

FELIPE MATTE RUSSOMANNO

Mudança de regime de bens no casamento

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Dr. José Fernando Simão

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2019

FELIPE MATTE RUSSOMANNO

Mudança de regime de bens no casamento

Dissertação de Mestrado, apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração em Direito Civil, sob a orientação do Professor Associado Dr. José Fernando Simão.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2019

**Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo**

Russomanno, Felipe Matte

Mudança de regime de bens no casamento / Felipe Matte Russomanno. – São Paulo : F. M. Russomanno, 2019.

218 f. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2019.

Orientador: Prof. José Fernando Simão.

Notas de rodapé.

Inclui bibliografia.

1. Alteração do regime de bens. 2. Casamento. 3. Requisitos. 4. Eficácia *ex nunc*. 5. Proteção a terceiros. 6. Partilha de bens. 7. Mancomunhão. 8. Direito intertemporal. 9. Direito adquirido. 10. Ato jurídico perfeito. I. Simão, José Fernando. II. Título.

FELIPE MATTE RUSSOMANNO

Mudança de regime de bens no casamento

Dissertação de Mestrado, apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração em Direito Civil, sob a orientação do Professor Associado Dr. José Fernando Simão.

São Paulo, ____ de _____ de 2019.

Nome:

Nome:

Nome:

Nome:

Nome:

Aos meus pais, por tudo que sempre fizeram por mim.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho foi escrito a muitas mãos, e é chegada a hora de agradecer àqueles que tornaram a sua conclusão possível.

De início, agradeço ao meu orientador, Professor José Fernando Simão, exemplo de amor e dedicação à academia, pela orientação, pelos ensinamentos e pelas diversas oportunidades de engrandecimento pessoal e profissional proporcionadas.

Agradeço, também, ao escritório Tucci Advogados Associados, especialmente aos sócios José Rogério Cruz e Tucci e Cibele Pinheiro Marçal Tucci, por terem acreditado em mim ao me “importarem” do Rio Grande do Sul, pelos ensinamentos durante cinco anos de trabalho e pelo exemplo de profissionais competentes, éticos e dedicados.

Também agradeço aos meus colegas Vagner Mendes Bernardo, Heitor Sica, Rogério Lauria Marçal Tucci, Pedro Caetano Dias Lourenço, Nálían Lopes Ferreira, Roberta Marques de Moraes Tucci e Bianca Marçal Tucci, assim como aos estagiários Bruna Cordeiro Silva, Carolina Solis Villares, Lucas Martho Marcon e Maria Clara Lôbo Junqueira de Andrade, pela parceria do dia a dia, pela troca de conhecimento e por terem segurado os “rojões” enquanto precisei me dedicar à dissertação de mestrado.

Agradeço aos meus colegas de pós-graduação Bruno Marques, Maria Beatriz de Toledo e Marília Elena de Souza Caldeira, os quais dividiram comigo muito mais do que seminários e artigos, mas as angústias próprias de pós-graduandos, além de conhecimento e experiências, que me acompanharão além dos muros da São Francisco.

Agradeço à minha família do coração que construí em São Paulo, que sempre me ajudou a seguir em frente, quando achei que não fosse dar conta de tudo: Bruno Bastos Becker, Chiavelli Faccenda Falavigno, Filipe Venturini Signorelli, João Pedro Madureira, Martha Giugno Termignoni e Telma Rocha Lisowski.

Agradeço, ainda, ao Fabio Carvalho Nicoletti pelo companheirismo, pelo apoio, pela paciência e pelas palavras sábias sempre no momento certo, que contribuíram sobremaneira para que o objetivo deste trabalho fosse alcançado.

Por fim, mas não menos importante, agradeço à minha família, em especial aos meus pais e à minha avó, que, mesmo a distância, sempre estiveram ao meu lado incondicionalmente, por me ensinar valores que pautam a minha existência, por me fazer

acreditar que os sonhos são possíveis e por entender que a minha ausência em momentos essenciais sempre teve um motivo importante.

RESUMO

RUSSOMANNO, Felipe Matte. *Mudança de regime de bens no casamento*. 2019. 219 p. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

Este trabalho visa a analisar o tratamento dado pelo Direito brasileiro à mutabilidade do regime de bens no curso do casamento, enfrentando as inúmeras polêmicas que surgiram a respeito do tema. Para tanto, em primeiro lugar, são abordadas questões fundamentais para os regimes de bens, como o próprio conceito do instituto, os princípios incidentes sobre eles e, por fim, o pacto antenupcial, instrumento por meio do qual os nubentes podem regular os aspectos patrimoniais do casamento a ser celebrado. Feito isso, passa-se à segunda parte do trabalho, em que são estudados de forma crítica os requisitos para a alteração do regime de bens no curso do casamento, alguns dos quais prescindíveis para o fim a que se pretendem. Ainda na segunda parte, analisam-se a eficácia da alteração do regime de bens e a possibilidade jurídica de se proceder à partilha de bens por ocasião da mudança de regime de bens, buscando definir a situação do patrimônio comum no período compreendido entre a alteração e a efetiva partilha. Por fim, examina-se a influência do direito intertemporal sobre a mutabilidade do regime de bens, na medida em que, com o rompimento do princípio da imutabilidade do regime de bens, vigente até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, muitos pares casados sob a égide da legislação revogada pretenderam a alteração do estatuto patrimonial de seu matrimônio, surgindo amplo debate a respeito de o artigo 2.039 do Código Civil constituir um óbice à pretensão, discussão que torna necessário o estudo a respeito do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.

Palavras-chave: Alteração do regime de bens. Casamento. Requisitos. Eficácia *ex nunc*. Proteção a terceiros. Partilha de bens. Mancomunhão. Direito intertemporal. Direito adquirido. Ato jurídico perfeito.

ABSTRACT

RUSSOMANNO, Felipe Matte. *Changing the property regime in marriage*. 2019. 219 p. Dissertation (Master) – University of São Paulo, São Paulo.

This paper analyzes the treatment given by the Brazilian Law to the mutability of the property regime over the course of the marriage, confronting the several controversies over the topic. Therefore, issues crucial to property regimes will be addressed first, such as their concept, the principles inherent in them, and ultimately, the prenuptial agreement, an instrument through which both the betrothed may regulate the property aspects of the marriage to be entered into. Once that has been done, we shall proceed to the second part of the paper, which critically studies the requirements for changing the property regime over the course of the marriage, of which some are expendable for the intended purpose. The second part also analyzes the efficacy of the change in the property regime and the legal possibility of proceeding to equitable distribution due to the change in the property regime, in an attempt to define the situation of the mutual property during the period between the change and the effective distribution. Finally, it examines the influence of intertemporal law over the mutability of the property regime, to the extent that, after the rupture of the principle of the immutability of the property regime, which was in force until the entry into force of the 2002 Civil Code, many couples married under the revoked legislation intended to change the property regime of their marriage, which gave rise to a wide-ranging discussion on the fact that article 2,039 of the Civil Code constitutes an obstacle to the intention, a discussion which requires a study on the vested right and the perfect juridical act.

