade aberta em fase de recebimentos

Caso o contrato de benefícios previdenciários já se encontre totalmente formado ao tempo da separação, os valores deverão ser partilhados igualmente, salvo se, não forem constituídos em todo o período por ambos ou ainda haja prova de sub-rogação de bens particulares³⁵⁶, pois neste caso o benefício deverá ser proporcional aos valores pagos onerosamente durante a união. Encontrando-se a porcentagem devida ao cônjuge não titular,

contraprestação, caráter alimentar. Assim, ainda que fosse possível interpretação extensiva, não estaria a verba abrangida pela impenhorabilidade prevista no art. 649, IV, do Código de Processo Civil”.

³⁵⁴ Art. 475-B parágrafo 2º do Código de Processo Civil (Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

³⁵⁵ Artigo 130 do Código de Processo Civil.

³⁵⁶ A prova é necessária, ante a presunção que os bens adquiridos durante a união são advindos de esforço comum.

deverá ser oficiado para que a entidade aberta realize os pagamentos mensais de forma proporcional ao cálculo encontrado, por se tratar de renda comum, advindo de investimento comum.

Alternativamente, poderá o titular do plano preferir compensar o cônjuge não titular com bens suficientes para igualar a partilha, evitando a comunicação do benefício, mas neste caso deverá o magistrado, ouvindo a parte interessada, decidir de forma a preservar o cônjuge credor, verificando se os bens oferecidos poderão substituir a renda, se são suficientes para assegurar o cônjuge naquele caso específico, sob pena de indeferimento pela natureza do instituto³⁵⁷.

As mesmas observações deverão ser realizadas caso os cônjuges possuam cada um plano de benefício previdenciário próprio, ambos em fase de recebimentos dos benefícios, em que a renda de um deles é superior ao do outro, porque deverão somar as quantias e dividi-las igualmente, caso tenham sido integralmente constituídas de forma onerosa durante a união.

Caso o valor das contribuições, ou de ao menos uma delas, tenham sido parcialmente realizadas com patrimônio próprio, a avaliação deverá ser realizada no intuito de encontrar o valor partilhável, para que possam as rendas corresponder à efetiva meação do patrimônio comum. Constatado que os benefícios mensais se equivalem, cada um permanecerá com contrato sob a sua titularidade.

³⁵⁷ A previsão legal contida no parágrafo único do artigo 1.574 do Código Civil da autonomia para o magistrado não homologar acordo, quando se tratar de “proteger” um dos cônjuges. A renda previdenciária é securitária e deve ser mantida quando imprescindível para o desenvolvimento digno da pessoa. O juiz deverá examinar o caso concreto para verificar a viabilidade do pedido. Caso não tenha prejuízo ao cônjuge credor, o juiz homologará a substituição de bens pelo crédito.

4.2.2.1 Da morte do titular do plano em fase de recebimento das verbas

Necessária reflexão se dá quanto à morte do titular do plano, na hipótese que o ex-cônjuge recebe parte da renda, pois os benefícios poderão cessar caso o plano previdenciário não preveja a continuidade da obrigação após o falecimento³⁵⁸.

Ainda que haja no plano de previdência expressa previsão de pagamento de renda após a morte do participante, não há garantia de recebimento pelo ex-cônjuge, visto que o beneficiário contido na apólice é designado previamente e, dependendo do contrato, poderá ser alterado a qualquer momento. Neste caso, o cônjuge titular fica impedido de desvirtuar a condenação, modificando a porcentagem recebida pelo cônjuge não titular, advindo de divisão de patrimônio conforme determinada a partilha, sob pena de, com o falecimento do titular, frustrar a finalidade do investimento. Para tanto deverá restar consignada na apólice restrição exclusiva de alteração de beneficiário.

Frise-se que em qualquer caso deverá ser respeitado o plano aderido pelo titular, por se tratar de um contrato de risco, em que o cálculo da renda está englobado no sistema financeiro dos planos³⁵⁹.

³⁵⁸ O participante pode optar por planos que com a sua morte a renda se extingue que consistem na “**RENDA MENSAL VITALÍCIA**: renda paga vitaliciamente ao Participante a partir da data de concessão do benefício **RENDA MENSAL TEMPORÁRIA**: consiste na renda paga temporária e exclusivamente ao participante. O benefício cessa com o seu falecimento ou o fim da temporariedade contratada, o que ocorrer primeiro” in <http://www.susep.gov.br/menuatendimento/previdencia_aberta_consumidor.asp#planopgb>.

³⁵⁹ As reservas técnicas, as provisões e os fundos de cada plano de benefícios, bem assim os exigíveis a qualquer título, deverão atender permanentemente à cobertura integral dos compromissos assumidos pelo plano de benefícios. Por isso, exige a lei que, com base em critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, o cálculo das reservas técnicas atenda às peculiaridades de cada plano de benefícios, devendo constar de nota técnica que mencione as hipóteses atuariais utilizadas, as quais devem “guardar relação com

É certo que esta solução parece ter o mesmo resultado da pensão advinda de alimentos devidos pelos cônjuges, que via de regra são fixados em porcentagem dos proventos do alimentando e mantêm-se mesmo após a sua morte através da previdência pública, porém a natureza é diferente e as suas conseqüências também.

Na divisão de ativos advindos de plano previdenciário não há hipossuficiência do cônjuge inocente ou mesmo a perda da verba alimentar por contrair nova união, mas tão somente a divisão do patrimônio amealhado. Nada mais se discute, apenas realiza-se a prova documental do valor e tempo de contribuição para saber a porcentagem que caberia ao cônjuge não titular.