Keywords: Change in the property regime. Marriage. Requirements. Efficacy ex nunc. Protection to third parties. Equitable distribution. Tenancy by the entirety. Intertemporal law. Vested right. Perfect juridical act.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO I – DISCIPLINA GERAL DOS REGIMES DE BENS.....	17
SEÇÃO I – NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	17
SEÇÃO II – CONCEITO DE REGIME DE BENS	21
SEÇÃO III – CLASSES DOS REGIMES DE BENS	24
a) Regime legal de bens.....	24
a.1) Regime obrigatório de bens	25
a.1.1) Da mitigação da separação obrigatória de bens	27
a.2) Regime supletivo	34
a.3) Regime convencional	37
SEÇÃO IV – PRINCÍPIOS DOS REGIMES DE BENS.....	38
a) Autonomia privada.....	38
a.1) Variedade de tipos e liberdade de escolha.....	41
b) Mutabilidade condicionada	43
SEÇÃO V – PACTO ANTENUPCIAL	50
a) Contexto histórico	50
b) Conceito e objeto do pacto antenupcial.....	52
c) Natureza jurídica do pacto antenupcial	55
d) Elementos do pacto antenupcial.....	59
CAPÍTULO II – REQUISITOS E EFEITOS DA ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS.....	72
SEÇÃO I – NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	72
SEÇÃO II – REQUISITOS	73
a) Mútuo consentimento.....	73
b) Pedido motivado.....	82
b.1) Alteração do regime da separação obrigatória de bens	93
b.2) Sociedade entre cônjuges – artigo 977 do Código Civil	97
c) Autorização judicial	100
c.1) Procedimento judicial.....	106

c.1.1) Intervenção do Ministério Público.....	108
c.2) Limites à alteração de regime de bens.....	111
d) Proteção aos direitos de terceiros.....	115
d.1) Publicidade.....	123
d.1.1) Publicação de editais e a utilização de outras formas de veiculação do pedido modificativo.....	126
d.2) Inexistência de dívidas.....	130
d.3) Necessidade de novo pacto para alteração do regime de bens no casamento.....	133
SEÇÃO V – EFICÁCIA DA ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS	136
a) Irretroatividade da alteração do regime de bens.....	136
b) Partilha de bens comuns.....	146
b.1) Mancomunhão e condomínio.....	154
CAPÍTULO III – MUTABILIDADE DE REGIME DE BENS NO CASAMENTO E A QUESTÃO TEMPORAL.....	164
SEÇÃO I – NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	164
SEÇÃO II – DIREITO INTERTEMPORAL	164
SEÇÃO III – TEORIA DO DIREITO ADQUIRIDO <i>VERSUS</i> TEORIA DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS: O DEBATE ENTRE GABBA E ROUBIER.....	170
a) A teoria do direito adquirido de Carlo Francesco Gabba.....	170
b) A teoria das situações jurídicas de PAUL ROUBIER.....	173
SEÇÃO IV – DIREITO INTERTEMPORAL BRASILEIRO	175
SEÇÃO V – DIREITO ADQUIRIDO.....	180
SEÇÃO VI – ATO JURÍDICO PERFEITO	184
SEÇÃO IV – A EXTENSÃO DO ARTIGO 2.039 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS DE CASAMENTOS CELEBRADOS NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916.....	188
CONCLUSÃO.....	198
BIBLIOGRAFIA.....	206

INTRODUÇÃO

A família reflete a realidade social em que se insere, fruto das influências religiosas, socioeconômicas e culturais de sua época. Segundo GISELDA HIRONAKA, as entidades familiares são uma realidade interligada com os rumos e os desvios da história.¹

Até a edição do Código Civil de 2002, as leis que normatizaram o casamento refletiam a realidade patriarcal brasileira. Tanto é assim que, somente após o advento do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962), o cônjuge virago deixou de ser considerado relativamente incapaz e dependente do marido.

Em nosso ordenamento jurídico, o casamento sempre trouxe consigo um regime de bens, que serve como estatuto econômico da família. Em proteção aos direitos dos cônjuges hipossuficientes e de terceiros que contratavam com o casal, a preocupação quanto à sua alteração após as núpcias se tornou uma tônica em nossa experiência jurídica.

Com o passar do tempo, em consequência de uma maior complexidade nas relações sociais, a escolha do regime de bens e a verificação de sua viabilidade no dia a dia familiar tornaram-se extremamente complexas. Como não se pode prever as contingências da vida a dois, resguardar o patrimônio ante as circunstâncias da dinâmica da conjugalidade se tornou uma constante na advocacia de família, porque um regime de bens que se justificava preteritamente muitas vezes perde a sua razão de ser ou mesmo se torna prejudicial aos interesses dos cônjuges.

Apesar disso, durante muito tempo, acreditou-se que a proibição de alteração evitaria que pressões ao longo do casamento pudessem representar prejuízo a credores ou aos próprios cônjuges. Por isso, a intervenção nesta decisão familiar parecia justificar-se.

No entanto, após conquistas sociais, especialmente femininas, a doutrina, com especial destaque a ORLANDO GOMES, começou a defender a mutabilidade do regime de bens. O engessamento das relações familiares, inclusive patrimoniais, já não estava mais em consonância com o momento social.

Sobreveio a promulgação da Carta Política de 1988, que buscou a construção de um Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana, na igualdade

¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: IBDFAM, v. 1, nº 1, p. 7, abr.-jun. 1999.

material e no pluralismo. Essa concepção serviu de norte para a ordem jurídica, com reflexos posteriores no que viria a ser o Código Civil de 2002. Os efeitos disso no âmbito familiar foram diretos, garantindo a superação de antigos valores familiares, tornando-se a família um espaço de desenvolvimento da personalidade de seus integrantes e do afeto.

Dentro desse contexto, em 11 de janeiro de 2003, entrou em vigor o Código Civil de 2002, que, no artigo 1.639, § 2º, previu a chamada *mutabilidade justificada do regime de bens*, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros. Foi igualmente previsto, no artigo 2.039 do Código Civil de 2002, que “o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei 3.071, de 1 de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido”.

Finalmente o Direito brasileiro adequou suas disposições legais ao momento social em que a família se encontrava. Optou-se por acompanhar aquilo que já vinha sendo aplicado em países como França, Itália e Alemanha.

Contudo, a mutabilidade do regime de bens se tornou tema bastante controvertido no Direito de Família atual, o que, em parte, explica-se pelas diversas interpretações dadas ao objetivo dispositivo legal que trata do assunto, inclusive com relação aos requisitos expressamente previstos no artigo 1.639, § 2º, do Código Civil.