Com a morte do cônjuge credor, o direito ao recebimento da meação da renda transfere a seus herdeiros, que receberão o benefício até que o contrato de extinga, respeitando os limites da apólice firmada, por ser parte integrante do conteúdo da herança por ter caráter econômico.

as características da massa e da atividade desenvolvida pelo patrocinador ou instituidor, nos termos do art. 18 da LC 109/01: “Art.18. O plano de custeio, com periodicidade mínima anual, estabelecerá o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios, fundos, provisões e à cobertura das demais despesas, em conformidade com os critérios fixados pelo órgão regulador e fiscalizador. § 1º O regime financeiro de capitalização é obrigatório para os benefícios de pagamento em prestações que sejam programadas e continuadas. § 2º Observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, o cálculo das reservas técnicas atenderá às peculiaridades de cada plano de benefícios e deverá estar expresso em nota técnica atuarial, de apresentação obrigatória, incluindo as hipóteses utilizadas, que deverão guardar relação com as características da massa e da atividade desenvolvida pelo patrocinador ou instituidor. § 3º As reservas técnicas, provisões e fundos de cada plano de benefícios e os exigíveis a qualquer título deverão atender permanentemente à cobertura integral dos compromissos assumidos pelo plano de benefícios, ressalvadas excepcionalidades definidas pelo órgão regulador e fiscalizador”

Oportuno transcrever Francisco Cahali: “o conteúdo da herança, objeto da sucessão, atualmente, tem caráter eminentemente patrimonial ou econômico, sendo a universalidade das relações jurídicas do finado, com esta natureza transmitindo aos seus herdeiros”³⁶⁰.

Como não se trata de pensão previdenciária pública, mas apenas sucessão de um direito advindo de partilha de bem adquirido pelo casal, que se extinguirá, dependendo do contrato realizado, podendo cessar com data certa ou com a própria morte do titular do plano.

Sendo assim, diferem os direitos advindos da previdência privada, das relações jurídicas não patrimoniais ou personalíssimas que são em regra excluídas da herança “mesmo com conteúdo econômico tituladas pelo falecido”³⁶¹.

A cautela para garantir o direito do cônjuge meeiro e/ou de seus herdeiros se faz imperiosa pela, repita-se, possibilidade de mudança na apólice por mera vontade do titular do plano. Ademais, não permitir com que se altere o beneficiário na apólice da parte que cabe ao ex-cônjuge, em nada afeta as condições da apólice, e nem ao menos desconfigurará a natureza jurídica do contrato, apenas limitará o titular em não ceder direitos que não lhe pertencem pela partilha.

³⁶⁰ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil**. Direito das sucessões. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 30

³⁶¹ *Ibidem*, p. 31. Na obra o Prof. Francisco Cahali cita acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao recurso de descendente de servidor público que pleiteava o recebimento da pensão previdenciária deixada pelo seu falecimento, que estava sendo recebida pela viúva. O eminente rel. Min. Pedro Aciole, entre outros argumentos, ponderou: “Ora, de toda análise aqui efetuada, colhe-se que, na realidade, o que buscam as recorrentes é o ‘não perderem, com a morte da viúva, o direito à pensão, pela filha’. Quero crer que o direito de sucessão ora buscado, e nos termos do autos, não se constitui em parâmetros legais. A se conceder tal direito de suceder, seria criar uma infinita cadeia de descendentes do contribuinte com direito *ad eternum* de usufruir os benefícios previdenciários. Inexiste lógica jurídica a amparar o pleito” in **Revista dos Tribunais**, ano 83, outubro/1994, vol.708, p. 191.

4.2.3. Contratos de previdência privada com entidade aberta em fase de acumulação de capital e de recebimento de renda

Caso haja na massa comum contratos em fase de recebimento e em fase de capitalização, dois fatores são imprescindíveis: primeiro quantificar o investimento realizado pelo casal de forma onerosa, dividi-lo e confrontar o resultado com os aportes realizados em cada plano.

Se os planos tiveram depósitos equivalentes, não precisará haver compensação, cada um poderá permanecer com o plano sob sua titularidade, concluindo a partilha, cada um com seu próprio risco, mas neste caso específico o cônjuge titular do contrato que ainda está em fase de investimento, poderia optar em escolher por ficar com o plano em seu nome ou partilhar o benefício em fase de recebimento, mesmo com todos os riscos já contratados pelo outro cônjuge titular do plano³⁶². Assim agindo deverá resgatar o plano sob sua titularidade e partilhá-lo com o cônjuge.

É de rigor conceder a opção ao cônjuge que ainda não teve concluído seu tempo para o recebimento da renda³⁶³, porque ele poderá não ter meios próprios para mantê-lo, o que

³⁶² Tendo em vista que o titular do benefício da previdência em fase de recebimento pode ter optado pelos contratos de RENDA MENSAL VITALÍCIA ou de RENDA MENSAL TEMPORÁRIA será extinto o plano com sua morte.

³⁶³ Deverá constar no corpo da sentença que o cônjuge titular do plano de previdência em fase de investimento, poderá optar no prazo legal, sob pena de não fazendo restar havida a divisão dos bens referente à previdência privada de acordo com a titularidade de cada contrato.

certamente geraria a necessidade de fixação de alimentos, que deve a todo custo ser evitada pelas considerações já expostas, além de, neste caso, parecer ilógico.

Se o cônjuge possuir meios de sustentar seu plano, a melhor opção, via de regra, será mantê-lo sob sua titularidade para que não sofra perdas com o resgate antecipado, bem como não frustre a expectativa da aposentadoria no futuro, visto que os planos são individuais e quanto maior o aporte, maior o valor da renda previdenciária.

Desta feita, a opção deve ser do cônjuge que ainda não recebe os benefícios, pelo princípio que deve ser realizada a partilha que atenda ambos de acordo com as suas particularidades e efetivas necessidades.

Por sua vez, se os planos estiverem em fases distintas e não possuam valor equivalente, o mesmo rito processual deverá ser cumprido, priorizando a escolha do cônjuge que mantém sob sua titularidade o contrato ainda em fase de formação, com a obrigatória divisão do resgate, caso opte por mear a renda.

Acaso o cônjuge opte pela permanência com o plano ainda em formação de valor menor, haverá compensação da diferença preferencialmente com outro bem, comum ou próprio, e na falta destes, o pagamento seria realizado com parte da renda advinda do outro plano de previdência, até a quitação integral da dívida, ou ainda em valor permanente com pensionamento.

Neste caso, o juiz poderá determinar qual a porcentagem que recairá sobre o montante total a fim de não prejudicar a aquele que já recebe o benefício, utilizando dos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, visto que o juiz para a realização da partilha

deverá atender aos fins sociais a que ela se dirige e à exigência do bem comum, se socorrendo na omissão da lei dos princípios gerais do direito³⁶⁴.

4.3. Dos planos realizados com entidades fechadas

Os contratos de previdência privada entre entidades fechadas, para elaboração de partilha, precisam ser separados em dois grupos: dos participantes de planos firmados com entidades patrocinadoras e os planos firmados com entidades instituidoras, por ser a forma de resgate diferente nesses dois sistemas, além de não ser imediata como no caso dos planos realizados com entidade aberta.

Porém o diferimento do resgate não desnatura a certeza dos contratos previdenciários, realizados por vontade expressa do participante com as entidades fechadas, como se fora mera expectativa de direito do trabalhador, visto que os valores expressos na conta do titular a ele pertencem, são certos e delimitados³⁶⁵, permitem portabilidade e prestação de contas a qualquer tempo do valor dos investimentos e seus acréscimos³⁶⁶.

Wagner Balera bem ilustra as características próprias do instituto:

³⁶⁴ Artigos 4º. e 5º. da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei no. 4.657, de 04 de setembro de 1942).

³⁶⁵ Resolução CGPC n.º 14, de 01 de outubro de 2004: “Art. 2º A Secretaria de Previdência Complementar atribuirá a cada plano de benefícios um código que o identificará perante a EFPC que o opera e perante terceiros. Art. 3º Cada plano de benefícios possui independência patrimonial em relação aos demais planos de benefícios, bem como identidade própria quanto aos aspectos regulamentares, cadastrais, atuariais, contábeis e de investimentos”.

³⁶⁶ Balera, Wagner. **Competência Jurisdicional na Previdência Privada**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 38: “Senhor das reservas técnicas que formam parte do patrimônio previdenciário da comunidade protegida (o condomínio social a que já temos feito referência) ele e todos os demais integrantes do plano, ao participante assiste direito à proteção jurídica do interesse que é detentor em tal patrimônio”.

O interesse do participante ativo não é futuro, como se poderia supor, sob o argumento de ser tão-somente exigível no momento em que a prestação previdenciária complementar se tornasse devida pela conversão de sinistro em riscos cobertos (a idade, o tempo de contribuição, a invalidez, o implemento de prazo, etc.), mas atual e efetivo. Tal interesse começa com o ingresso do participante no plano e permanece durante todo o período em que o mesmo se ache vinculado à entidade previdenciária e, se é que assim poderíamos sustentar, prossegue para além de sua vida, com a proteção assegurada aos seus beneficiários e herdeiros”³⁶⁷.

Utilizaremos como critério para delimitar o objeto da partilha, o valor contido na data da separação na conta do investidor, observado, por óbvio, sempre, o período em que o casal permaneceu junto, pelo esforço comum presumido, incluído os valores aportados pelo participante (empregado), pelo patrocinador (empregador) e/ou instituidoras (entidade de classe), quando se tratar de contrato de previdência privada com entidades fechadas.

Em relação à portabilidade e ao resgate no âmbito das entidades fechadas, oportuno observar que, poderá o titular do contrato previdenciário realizado com entidade aberta transferir o valor para a conta instituída com entidade fechada que possui vínculo, incorporando-o para fim de integrá-lo no cálculo de aposentadoria futura. Tais valores, por terem sido provenientes de planos realizados com entidade aberta, poderão ser destacados e resgatados a qualquer momento, ou seja, mantêm a mesma natureza, desde que preservem de recursos aportados no plano de benefícios administrado por entidade fechada de previdência complementar³⁶⁸.

³⁶⁷ Balera, Wagner. Idem, p. 38:

³⁶⁸ RESOLUÇÃO CGPC Nº 19, de 25 de setembro de 2006: “Art. 21. O regulamento do plano de benefícios, operado por entidade fechada de previdência complementar, deverá facultar o resgate de recursos, oriundos de portabilidade,

Desta feita, podemos concluir que não há possibilidade, salvo se tiverem recursos externos, dos valores não resgatáveis da previdência privada com entidade fechada, não serem recebidos a título oneroso por advirem da relação de emprego. Nos planos de previdência privada firmados com entidade fechada, para apuração do valor a ser meado, o extrato da conta e a prova do período em que permaneceram juntos são suficientes, mas imprescindíveis.

4.3.1. Da partilha de previdência privada com entidades fechadas patrocinadoras

O acesso do trabalhador aos planos criados por patrocinador, também conhecidos por fundos de pensão, depende de prévia relação formal de emprego e da vontade do empregador em desenvolver política de recursos humanos voltada para a proteção e o incentivo do seu quadro de profissionais. Um dos pressupostos desse tipo de plano, e o principal motivo que o torna bastante atraente, é a participação do empregador no custeio dos benefícios previstos.

O plano de previdência privada instituído por patrocinador, cujo plano de benefício está, como já dito, vinculado com prévia relação de emprego, o resgate apenas ocorrerá na “cessação do vínculo empregatício”, se trata de evento incerto e de expectativa de recebimento duradouro.

constituídos em plano de previdência complementar aberta, administrado por entidade aberta de previdência complementar ou sociedade seguradora.

Parágrafo único. É vedado o resgate de recursos, oriundos de portabilidade, constituídos em plano de benefícios administrado por entidade fechada de previdência complementar”.

A impossibilidade de levantamento do valor enquanto durar o vínculo (resgate), acrescido do fato que o recebimento do benefício apenas se dará nos termos da apólice firmada, provavelmente na data de aposentadoria do empregado, não impede a partilha imediata dos direitos advindos do plano previdenciário, considerando a viabilidade de aferir o valor que integra o patrimônio comum no tempo da separação, por estar vinculado à conta do cônjuge beneficiário.

A partilha se realizará com a pronta compensação de bens ou através de pagamento proporcional diferido por época do recebimento do investimento em forma de renda.