A questão não se restringe a tanto. Um dos pontos tormentosos diz respeito ao termo inicial do novo regime de bens, isto é, se os efeitos da mudança seriam retroativos ou prospectivos. A depender da solução para o problema, podem ser colocados em xeque os interesses de terceiros juridicamente interessados, expressamente ressalvados por nosso legislador, em detrimento da autonomia privada dos cônjuges.

Não menos relevante é a divergência surgida a respeito da necessidade de liquidação do regime de bens alterado, com a partilha dos aquestos, sobre a qual a doutrina nacional ainda não se debruçou com a devida profundidade. Sobre a questão, não há qualquer menção legal, nem mesmo no Código de Processo Civil de 2015, que tratou da mudança do regime de bens em seu artigo 734.

Ainda com a superveniência da possibilidade de alteração do regime patrimonial, muitos casais que celebraram o matrimônio na vigência do Código Civil de 1916 buscaram modificar o regime de bens de seu casamento, o que gerou dúvida a respeito do conflito de leis no tempo em relação à possibilidade de alteração do regime de

bens. Nesse passo, o questionamento a esse respeito foi acerca da possibilidade de a lei nova, autorizadora da alteração do regime de bens, regular os atos praticados sob a vigência da lei anterior.

Por fim, há controvérsia acerca do próprio procedimento de alteração de regime de bens. Pretendendo evitar excessos por parte dos cônjuges, o Código Civil exigiu a autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges. No entanto, a discussão ganhou mais fôlego com a sanção do Código de Processo Civil de 2015, o qual incluiu o pedido judicial de alteração de regime de bens matrimonial no rol de ações de jurisdição voluntária e determinou, no artigo 734, um procedimento específico para a modificação com mais requisitos do que a legislação civilista dispunha.

Para muitos doutrinadores,² a previsão legal ratifica uma ingerência estatal desnecessária no âmbito da autonomia privada dos cônjuges, reforçando seus argumentos com uma analogia ao divórcio, que pode ser feito extrajudicialmente, enquanto, para outros,³ ela confirma o princípio da *mutabilidade justificada do regime de bens*.

No embate entre autonomia privada e ordem pública no âmbito das relações patrimoniais de família, ainda se extrai discussão acerca da possibilidade de cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de bens afastarem, por comum acordo, a imposição legal, o que deverá ser objeto do estudo ora apresentado.

Apesar de a família ter se tornado base da sociedade e, por consequência, passível de especial proteção estatal, os núcleos familiares tornaram-se livres para perseguir a realização pessoal de seus integrantes, valorizando as liberdades individuais. Essa dicotomia acarretou um embate entre a esfera da autonomia privada dos indivíduos e a ordem pública no âmbito familiar, surgindo dúvida sobre em que medida o legislador pode ordenar as relações patrimoniais de família e, da mesma forma, até onde o Estado, no caso concreto, deve integrar a vontade das partes.

A mutabilidade do regime de bens apresenta uma série de desafios, pois as relações afetivas passam por uma ressignificação, com a necessidade de revisão de antigos paradigmas. Assim, diante das dificuldades supra-apresentadas, foi aberto caminho para o

² Por todos: DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 330.

³ Por todos: SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *A mutabilidade dos regimes de bens*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI2295,101048A+mutabilidade+dos+regimes+de+bens>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

surgimento de inúmeros questionamentos acerca da mutabilidade do regime de bens, instituto relativamente novo no sistema jurídico brasileiro.

As controvérsias referidas anteriormente representam apenas uma parte da dificuldade que a mutabilidade do regime de bens significa atualmente, não esgotando, obviamente, as dúvidas acerca do tema, que serão apresentadas ao longo da presente dissertação de mestrado. Por tudo isso, é evidente a necessidade de o assunto receber a devida atenção da doutrina e da jurisprudência, até porque a sua utilização exige uma delimitação clara e objetiva acerca de sua aplicação, por meio de um estudo aprofundado, o que, desde já, a dissertação de mestrado se propõe a realizar.

A pesquisa realizada é teórica, desenvolvida, de um lado, pelo método dedutivo, principalmente através de revisão bibliográfica, com o objetivo de demonstrar as consequências lógicas dos conceitos estudados; de outro, indutivo-analógico, partindo do estudo de casos de alteração de regime de bens, bem como de eventuais conflitos que isto pode representar, sobretudo em face da ordem pública e do interesse dos próprios cônjuges e de terceiros, para daí extrair soluções aos problemas verificados.

CAPÍTULO I – DISCIPLINA GERAL DOS REGIMES DE BENS

SEÇÃO I – NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Neste capítulo, serão abordadas questões gerais dos regimes de bens relacionadas, de forma direta ou indireta, com o objeto da pesquisa, sem se adentrar no estudo específico das diferentes espécies de regimes de bens previstas pelo legislador, dados os limites metodológicos do trabalho.

Durante muito tempo, a perpetuidade dos vínculos conjugais foi considerada um dogma do Direito de Família, porque era tida como *conditio sine qua non* para o surgimento de comunhão plena de vida entre os cônjuges.

Essa ideia está há muito superada.⁴ Mesmo assim, a partir das núpcias, os nubentes assumem mutuamente a condição de consortes e a sociedade formada produz os mais amplos efeitos.⁵ A redação do artigo 1.511 do Código Civil não deixa dúvidas disso.

Surge, então, uma série de direitos e deveres pessoais recíprocos, mas também efeitos patrimoniais,⁶ independentemente da espécie de regime de bens adotada pelos consortes previamente ao matrimônio. Não há casamento sem regime de bens.

LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA observa que a comunhão de vida (*individua vitae consuetudo*) estabelecida pelo casamento exerce “influência direta sobre os bens que

⁴ No Direito brasileiro, a ruptura desse paradigma ocorreu com a aprovação da Emenda Constitucional nº 09/1977, de 28 de junho de 1977, regulamentada pela Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/1977), promulgada em 26 de dezembro de 1977. Hoje, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em cada três casamentos realizados em separação – segundo as estatísticas, no ano de 2017, foram 1.070.376 casamentos realizados para 298.676 divórcios (tabelas disponíveis em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html?=&t=resultados>>. Acesso em: 15 nov. 2018).

⁵ DIMAS MESSIAS DE CARVALHO fala no surgimento de uma *comunhão indivisa* surgida pelo casamento, a importar uma plena comunhão de vida, que seria a principal finalidade do casamento (CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 3. ed. Lavras: Unilavras, 2014. p. 117).

⁶ Nesse sentido, é oportuna a lição de LUIZ EDSON FACHIN, para quem, “realizada a decolagem para o elevar-se matrimonial, durante a navegação, os cônjuges governam, de uma especial cabine, o tráfego jurídico de sua conveniência. Convívio que pode instalar-se na procriação dos filhos e na educação da prole. Pode ser mais, no delimitar as relações jurídicas e lhes dar a passagem desse papel de estabilização das relações sociais. Ainda mais, quando atesta alguma certeza e segurança nas relações para fora do casamento e garante a transmissão de patrimônio para dentro dele, no circuito parental” (FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 150).

os cônjuges trazem para o casal e sobre os que de futuro adquirem”, sendo “mister dar a esses bens uma constituição que os ponha em perfeita harmonia com a natureza e os fins da sociedade conjugal”.⁷

Nessa linha, GUSTAVO A. BOSSERT e EDUARDO A. ZANNONI observam que a comunhão de vida cria a necessidade de atender às despesas que o lar comum e a vida do grupo familiar exigem. Diante da especial característica que tem a vida em comum dos esposos, é necessário organizar um regime referente à propriedade e ao manejo dos bens que cada um adquire ou que adquirem ambos.⁸

ZENO VELOSO acrescenta que, apesar de estabelecer uma comunidade de vida, com as respectivas implicações pessoais, morais e espirituais, atualmente, em sociedades com maior nível de desenvolvimento, em que consortes trabalham e produzem riquezas, o casamento também representa uma associação financeira.⁹

Segundo a doutrina italiana, questões de natureza patrimonial se colocam no âmbito de aplicação dos direitos e deveres matrimoniais, dos quais os cônjuges são os únicos titulares,¹⁰ daí por que são direitos disponíveis. Ainda assim, não raro os efeitos econômicos do casamento atingem terceiros juridicamente vinculados a eles, mote da intervenção estatal nas relações familiares de cunho patrimonial, em prestígio à confiança que o cidadão deve ter no tráfego jurídico, junto ao caráter *institucional* da família.¹¹

⁷ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Rio de Janeiro: Typ. da Tribunal Liberal, 1889. p. 88.

⁸ BOSSERT, Gustavo A.; ZANNONI, Eduardo A. *Manual de derecho de familia*. 6. ed. Buenos Aires: Astrea, 2010. p. 217.

⁹ VELOSO, Zeno. Regimes matrimoniais de bens. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

¹⁰ BERNINI, A.; BRUGNETTINI, L.; COLUCCI, V.; DE FILIPPIS, B.; DRAKE, M.; GIARNIERI, E.; GUERRA, F.; GURZILLO, I.; KING, F.; MAZZEI, F.; MONEGAT, M.; PAESANO, G.; PINI, M.; TIRINI, M.; TROTTA, G. *Il regime patrimoniale della famiglia, la comunione legale ed il trust*. Padova: CEDAM, 2011. p. 1-2.

¹¹ A respeito do conflito entre a autonomia privada dos cônjuges e a intervenção estatal na esfera familiar, FABIANA DOMINGUES CARDOSO observa que “A liberdade deferida ao indivíduo pelo Estado em questões de âmbito privado, pessoal, como as regras patrimoniais que regerão a nova família, precisa estar alinhada aos limites legais, bem como visar o coletivo e não somente o núcleo familiar. Afinal, com o casamento, como anteriormente visto, são gerados os efeitos pessoais e sociais, além dos patrimoniais ora debatidos. Ou seja, a nova família, no exercício pleno de suas atividades e liberdade, alcança a interdisciplinaridade da vida (esferas social, pessoal e patrimonial) e do Direito, o que significa dizer que atos relativos à prática patrimonial dos cônjuges poderão afetar terceiro, esfera na qual o Estado tem obrigação de atuar para evitar prejuízos e visar o bem comum” (CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método, 2010. p. 41).

Historicamente, os efeitos patrimoniais eram tratados pela legislação de forma baralhada com outras decorrências do casamento. Porém, seguindo a linha de distinção entre os efeitos pessoais e patrimoniais do matrimônio, encabeçada por CLÓVIS DO COUTO E SILVA, o Código Civil de 2002 acertadamente reservou título específico para as consequências econômicas do casamento. Essa abordagem demonstra que, apesar do movimento de despatrimonialização do Direito Civil,¹² o assunto guarda especial relevância para o Direito de Família contemporâneo.¹³

A Constituição Federal de 1988 definiu a família como base da sociedade¹⁴ e garantiu-lhe tratamento especial,¹⁵ o que acabou importando a ressignificação dos núcleos familiares, com foco maior no indivíduo. A família passou a ser instrumento de realização pessoal de cada um de seus membros, e os efeitos patrimoniais do casamento não poderiam se descolar dessa realidade.

¹² Por todos, LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

¹³ Quanto ao tratamento dispensado pelo Código Civil de 1916 aos efeitos patrimoniais do casamento e a alteração do tratamento da questão pelo Código Civil de 2002, são relevantes os ensinamentos de CARLOS ALBERTO BITTAR: “Dos diferentes efeitos diretos e indiretos produzidos pelo casamento, em nível individual dos cônjuges, os patrimoniais recebiam largo e complexo tratamento em nossa codificação de 1916, que, a exemplo de outras, se preocupou com a comunicação pós-matrimonial e a defesa dos interesses econômicos familiares, dada a adoção da comunhão universal de bens como regime legal. Fundava-se na concepção de que, à época, era o sistema adequado para a complementação da união espiritual que, sob o aspecto pessoal, prospera no casamento. Como, ademais, pelo casamento, o cônjuge adquire a propriedade dos bens conjugais e se torna herdeiro na sucessão legítima, o conjunto normativo da matéria formou-se sob nuances próprias, com a integração de regras defensivas do patrimonial individual de casa consorte, ao lado das de defesa do acervo conjugal, com que se objetivava a conciliação dos vários interesses conflitantes. Contudo, o Código anterior não observou sistematização adequada em sua enunciação, mesclando, ademais, algumas regras na especificação dos direitos e deveres entre cônjuges. A doutrina tem, no entanto, contribuído nessa ordenação, assumindo o novo Código, por sua vez, a diretriz apontada, mais técnica, de tratar de modo separado, os efeitos pessoais e os patrimoniais, permitindo assim visão de conjunto a respeito das posições pessoais e econômicas dos cônjuges na sociedade conjugal” (BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 115-116).

¹⁴ Esse tratamento dado à família é histórico. Há muito a família é considerada um organismo social cujas normas não se limitam ao Direito, sendo passível de influência pela religião, pelos costumes e pela moral, dos quais derivam boa parte de sua regulamentação. ROBERTO RUGGIERO assevera que “é, na verdade, da ética que procedem os mais essenciais preceitos que a lei chama a si, pressupõe ou faz próprios, transformando-os em preceitos jurídicos, o que origina o fenômeno, peculiar do direito de família, de preceitos sem sanção ou com sanção atenuada e de obrigações incoercíveis”, em função do que o Estado entende seja necessário intervir no afã de fortalecer vínculos, garantindo a segurança das relações, garantindo que seja atingida a finalidade da família (RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 23. v. 2).