4.3.1.1. Da partilha do patrimônio de previdência privada com entidade fechada patrocinadora em fase de investimento

Caso o contrato de previdência sob titularidade do cônjuge tiver sido realizado com entidade fechada, como benefício instituído pela sua empregadora, e, portanto, impossível de ser resgatado, necessariamente o cônjuge trabalhador deverá compensar o outro cônjuge, igualando a partilha com outros bens próprios ou comuns, cuja divisão deverá ser determinada na própria sentença, observado os direitos advindos do plano de previdência e os bens que integram o patrimônio dos cônjuges.

A compensação se faz obrigatória no intuito de proteger o cônjuge que não possui as mesmas garantias previdenciárias, inclusive para que possua condições de manter-se na velhice³⁶⁹.

Frise-se, a exigência da compensação se dá ante a inviabilidade do resgate, ilegal, e pela garantia que possui o cônjuge titular do plano previdenciário que irá se beneficiar futuramente, por oportunidade da aposentadoria.

Por ser o gozo desse direito futuro, há considerável objeção na doutrina estrangeira em relação ao pagamento imediato, conforme relata a autora portuguesa Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé:

Com efeito, impor ao cônjuge trabalhador, no divórcio, o pagamento *uma tantum* da quantia representativa do valor actualizado da sua futura pensão de reforma, significa obrigá-lo a partilhar antecipadamente um direito que se encontra ainda pendente, no seu processo de formação sucessiva, de um conjunto de contingências. De facto, não é ainda certo que esse mesmo cônjuge venha efectivamente a receber os pagamentos periódicos da pensão de reforma – pois o direito pode nunca atingir a completude de seu processo³⁷⁰.

³⁶⁹ TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **O Direito à pensão de reforma enquanto bem comum do casal**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 1997, p. 411: “Com efeito, o cônjuge não trabalhador recebe bens presentes no momento em que necessita deles; este cônjuge não corre o risco de sofrer consequências económicas adversas no caso de cessação da relação profissional do outro cônjuge por sua iniciativa, ou da entidade patronal, ou por morte, ou se torna incapaz; a conflituosidade das partes termina mais cedo, pois cessam as relações entre elas”.

³⁷⁰ TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **O Direito à pensão de reforma enquanto bem comum do casal**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 1997, p. 447.

Caso não seja reconhecida a partilha imediata com compensação do patrimônio, que parece ser via de regra a solução mais adequada a resolução da partilha quando da separação, para evitar animosidades futuras e colocar fim a divisão dos bens, por ser excessivamente gravosa ao cônjuge portador do plano previdenciário, ou seja, dependendo das circunstâncias do caso concreto, o direito em apreço ficará diferido para a época do recebimento da pensão, principalmente quando se mostrar de grande monta comparado ao restante do patrimônio amealhado pelo casal.

A idade dos cônjuges, o montante a ser partilhado no plano previdenciário, bem como o patrimônio total (comuns e particulares) do cônjuge, são fatores que podem afetar a decisão do magistrado que ao decidir deve atender o interesse comum, de acordo com as peculiaridades do caso concreto³⁷¹.

O pagamento diferido é a única hipótese viável se o casal não possuir bens suficientes para garantir a meação do cônjuge não titular do benefício, neste caso a diferença entre os patrimônios seria paga na oportunidade que a renda do titular da previdência fosse efetivamente percebida, levando-se em conta o período de contribuição havida enquanto estavam juntos e o período de contribuição apenas do titular do benefício. Encontrando-se o valor da pensão efetivamente recebida pelo beneficiário no período em que estiveram juntos, verificar-se-á qual porcentagem correspondente ao período da união para dividi-la igualmente³⁷².

³⁷¹ TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. *Idem*, p. 449.

³⁷² TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **O Direito à pensão de reforma enquanto bem comum do casal**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 1997, p. 420
“Pretende agora partilhar-se o direito à pensão de forma de acordo com o seu valor como e quando da sua total formação, em luar da sua partilha ao tempo do divórcio mediante atribuição ao mesmo de um valor actualizado. Determina-se a percentagem de cada pagamento pensionístico que deve ser considerado como

A inconveniência deste método, razão pela qual entendemos que deva ser aplicado supletivamente, seria a ausência de bens presentes ao cônjuge que, porventura, não exerça atividade remunerada ou a receba em valor inferior à própria manutenção, a incerteza do valor que apenas será determinada quando do recebimento da aposentadoria, e, por fim, a morte prematura de um dos cônjuges.

4.3.1.2. Da partilha da previdência privada com entidade fechada patrocinadora em fase do benefício

Neste caso será aplicada a mesma regra que utilizamos no caso de partilha nos planos previdenciários havidos por entidade privada no item 4.2.2.1 (p.145), pois o recebimento do benefício se dá de forma idêntica, salientando que no caso da entidade fechada existe regra específica que impede o resgate do valor contido na previdência nessa fase do contrato³⁷³.

4.3.1.3. Pré-morte de um dos cônjuges na partilha diferida

Quando a partilha é diferida, a morte de um dos cônjuges não tem o condão de frustrar o direito ao recebimento da partilha, porém a solução deverá ser equacionada ao novo fato ocorrido, observando qual dos cônjuges é sobrevivente.

coisa comum casal. Em seguida procede-se à multiplicação do valor de cada pagamento pensionístico pela assim denominada *community ratio*. Essa traduz-se no número de anos da duração da relação profissional coincidentes com a relação conjugal dividida pela duração total da dívida ativa do cônjuge trabalhador”.

373 SCHLÜTER, Wilfried. **BGB – Familienrecht . Código Civil Alemão. Direito de Família**. Trad. Elisete Antoniuk. Universidade de Bonn: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 313 Constatando-se que um dos cônjuges alcançou, durante a união, conjugal, mais expectativas previdenciárias ou perspectivas de uma pensão compensatória que o outro, então esse tem o direito como compensação, à metade da diferença do valor (§1587 al. 1 frase 2 G).