¹⁵ A respeito do conflito entre a publicização e a natureza privatística do Direito de Família, oportuna é a leitura da tese de livre-docência do Professor OTÁVIO LUIZ RODRIGUES JÚNIOR (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da Constituição e dos direitos fundamentais*. Tese (Livre-docência). São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2017).

Como dos efeitos pessoais do matrimônio resultam relações econômicas inseparáveis,¹⁶⁻¹⁷ o enfoque patrimonial deve ser considerado sob esse prisma, a fim de garantir soluções que considerem o liame afetivo entre os cônjuges.¹⁸

A dificuldade no tratamento da questão é evidente, mas a solução parte de um diálogo entre os interesses público e particular. De um lado, não se pode ignorar que o casamento é regido por regras de ordem pública, o que importa reconhecer que as normas atinentes ao matrimônio são imperativas, pelo fato de haver interesse público na proteção do núcleo familiar.¹⁹ Porém, de outro, isso não pode justificar uma intervenção estatal excessiva na esfera privada dos indivíduos, especialmente quando a natureza do direito em questão disser respeito exclusivamente aos consortes. É exatamente o que se verifica nas questões patrimoniais, tendo em vista que os direitos e deveres de caráter patrimonial “dependem essencialmente da vontade dos nubentes”, não se verificando a imperatividade legal idêntica em relação aos direitos e deveres pessoais dos cônjuges.²⁰

Nesse contexto, em que pese haja ponderáveis argumentos quanto à inserção do Direito de Família patrimonial no âmbito do Direito das Coisas,²¹ das Obrigações²² ou dos

¹⁶ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1958. v. 2, p. 24.

¹⁷ Seguindo a linha adotada pelo Código Civil de 2002, JUDITH MARTINS-COSTA pondera que os aspectos patrimoniais do Direito de Família estão imantados pela carga de personalidade própria do Direito de Família, mas são inconfundíveis com os deveres pessoais (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 275-276).

¹⁸ FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI incluiu os atos relativos à dinâmica familiar na categoria negocial. No entanto, destacou que o negócio jurídico de família não pode desconsiderar a peculiaridade da disciplina e de seus meios de eficácia, não se aplicando à degradação da declaração de vontade em sentido estrito ou, à cristalização da dialética entre vontade e efeitos, na medida em que a existência de um interesse superior, orientador da instituição familiar, deve cumprir o papel instrumental da família, superando os interesses individuais e reduzindo a autonomia dos seus membros (SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *L'autonomia privata nel diritto di famiglia. Saggi di diritto civile*. Napoli, Jovene, 1961. v. 1).

¹⁹ CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 3. ed. Lavras: Unilavras, 2014. p. 118.

²⁰ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Direito da família*. 4. ed. Lisboa: Livraria Petrony, 1996. p. 369. v. 1.

²¹ A respeito da distinção entre comunhão e condomínio, ver item b.1 do capítulo II, *infra*.

²² A esse respeito, destaca PONTES DE MIRANDA: “Pode existir casamento sem regime matrimonial de bens, isto é, todos os interesses dos cônjuges entre si e nas suas relações com terceiros ficariam sob as regras de direito das obrigações e de direito das coisas, sem qualquer influência do fato e da situação do casamento. Dependeria do direito positivo. Mas, para que tal se desse, seria preciso não só que a separação de bens fôsse absoluta, como se não tivesse havido e não houvesse casamento, como também que a mulher e o homem não precisassem da vontade, expressa ou tácita, do outro cônjuge para a prática dos atos que dizem respeito aos bens” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. p. 139. v. 2).

Contratos,²³ foi acertado o tratamento dado à questão pelo legislador de 2002, até porque, em razão de sua causa subjacente, os institutos não são idênticos.

Assim, não se pode negar a aplicação dos demais ramos do Direito Civil às questões matrimoniais, especialmente no âmbito patrimonial da família, em que o caráter negocial se torna mais evidente. Contudo, isso deve ocorrer apenas subsidiariamente, quando as regras específicas forem insuficientes para o deslinde do caso, porque o vínculo entre os consortes é familiar e regido por princípios específicos, que se sobrepõem a disposições puramente negociais.

Feitas essas breves mas necessárias noções introdutórias a respeito do viés econômico da família, é imperioso aprofundar o estudo a respeito do regime de bens matrimonial.

SEÇÃO II – CONCEITO DE REGIME DE BENS

O regime de bens é o efeito patrimonial do casamento. Ele começa a vigorar com a celebração das núpcias.

Trata-se do conjunto de normas e princípios que regulam as relações econômicas entre os cônjuges e terceiros. A sua importância é tamanha, tanto que o artigo 1.536, inciso VII, do Código Civil exige que ele conste do registro do casamento tão logo este seja lavrado, uma vez que visa a alcançar o equilíbrio entre os interesses gerais e individuais dos cônjuges, desenvolvidos a partir das noções de comunicação e separação patrimonial desde o surgimento da família.²⁴ Essa estabilidade de interesses deve ser buscada desde o início da vida em comum, sobretudo porque os efeitos patrimoniais repercutem desde a celebração do casamento.

PONTES DE MIRANDA define o regime de bens como o conjunto de regras, “mais ou menos orgânico”, que estabelece, para certos bens ou para os bens subjetivamente caracterizados, sistema de destinação e de efeitos, uma vez que dois sujeitos de direito

²³ LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA não nega que o casamento acarrete, em relação ao patrimônio dos consortes, modificações importantes nos princípios gerais que regulam o Direito de propriedade, com efeitos pessoais e reais. No entanto, como são consequências imediatas do casamento, inserem-se no âmbito do Direito de Família, cabendo ressaltar que “ditas modificações podem variar entre si dentro de uma certa latitude, sem contudo desdizerem dos fins da sociedade conjugal. Dahi a diversidade de regimens de bens” (PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Rio de Janeiro: Typ. da Tribunal Liberal, 1889. p. 88-89).

²⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 116.

distintos, titulares atuais ou eventuais de bens, encontram-se e passam a seguir juntos, havendo alteração na relação desses sujeitos com o seu patrimônio. O casamento é, portanto, determinante para que a lei decida sobre a propriedade, o gozo, o usufruto e a administração dos bens dos cônjuges.²⁵

ORLANDO GOMES, por sua vez, chama a atenção para o fato de que o estatuto patrimonial do matrimônio abrange não apenas as relações entre o casal, mas também dos consortes com terceiros,²⁶ no que é acompanhado por ZENO VELOSO.²⁷

ANTUNES VARELA assevera ser por meio do regime de bens que são solucionadas questões como, quanto aos bens anteriores, quais continuam na propriedade exclusiva do seu titular e quais se tornam comuns e, daqueles adquiridos na constância do casamento, quais são comuns e quais são próprios. Os questionamentos também abrangem as dívidas, porquanto a comunhão de vida criada pelo matrimônio exige a definição do regime de bens do casamento, “quando mais não seja para se saber em que termos efectivos deve contribuir cada um dos cônjuges para os encargos comuns da vida do casal ou pode administrar os bens do seu consorte”.²⁸

Explicitando ainda mais as relações patrimoniais entre os cônjuges, GUSTAVO A. BOSSERT e EDUARDO A. ZANNONI incluem no conceito a forma como os cônjuges contribuirão para as necessidades do lar e do grupo familiar, assim como a repercussão que o casamento terá sobre a propriedade e a administração dos bens que os cônjuges aportam ou adquirem durante a união.²⁹

A propósito, é igualmente adequada a lição de FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, para quem o regime de bens do casamento é

o conjunto de regras cuja aplicação define a propriedade sobre os bens do casal, isto é, a sua repartição entre o patrimônio comum, o patrimônio do marido e o patrimônio da mulher. A este conjunto de regras acrescem muitas outras – sobre a administração dos bens, sobre a responsabilidade por dívidas e pelos encargos da vida familiar etc., que já mencionámos.

²⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. p. 127. v. 2.

²⁶ GOMES, Orlando. *Direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 163.

²⁷ VELOSO, Zeno. Regimes matrimoniais de bens. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

²⁸ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Direito da família*. 4. ed. Lisboa: Livraria Petrony, 1996. v. 1, p. 421.

²⁹ BOSSERT, Gustavo A.; ZANNONI, Eduardo A. *Manual de derecho de familia*. 6. ed. Buenos Aires: Astrea, 2010. p. 217.

Estas normas são impostas por lei, ao contrário do ‘regime de bens’ que pode ser escolhido, quase sempre, pelos nubentes.³⁰

A doutrina contemporânea nacional vai nesse mesmo sentido, conforme se extrai das lições de DIMAS MESSIAS DE CARVALHO,³¹ FLÁVIO TARTUCE e JOSÉ FERNANDO SIMÃO³² e JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA.³³

JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA e FRANCISCO JOSÉ FERREIRA MUNIZ definem o regime de bens como conjunto de normas que disciplinam imperativamente a organização e o funcionamento econômico da vida do lar, e que se aplica de uma maneira idêntica a todos os casais, qualquer que seja o regime matrimonial a que estejam submetidos, aliados a normas independentes, pactuadas entre os cônjuges, que constituem os regimes matrimoniais propriamente ditos.³⁴

Na esteira da lição *supra*, o regime de bens propriamente dito não é, pois, o único efeito patrimonial do casamento, mas a principal e mais importante consequência de tal natureza na esfera econômica dos cônjuges. A seara patrimonial da família não se limita a tanto, não se podendo desconsiderar a existência de normas cogentes igualmente de caráter patrimonial, incindíveis sobre as relações conjugais, que extrapolam a autonomia dos nubentes. Devem, pois, ser obrigatoriamente observadas, qualquer que seja o regime de bens adotado, como ocorre, por exemplo, com a outorga conjugal.

Como se pode ver, substancialmente a doutrina não diverge quanto ao conceito de regime de bens. Nem o passar do tempo fez os juristas proporem outros termos para definirem-no, concluindo-se que a doutrina consolidou a questão.

Em razão disso, o Direito Patrimonial de Família consiste em normas especiais que delimitam os contornos dos regimes de bens e que estão entrelaçadas a regras de cunho geral, protetoras dos interesses familiares, com restrições à ação dos cônjuges.³⁵

³⁰ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de direito da família*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 1, p. 475-476.

³¹ CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 3. ed. Lavras: Unilavras, 2014. p. 193-194.

³² TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 128. v. 5.

³³ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Direito civil: família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 281.

³⁴ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 331.

³⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 116.

Dito isso, o regime de bens é o conjunto de regras jurídicas incidentes sobre as relações patrimoniais contratadas pelo casal, com efeitos perante terceiros. Desse modo, as relações econômicas que vierem a ter reflexo na família, no curso de sua existência ou no processo de sua dissolução, serão regulamentadas com base no que foi convencionado previamente pelos cônjuges. Trata-se do estatuto patrimonial do casal.

SEÇÃO III – CLASSES DOS REGIMES DE BENS

A parte patrimonial do Direito de Família comporta algumas divisões fundamentais para o seu estudo, de acordo com o caráter eleito ou imposto, as quais serão a seguir analisadas.

O regime de bens pode ser típico, quando expressamente previsto em lei; híbrido, se composto pela combinação de regras de diferentes regimes típicos; ou atípico, quando convencionado pelas partes, desde que não contrariem a ordem pública. Há, ainda, o regime obrigatório, que só é referido pelo legislador, sem que a lei disponha expressamente sobre seus limites.

Os regimes de bens também podem ser divididos em convencionais ou legais, de acordo com a fonte que lhes origina. Enquanto aqueles decorrem da manifestação de vontade dos nubentes, estes, como o próprio nome indica, têm sua fonte na lei. Os regimes legais, a seu turno, subdividem-se em supletivo, aplicável quando os nubentes podem exercer a faculdade de livre escolha de um regime de bens e silenciam ou celebram pacto antenupcial inválido; e imperativo, cuja adoção é obrigatória, em função da inobservância dos requisitos legais para celebração do casamento.

a) Regime legal de bens

A regra, em nosso ordenamento jurídico, é a livre escolha de regime de bens. Em determinadas situações, porém, a lei impõe um estatuto econômico aos nubentes, seja porque não lhes faculta opção diversa, seja porque não houve manifestação quanto à escolha por um regime de bens ou os cônjuges não o fizeram na forma prevista em lei.

a.1) Regime obrigatório de bens

Em determinadas situações, o regime de bens é imperativo. Nelas, é aplicado à revelia dos nubentes, por razões de ordem pública ou como uma forma de sanção.³⁶

A imperatividade legal torna obrigatória a adoção do regime de bens estipulado pelo legislador, a ponto de se tomar por não escrito o pacto antenupcial celebrado por quem não pode escolher o estatuto patrimonial de seu matrimônio. Não há incidência da autonomia privada, porque incide sobre o casamento independentemente da vontade ou mesmo contra o desejo do casal.³⁷

No âmbito estrangeiro, o Direito português também prevê um regime de bens imperativo, aplicado para os casamentos celebrados sem que tenha sido garantida a devida publicidade ao ato ou por quem tenha mais de 60 anos. Além disso, é vedada a adoção da comunhão universal de bens (*comunhão geral*) nos matrimônios de quem tem filhos exclusivos, ainda que maiores ou emancipados.³⁸⁻³⁹

Na experiência brasileira, há muito a lei torna claras as hipóteses em que não é dado aos nubentes eleger o estatuto patrimonial do casamento. São características dos futuros cônjuges que se entendem como barreira à escolha do regime de bens. A *ratio legis* da regra é a proteção daqueles que o legislador entende que possam ser enganados pelo seu consorte, vindo a sofrer prejuízos em razão do regime de bens adotado, ou prejudicar terceiros por conta da adoção do estatuto patrimonial do casamento.⁴⁰

Fazendo uma análise histórica do regime obrigatório da separação de bens, JOSÉ FERNANDO SIMÃO destaca que “a restrição é mais antiga do que se imagina”. Muito embora as Ordenações Filipinas de 1603 fossem silentes sobre o assunto, o regime por *carta de ametade* (comunhão universal) era inaplicável se a mulher sexagenária casasse

³⁶ NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. *Direito de família: regimes matrimoniais de bens*. Leme: J. H. Mizuno, 2005. p. 145.

³⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 158-159.

³⁸ “Artigo 1720º. 1. Consideram-se sempre contraídos sob o regime da separação de bens: a) O casamento celebrado sem precedência do processo de publicações; b) O casamento celebrado por quem tenha completado sessenta anos de idade. 2. O disposto no número anterior não obsta a que os nubentes façam entre si doações.”

³⁹ CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito de família e das sucessões*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 381-382.

⁴⁰ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 5. p. 164-165.

sem filhos. Na Consolidação das Leis Civis, foi afastada a comunhão de bens no casamento envolvendo homem livre com mulher escrava ou mulher livre com homem escravo. No Livro 2, Tomo 26, das Ordenações, havia regra excluindo a comunhão universal se o marido pobre fingisse ser rico. No Decreto nº 181/1890, estabeleceu-se restrição à comunhão de bens se a mulher fosse menor de 14 anos ou maior de 50; se o marido fosse menor de 16 anos ou maior de 60; se os cônjuges fossem parentes até 3º grau civil ou 4º duplicado; se o casamento fosse celebrado com infração à lei.⁴¹

Da legislação em vigor, extrai-se que, no inciso I do artigo 1.641 do Código Civil, no caso das pessoas que casarem com inobservância das causas suspensivas da celebração do matrimônio, pretendeu-se evitar a confusão patrimonial e prejuízos econômicos não só aos cônjuges, mas também a terceiros. Nesses casos, o ordenamento jurídico impõe restrições ao casamento das pessoas previstas no artigo 1.523.

No inciso III do artigo 1.641, aplicável aos casamentos celebrados por todos aqueles que dependerem de suprimento judicial para casar, o legislador de 2002 manteve a previsão do direito anterior, com finalidade protetora, mas que, em muitos casos, transforma-se em um inconveniente.⁴² Caso um dos noivos seja menor de idade, precisará de consentimento de seus genitores para o casamento. Em não havendo manifestação de concordância de qualquer um dos genitores ou do tutor, será necessária a autorização judicial e a incidência do regime de bens impositivo.

A presunção é claramente de tutelar os nubentes diante de sua imaturidade, sob a presunção de que os representantes legais detêm melhores condições de dizer o melhor para os bens do nubente. Contudo, isso acaba servindo de pena, especialmente quando um dos genitores encontra-se em lugar incerto e não sabido, porque corresponde a uma intervenção na entidade familiar que se formará. Mais correto seria que, se houve suprimento judicial para casar, a autorização se estendesse à adoção do regime de bens.

No inciso II, referente ao casamento de septuagenários, reside a maior polêmica envolvendo o tema: a incidência impositiva da separação obrigatória de bens para o caso

⁴¹ SIMÃO, José Fernando. Leis, História e histórias: regime da separação obrigatória: Lei nº 12.344/2010. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coord). *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 111-118. p. 114.

⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5, p. 194-195.

em que um dos nubentes conta com idade avançada, pretendendo protegê-lo contra interesses meramente patrimoniais, o chamado *golpe do baiú*.

O critério etário para imposição do regime legal não é questão nova. Mesmo assim, desde o início, a sua justificativa foi preconceituosa: atingida determinada faixa etária, as pessoas se tornam vulneráveis a interesses menos nobres. Inadvertidamente, o legislador segue presumindo que, “depois de certa idade, a pessoa se fragiliza afetivamente e se torna vítima de golpistas inescrupulosos”, daí por que resolveu vedar que a pessoa mais jovem possa se aproveitar da mais idosa, atraída mais pelos encantos patrimoniais do que pela pessoa de seu consorte.⁴³

a.1.1) Da mitigação da separação obrigatória de bens

O Código Civil de 1916, em seu artigo 258, parágrafo único, inciso II, previa a adoção do regime da separação obrigatória de bens “do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos” que apresentassem tal condição quando da celebração do ato.⁴⁴ Por outro lado, o artigo 259 daquele Código mitigava os efeitos da separação de bens, a qual só teria eficácia ampla se restasse expressamente referido, em pacto antenupcial, que os aquestos seriam incomunicáveis.

Ao dispor que a comunhão dos aquestos ocorreria no “silêncio do contrato”, o legislador claramente se referia à separação convencional de bens. Para CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, não havendo contrato, não haveria que se falar em aplicação do dispositivo. Como instituiu a comunicabilidade “no silêncio do contrato”, o Código tratou apenas do regime que pode ser escolhido pelas partes, pois, “se desejasse abranger, no mesmo efeito, a separação compulsória, aludiria à espécie em termos amplos, e não restritivos ao caso, em que o contrato é admitido”.⁴⁵ Ainda assim, percebeu-se dúvida sobre se tal dispositivo incluía a separação obrigatória de bens.

⁴³ SIMÃO, José Fernando. Leis, História e histórias: regime da separação obrigatória: Lei nº 12.344/2010. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (coord). *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 111-118. p. 117.

⁴⁴ No Projeto Bevilacqua, não havia previsão do regime da separação obrigatória de bens em função da idade, a não ser que os futuros cônjuges tivessem herdeiros necessários (artigos 302 e 303).

⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 5, p. 131.

Pretendendo equiparar as duas espécies de separação de bens no afã de evitar supostas injustiças, em 1964, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 377,⁴⁶ a qual, por análise sistemática dos referidos artigos, aplicou o artigo 259 do Código Civil às separações obrigatórias. Ao fim e ao cabo, transformou-se o regime em questão em praticamente uma comunhão parcial, já que os bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento se tornavam comunicáveis.

O Código Civil de 2002, por sua vez, não recepcionou o artigo 259 do Código Civil revogado e, por isso, aparentemente, teria superado o conteúdo da Súmula 377. À primeira vista, o regime da separação obrigatória de bens teria se tornado absoluto a partir da promulgação do novo Código Civil.⁴⁷

Nesse sentido, FRANCISCO JOSÉ CAHALI defende a superação da Súmula 377, desaparecendo a incidência de seu comando no novo regramento.⁴⁸ Tal posicionamento é comungado por SILVIO RODRIGUES, o qual afirma que a Súmula deve ser excluída do “cenário jurídico nacional, quando decantada a matéria em razão do casamento sob a égide do Código revogado”,⁴⁹ ressalvados os casos em que houver prova do esforço comum.⁵⁰

Tão logo entrou em vigor o Código Civil de 2002, tudo indicou que a separação de bens havia se tornado efetiva, como chegou a se manifestar a Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça paulista no julgamento do Agravo de Instrumento nº 3738744900.⁵¹

⁴⁶ Súmula 377 do STF: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”

⁴⁷ Originalmente o legislador de 2002 igualou a idade entre os gêneros, mantendo a idade de sessenta anos prevista para homens pelo Código Beviláqua. Mais recentemente, por meio da Lei nº 12.334/2010, o limite etário foi aumentado para os 70 anos.