Se o falecimento precoce houver do ex-cônjuge titular do benefício, necessário indagar qual plano foi efetivado pelo trabalhador, se há previsão de pensionamento aos seus dependentes ou de pagamento integral de uma só vez com sua morte. Neste último caso o valor líquido da aposentadoria auferido por oportunidade da separação, por ser título executivo judicial, poderá ser exigido pelo titular do crédito ao espólio. Caso seja pensionamento aos beneficiários, deverá o espólio se habilitar para receber a cota parte que faz jus, com o cálculo realizado no tempo da morte, de forma proporcional. As inúmeras hipóteses se fazem imperiosas ante o respeito às cláusulas do contrato previdenciário.

Por sua vez, caso o ex-cônjuge titular do benefício sobreviver à morte do cônjuge credor, seus herdeiros poderão exigir o crédito oportunamente, nos moldes da sentença, na época do recebimento do pensionamento, por não se tratar de alimentos vincendos que se extinguiriam com a morte do credor, mas de divisão de patrimônio adquirido onerosamente durante a união, direito sucessível, que integra a massa do espólio.

4.3.2. Da partilha da previdência privada com entidade fechada patrocinadora enquanto ambos são titulares de planos previdenciários

Caso os cônjuges possuam cada um junto à sua empregadora plano de previdência, deverão os contratos ser avaliados em relação aos aportes feitos na conta de cada um deles durante o casamento, a fim de que possa haver equilíbrio da divisão na época da separação.

Aquele que possuir maior valor deverá compensar o outro com patrimônio, ou na inexistência de bens suficientes, com o pagamento diferido na oportunidade do recebimento da renda por época da aposentadoria³⁷⁴.

Observando neste caso, para compensação, apenas se necessário, visto que o resgate também deverá ser evitado, se houve aportes advindos de entidades abertas, que poderá ser resgatada no intuito de compensar a diferença, ante a permissão legal imotivada do levantamento de tais valores (diante da sua origem), desde que respeitados os demais aportes realizados no plano com a entidade fechada.

Por fim, caso um cônjuge possua plano previdenciário com entidade fechada e o outro com entidade aberta, deverão realizar a avaliação de cada plano, verificando quanto fora depositado nas contas no período do casamento e o saldo integral desses aportes, incluindo nos planos de entidade fechada os valores aplicados pelo empregador e/ou instituidor.

4.3.3. Da partilha dos contratos de previdência privada com instituição fechada instituidora

Considera-se instituidor a pessoa jurídica de caráter profissional, classista ou setorial, que oferecer planos de benefícios previdenciários aos seus associados, entre eles, os

³⁷⁴ Vide item 4.3.1.2.

conselhos profissionais e entidades de classe, os sindicatos, as centrais sindicais e as respectivas federações, as cooperativas que congreguem membros de categorias ou classes de profissões regulamentadas e as associações profissionais³⁷⁵.

Os planos associativos, por seu turno, constituem também meio de acesso do trabalhador à previdência fechada. Para tal, no entanto, é necessária a existência de vínculo associativo entre o instituidor do plano, no caso entidade de classe, e o participante. Justamente por isso, essa modalidade de acesso é também conhecida como Previdência Associativa³⁷⁶.

Os planos de previdência de entidades instituidoras diferem-se dos planos de entidade patrocinadora, pela possibilidade de resgate, salvo se o participante já estiver no gozo do benefício, porém menos ampla que das entidades abertas, por exigir tempo mínimo de contribuição e a devolução em parcelas.

O resgate é pouco atraente, pois o participante desligando-se do plano receberá de volta no mínimo o valor atualizado de suas contribuições pessoais vertidas ao Plano de Benefícios, descontadas as parcelas de custeio administrativo e dos benefícios de risco, além do pagamento de imposto.

Assim, por ser possível o resgate, entendemos que a partilha nos casos em que ambos, ou apenas um deles, possuam planos com entidades associativas, deverá ser realizada nos moldes especificados nos planos de previdência com entidade aberta, inclusive com a hipótese de compensação da diferença patrimonial, com bens próprios ou comuns, a

³⁷⁵ Artigo 2º. da Resolução CGPC No 12, de 17 de setembro de 2002.

³⁷⁶ Disponível em: < http://www.previdenciasocial.gov.br/spc.php?id_spc=151>, acesso em 15 de março de 2010.

escolha do titular do plano de benefícios, porém, repita-se, observados o critério de resgate previsto no contrato³⁷⁷.

4.3.4. Da partilha de previdência complementar do servidor público

O sistema previdenciário privado merece especial destaque pela estruturação normativa, delineada no artigo 202 do Constituição Federal, disciplinadas pela legislação inferior, da qual merece destaque a Lei Complementar 109, de 2001.

O legislador complementar reconfigurou a matéria e implementou um sistema de segurança mediante três regimes sociais: o regime geral, gerido pelo Poder Público, apto a garantir as necessidades básicas dos beneficiários; o regime próprio dos servidores público vinculados às diversas pessoas políticas e regimes de privados colocado o cuidado dos particulares.

Precisamente, a seguridade social terá duas vias de proteção previdenciária, a via básica, seguro social obrigatório em que compreende todos os trabalhadores, e a via complementar, seguro complementar, contratual e facultativo nos tipos fechado e aberto.

³⁷⁷ RESOLUÇÃO CGPC Nº 19, DE 25 DE SETEMBRO DE 2006: “Art. 23. No caso de plano de benefício instituído por instituidor, o regulamento deverá prever prazo de carência para o pagamento do resgate, de seis meses a dois anos, contado a partir da data de inscrição no plano de benefícios. §1º Em relação a cada uma das contribuições efetuadas por pessoas jurídicas ao plano de benefícios de que trata o caput, somente será admitido o resgate após o cumprimento de prazo de carência de dezoito meses, contado da data do respectivo aporte. §2º Sem prejuízo do disposto no caput e no §1º, em relação às contribuições efetuadas pelo empregador, poderão ser estabelecidas condições adicionais no instrumento contratual de que trata a Resolução MPS/CGPC nº 12, de 17 de setembro de 2002, observadas as condições previstas no regulamento do plano de benefícios. Art. 24. O resgate não será permitido caso o participante esteja em gozo de benefício. Art. 25. O regulamento do plano de benefício deverá prever o pagamento do resgate em quota única ou, por opção exclusiva do participante, em até doze parcelas mensais e consecutivas. §1º Observado o disposto no caput, o regulamento do plano de benefícios poderá prever outras formas de parcelamento ou diferimento do resgate, observado o prazo máximo de parcelamento de sessenta prestações mensais e consecutivas. §2º Quando do pagamento parcelado ou diferido do resgate, o regulamento do plano de benefícios deverá esclarecer o critério de reajuste das parcelas vincendas. §3º Independentemente da forma ou prazo de parcelamento ou diferimento do resgate, aplica-se o disposto no art. 20 desta Resolução, à exceção do compromisso da entidade fechada de previdência complementar de pagar as parcelas vincendas do resgate.

A previdência complementar pública apesar de ser diretamente controlada pelos entes públicos respectivos e de necessitar de lei própria para sua implementação, teve delimitado seus contornos pela Lei Complementar que ao fixar regras para todo e qualquer regime de previdência privada, delimitou as características elementares da relação havida entre a entidade e o participante, em que a filiação é facultativa, onerosa, com previsão nos contrato de adesão de resgate e portabilidade³⁷⁸.

Wladimir Novaes alerta sobre a nomenclatura confundir a natureza do instituto:

originalmente, deverá ser a previdência pública, complementar, mas não necessariamente estatal, isto é cometida à administração ao particular. Empregará praxes própria da previdência privada, aberta ou fechada e da poupança individual consagrada na caderneta de poupança. Todavia poderá ser classificada como previdência pública, permitindo área submetidas à diferentes normas, públicas e privadas, impondo-se ao mesmo tempo, a cogência e a liberdade de opções³⁷⁹.

Assim, não obstante a ausência de regulamentação específica ainda em fase de tramitação nas respectivas casas legislativas, certo que os direitos advindos de contrato de previdência privada instituído por funcionário público e sua respectiva entidade fechada, deverão integrar a massa de bens comuns do casal, para serem partilhados de acordo com os interesses dos cônjuges, através dos princípios familiarísticos da solidariedade,

³⁷⁸ BALERA, Wagner. **Competência Jurisdicional na Previdência Privada**. São Paulo: Quatier Latin, 2006, p. 13.

³⁷⁹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Primeiras lições de previdência complementar**. São Paulo: LTR, 1996, 288.

compartilhamento, e, principalmente de dignidade de seus componentes, por ter a mesma natureza dos demais institutos, que autoriza sua divisão³⁸⁰.

A partilha deve atingir a finalidade do contrato de previdência complementar do servidor público que é de garantir a segurança de sua família, respeitada as regras específicas do contrato de adesão, deverá definir-se a partilha no caso concreto, versando sobre o patrimônio constituído de forma onerosa durante a união, através da compensação imediata de bens e/ou pagamento a diferido na fase de recebimento da renda.

³⁸⁰ Sobre a natureza e características da previdência complementar pública, vide: HULLE, Osvaldo. **Previdência complementar do serviço público, entidade fechada, de natureza pública gerindo interesse privado.** Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE) Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 14, jun/jul/ago de 2008. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> acesso em 14 de março de 2010.

CONCLUSÃO

O presente estudo sobre a partilha dos direitos advindos da previdência privada quando adquirida de forma onerosa durante o casamento ou a união, iniciou-se destacando os importantes princípios constitucionais de especial proteção à família, na sua função social de promover a dignidade pessoal de cada um de seus membros, alicerçada nos princípios da igualdade e solidariedade, que orientaram na interpretação das normas legais.

O trabalho se desenvolveu sob a concreta idéia de cooperação, auxílio material e recíproco entre os membros familiares, capaz de reduzir a dependência após o término da união, pela efetiva divisão mais ampla do patrimônio adquirido por esforço comum, a fim de equilibrar as ambições individuais das pessoas no uso de sua propriedade, sem o espírito de emulação, mas, ao revés, de buscar a melhor solução no caso concreto e efetivamente atingir os preceitos constitucionais.

A interpretação da legislação através da evolução sócioeconômica da família desde o descobrimento do Brasil até os dias atuais, serviram para constatar a inadequação da norma atual, que ao manter praticamente inalterado seu texto sobre os bens excluídos da comunhão, acabou com acomodar doutrina e jurisprudência que pouco evoluiu por adotar os arcaicos conceitos protetivos que permeavam o Direito de Família na época do patriarcalismo, restando discriminatória nos dias de hoje por não abordar as novas formas de propriedade, prejudicando sobremaneira o cônjuge não trabalhador ou que possui rendimentos inferiores.

A implementação da previdência privada se fez necessária para garantir ao trabalhador e sua família à manutenção do padrão de vida conquistado após a aposentadoria, e por se tratar de instituto de natureza privada, constituído a título oneroso, facultativamente, deve ser partilhado em proporções iguais ao término do relacionamento.

Após análise da natureza e forma contratuais, denominamos a previdência privada no âmbito familiar como uma nova propriedade que deverá integrar a massa patrimonial, por ter o contrato que o formaliza, como principais características a liberdade, a onerosidade e a individualidade, que o torna perfeitamente viável a sua partilha, acrescido à sua finalidade protetiva em relação aos membros da família.

Superados também restaram os conceitos de pessoalidade e intransmissibilidade do contrato de previdência privada, pela comunicação dos bens adquiridos onerosamente durante a união, advindos do regime de bens, cuja partilha se dará através de resgate do investimento realizado, pela compensação com outros bens comuns ou próprios, no intuito de igualar as meações ou ainda através do pagamento diferido na época do recebimento das rendas, dependendo do contrato e das condições particulares de cada casal.

Apresentamos soluções inovadoras para a partilha de um bem com características específicas, sempre no escopo de que ambos, na separação, possam usufruir o patrimônio amealhado juntos, de forma igualitária, paritária e no sentido do bem comum.

Destacamos a importância da oportunidade de manifestação da parte interessada na concretização de seu direito no cumprimento da sentença, ao permitir que possa escolher dentre as opções contidas na decisão que julgue a partilha dos bens, da forma que lhe seja menos prejudicial, sem que o direito de escolha importe em real perda ao outro.

Por fim restou inequívoco que o magistrado deverá ponderar em cada caso concreto a melhor partilha a fim de efetivamente reduzir as desigualdades, conciliando os procedimentos formais com as exigências de racionalidade material, no intuito de que possamos fazer uma efetiva justiça distributiva e alcancemos a família verdadeiramente democrática em que todos são iguais, por exercerem amplamente a sua dignidade.

BIBLIOGRAFIA

ARENDET, Hannah. *A condição humana*. 1958, 9. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Estudo histórico sobre a condição jurídica da mulher no direito luso-brasileiro desde os anos mil até o terceiro milênio*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Osasco, SP: Centro Universitário FIEO – UNIFIEO, 2001.

BALERA, Wagner. *O arcabouço constitucional da Previdência*. Revista dos Fundos. Ed. Especial ABRAPP, SP, 1982 e “A idade mínima para a aposentadoria no Sistema Brasileiro de Previdência Complementar”, RPS, LTr Edit., SP.

_____. *Competência Jurisdicional na Previdência Privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BARSTED, Leila Linhares. *Lei e realidade social: igualdade x desigualdade*, in As mulheres e os direitos humanos. Rio de Janeiro: Cepia, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 8. ed. atual. Vol II, Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1950.

_____. *Código Civil dos Estados do Brasil comentado*. 10. ed. atual. Vol II, Rio de Janeiro: Paula Azevedo, 1953.

BITTAR, Carlos Alberto. *O sistema constitucional de família*. Revista do Instituto dos Magistrados do Brasil, n. 6, ano 2, jan-mar, 1997.

BITTAR, Eduardo C. B. *Família, Sociedade e Educação: Um ensaio sobre o Individualismo, Amor Líquido e Cultura Pós Moderna*, p. 105.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade. Para uma teoria geral da política*. Turin, 1909. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

_____. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho; apres. de Celso Lafer. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CAHALI, José Francisco, *Contrato de Convivência de União Estável*, São Paulo: Saraiva, 2002.

_____; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*. 10. ed. ver. e atual. de acordo novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CAMPOS, Mirian de Abreu Machado e. *Cooperação internacional no âmbito da compensação de amparo*. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. Vol. 9. Belo Horizonte: 2002.

_____. *Família no direito comparado: Divisão das expectativas de aposentadoria entre cônjuges*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003.

CARDOSO, Vladimir Mucury. *O Abuso do Direito na Perspectiva Civil-Constitucional*. Princípios de Direito Civil Contemporâneo. Coord. Maia Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva. *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*. Coimbra: Porto. 2000.

CHAVES, Antonio. 1914. *Tratado de Direito Civil*. 2. ed. Vol 5. Direito de Família, Tomo II, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito de Família. Introdução Direito Matrimonial*. Vol. I. 4^a. Ed. Coimbra, 2008.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: promulgada em 05 de outubro de 1988, obra coletiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 42. ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2009.

DANTAS, San Tiago. *Direito de Família e das Sucessões*. Revista e atualizada por José Gomes Bezerra Câmara. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no Direito Civil Brasileiro*. Atualizado por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2001.

FARIA, José Eduardo. *A crise do direito numa sociedade em mudança*. José Eduardo Faria (org.), Brasília, Universidade de Brasília, 1988. (Coleção Roberto Lyra Filho. Pensamento Crítico no Direito).

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Nova Fronteira.

FERREIRA, Waldemar Martins. *História do Direito Brasileiro*. Tomo II. São Paulo: Freitas Bastos, 1952.

FIÚZA, César Augusto de Castro. *Mudança de paradigmas: do tradicional ao contemporâneo*. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família.

_____. *Diretrizes Hermenêuticas do Direito de Família. Família e Dignidade Humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

GIORGIANE, Michele. *O direito privado e suas atuais fronteiras*. Revista dos Tribunais. Trad. Maria Cristina De Cicco. São Paulo, v 747, Fasc. Civ., jan. 1998.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. Bahia: Universidade da Bahia, 1958.

_____. *Direitos de Família*. Rio de Janeiro: Forense 1999.

_____. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.999.

GONÇALVES, Luís da Cunha. *Tratado de Direito Civil em comentários ao Código Civil Português*. Lisboa: Coimbra Editora, 1932.

GOODE, William Josiah. *Revolução Mundial e padrões de Família*; trad. Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Nacional e EDUSP, 1969.

GRINOVER, Ada Pellegrine et al. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

GUERRA, Leandro dos Santos; GAMA, Guilherme Calmon. *A função social da família*. Revista Brasileira de Direito de Família n.º 39.

HARRISON, Margaret. *Matrimonial Reform*. Australian Institute of Family Studies. Family Matters, n.º.31, April 1992.

- HAUSER, Ester Eliana. O ideal democrático no pensamento político de Jean-Jacques Rousseau. *Introdução à História do Pensamento Político*. Org. Wolkmer, Antonio Carlos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- HESS, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Família e Casamento em Evolução*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAN, ano I, nº 1, abr./mai./jun. 1999.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*. 20^a. ed. Berlim. Traduzido para o espanhol por Blás Pérez Gonzáles e José Castán Tobeñas. Derecho de família. 2^a.ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, LOBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na história: lições introdutórias*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2008.
- LOTUFO, Maria Alice Zaratín. *Curso Avançado de Direito Civil*, vol. 5: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MADALENO, Rolf. *A Retroatividade Restritiva do Contrato de Convivência*. Revista Brasileira do Direito de Família. n. 33.
- MARENSI, Voltaire. *A nova Lei da Previdência Complementar Comentada*. Porto Alegre: Síntese, 2001.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Primeiras lições de previdência complementar*. São Paulo: LTR, 1996.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Reforma previdenciária*. 2^a. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*: São Paulo: Saraiva, 2002.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Interpretação do Direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 6.^a Ed, 1957.

MEDEIROS, João Bosco; ANDRADE, Maria Margarida de. *Manual de Elaboração de Referências Bibliográficas: A Nova NBR 6023:2000 da ABNT, Exemplos e Comentários*. São Paulo: Atlas, 2001.

MELO, Mônica de. *O princípio da Igualdade à luz das ações afirmativas: o enfoque da discriminação positiva*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Vol. 25.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial, Tomo VII. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983.

_____. *Tratado de Direito de Família*, vol II. Campinas: Bookseller, 2001.

_____. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: RT, 1968.

_____. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro, 1947.

MONTEIRO, Washington de Barros, 1910-1999. *Curso de Direito Civil*, Vol. 2, Direito de Família. 37. ed., ver e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 8.ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin. *O princípio da dignidade humana. Princípios do direito civil contemporâneo*. Maria Celina Bodin de Moraes (coord.), Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Prefácio in Negreiro, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do Princípio da boa fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *A previdência privada como assistência social*. Revista de Direito Tributário – Ano VIII julho/dez. de 1984 n. 29-30.

NASCIMENTO, Ricardo de Castro. *Breve histórico da Previdência Social*. Revista de Direito Social. Ano VII – out/dez 2007, n. 28.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NOGUEIRA, Guilherme Calmon da Gama e Guerra. *A função Social da Família* in Revista Brasileira do Direito de Família, Ano VIII, dez/jan 2007.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual da Monografia Jurídica: Como se faz: uma monografia uma dissertação uma tese*. São Paulo: Saraiva, 2001.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **O direito de família**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1990. O Direito de Família após a Constituição Federal de 1988. Org. COLTRO, Antonio Carlos Mathias,. São Paulo: C. Bastos : Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 200.

OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *O direito de família*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1990.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *A família e seus fundamentos constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

PELUSO, Antonio César. *Direitos Humanos Visões Contemporâneas*. Os Direitos Humanos da Família, Criança e Adolescente. Palestra proferida na Escola Paulista da Magistratura em out. de 2000. São Paulo: Método, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Ver. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Direito Civil: Alguns aspectos da evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. PEREIRA, Caio Mário. *Instituto de Direito Civil*. Vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues, 1834-1917. *Direitos de Família*. Ed. fac-similar, Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial : STJ, 2004.

PEREIRA, Maria Cristina dos Santos. *Diálogos sobre a igualdade à união européia. O princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres*. Boletim da Faculdade de Coimbra. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LXXXIII. Coimbra, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco, ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PESSOA, Adélia Moreira. *Direitos humanos e família: da teoria à prática. Família e Dignidade Humana*. V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coord. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. IOB Tompson. Belo Horizonte: 2006.

PINTO, Teresa Arruda Alvin. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre Direito de Família*. Coord PINTO, Teresa de Arruda Alvin. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

PIOVESAN, Flávia. *A Constituição Brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção aos Direitos Humanos*, vol. 2. Rio de Janeiro: Cepia, 2001.

_____. *Temas de Direitos Humanos*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

PLANIOL, Marcelo; RIPERT, Jorge. *Tratado Practico de Derecho Civil France*. Tomo 2. La Familia. Traducción española del CRUZ, Mario Diaz Habana: Cultural, 1946.

PÓVOA, Manoel Sebastião Soares. *Previdência Privada – Filosofia, fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica*, 2. ed., Quartier Latin do Brasil: São Paulo, 2007.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro; evolução e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. Revista Trimestral de Direito Público, nº 15.

RODRIGUES, Maria Alice. *A mulher no espaço privado: da incapacidade à igualdade de direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. Trad. da 6. ed. italiana por Paolo Capitanio, atual. por Paulo Roberto Benesse. Campinas: Bookseller, 1999.

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

SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil Alemão. Direito de Família*. Trad. de Elisete Antoniuk. 9. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

SCHREIBER. *Direito à moradia como fundamento para a impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro*. In: RAMOS; TEPEDINO et.al. (org.). *Diálogos sobre o direito civil – construindo a racionalidade contemporânea*.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros.

SOARES, Mário Lúcio Quintão; BARROSO, Lucas Abreu. *O Novo Código Civil Brasileiro e o problema da igualdade material*. Revista Brasileira de Direito Constitucional. Tema Central: Igualdade e Justiça. N. 2, jul/dez 2003.

STAJN, Raquel. *O Direito de família – Notas de análise econômicas*. Congresso Brasileiro de Direito de Família. Direito de família: a família na travessia do milênio. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira: Belo Horizonte: IBDFAM: OABMG: Del Rey, 2000.

STAVRIDIS, Virgílio Parnagiotis. *Do regime da comunhão parcial. O novo Código Civil: do direito de família*. LEITE, Heloisa Maria Daltro (Coord.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Temas de Direito Civil. Novas formas de entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. Temas de Direito Civil*. 4. ed. ver. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *A incorporação dos Direitos Fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas*. Revista da AJURIS. Ano XXXII – no. 100, Dezembro 2005.

TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. *O Direito à pensão de reforma enquanto bem comum do casal*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 1997.

VARGAS, Mônica Munhoz; SAFFIOT, Heleieth. *A Mulher no espaço privado é assim*. Rio de Janeiro: Delphos, 1994.

VECCHIO, Giorgio Del. *Filosofia Del Derecho*. Rev. por Luiz Legaz Lacambra. 6. ed. Barcelona: Boch, 1953.

VILLELA, João Baptista. *Alimentos e sucessões entre os companheiros*. Repertório IOB de Jurisprudência. N. 7, 1^a quinzena abr. 1995.

VON IHERING, Rudolf. *A Luta pelo Direito*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

WALD, Arnold. *O novo direito de família*. 13. ed. rev. e atual., de acordo com a jurisprudência e com referências ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, DF: Universidade de Brasília : São Paulo : IOESP, 1999.