⁴⁸ CAHALI, Francisco José. A Súmula 377 e o novo Código Civil e a mutabilidade do regime de bens. *Revista do Advogado*, ano XXIV, nº 76, jun. 2004.

⁴⁹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 173. v. 6.

⁵⁰ Convém mencionar o entendimento de LYDIA NEVES BASTOS TELLES NUNES no sentido de que seria adequada a existência de um regime obrigatório de bens, porém este deveria ser o da comunhão parcial, na esteira do entendimento jurisprudencial consolidado a partir da Súmula 377 do STF (NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. *Direito de família: regimes matrimoniais de bens*. Leme: J. H. Mizuno, 2005. p. 147). Tal posicionamento, porém, não tem razão de ser, seja porque não haveria sentido em se impor um regime que já é o supletivo e, por isso, incide sobre os casamentos em que as partes não convencionarem em sentido diverso; seja porque contraria a intenção do legislador de evitar a intersecção patrimonial entre os cônjuges por diversas razões.

⁵¹ Eis a ementa no que aqui importa: “Inventário – Pretensão de herdeiro necessário à meação em numerário depositado – Regime da separação legal – Não aplicação da Súmula 377 do STF – Necessidade de comprovação, pela via autônoma, de que o bem foi adquirido por meio de esforço

Isso, porém, não foi bem recebido por parte da doutrina.

Para ROLF MADALENO, a separação legal de bens configura retrocesso legal, por reviver “o punitivo regime legal ou obrigatório da separação de bens”, impondo uma discriminatória restrição de direitos. A adoção da Súmula 377 serviria para inibir o enriquecimento sem causa de um dos cônjuges em prejuízo do outro, porquanto, “se não pudessem alterar seu estatuto patrimonial, e tampouco fosse aplicável a Súmula nº 377 do STF, o cônjuge inicialmente assediado por interesses econômicos não participaria do eventual patrimônio amealhado por seu consorte” na constância matrimonial.⁵²

Já PAULO LÔBO apresenta o argumento da inconstitucionalidade da imposição legal em razão da idade, que atentaria contra o princípio da dignidade da pessoa humana, “por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-la à tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz”.⁵³

De fato, a obrigatoriedade de um regime de bens por conta da idade se mostra indevida e, inclusive, anacrônica. Ao impor um regime de bens a uma pessoa plenamente capaz, a norma contraria o espírito inclusivo e solidarista predominante na atual ordem jurídica.⁵⁴ A incoerência, portanto, é manifesta, entendimento que é corroborado pelo Enunciado 125 da I Jornada de Direito Civil, o qual sugere a revogação do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil.⁵⁵

Em complementação, FLÁVIO TARTUCE e JOSÉ FERNANDO SIMÃO entendem que, “para minimizar os efeitos nefastos do dispositivo, poderia o Código Civil prever o

comum, de modo a se operar, eventualmente, a comunicação – Agravo não provido” (TJSP, AI nº 3738744900, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. José Geraldo de Jacobina Rabello, j. em 30.03.2005).

⁵² MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 733-737.

⁵³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial*: arts. 1.591 a 1.693. São Paulo: Atlas, 2003. v. 16, p. 243.

⁵⁴ O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) prevê especial proteção aos idosos, que não raro são alvo de discriminação em função de sua faixa etária, buscando garantir-lhes a igualdade material e uma vida digna.

⁵⁵ “Proposição sobre o art. 1.641, inc. II: Redação atual: ‘da pessoa maior de sessenta anos’. Proposta: Revogar o dispositivo. Justificativa: A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses.”

afastamento do regime da separação obrigatória por autorização judicial”, o que “deixaria de lado grandes injustiças que se perpetuam”.⁵⁶⁻⁵⁷ Contudo, fato é que o codificador de 2002 teve a oportunidade de abolir o regime legal de bens, incorporando o entendimento que dominou os tribunais brasileiros antes da entrada em vigor da atual legislação, mas acabou por não o fazer.

Evitando declarar a inconstitucionalidade do artigo 1.641 do Código Civil de 2002, a jurisprudência tem aplicado, sem grandes justificativas, a Súmula 377.⁵⁸ Significa dizer, portanto, que, de uma forma ou de outra, a doutrina tem ecoado em nossos Tribunais, razão pela qual vem sendo reconhecida a comunhão dos aquestos na separação obrigatória, ainda que a aquisição tenha se operado com frutos de bens particulares.⁵⁹

⁵⁶ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 5. p. 166.

⁵⁷ Sob o ponto de vista prático, SILMARA DE ABREU JUNY CHINELLATO sugere que, para evitar incertezas diante do tratamento da questão, a aquisição de bens por consortes casados sob o regime se dê em condomínio, regulado pelo direito das obrigações e das coisas, de modo que os respectivos títulos aquisitivos identifiquem a titularidade dos bens, especialmente os imóveis, sob a titularidade do casal ou daquele que efetivamente o adquiriu” (CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Comentários ao Código Civil: parte especial do Direito de Família: filiação; adoção poder familiar; regime de bens (comunhão universal; comunhão parcial; participação final nos aquestos; separação); alimentos; usufruto e administração dos bens de filhos menores* (arts. 1.591 a 1.710). Antonio Junqueira de Azevedo (Coord.). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 18, p. 293).

⁵⁸ Em sentido contrário, é o precedente da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo no sentido de que a Súmula não encontra respaldo no ordenamento jurídico após a entrada em vigor do Código Civil de 2002: “Inventário – Casamento realizado sob o regime de separação total de bens – Viúva que deve figurar como herdeira e não como meeira – Inaplicabilidade da Súmula 377 do C. Supremo Tribunal Federal – Decisão reformada – Recurso provido” (TJSP, AI nº 2128460-83.2014.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Privado, Relator: Fortes Barbosa, j. em 29.09.2014). Do voto do Relator vale colacionar o seguinte excerto: “A alteração legislativa apresenta uma grave relevância, retirando os alicerces sobre os quais foi erigida a interpretação consolidada na Súmula 377. Na atualidade, o regime de separação não se refere tão somente aos bens adquiridos antes do enlace matrimonial; ele é amplo e abarca, também, os bens adquiridos na constância do casamento. Ficou dispensada qualquer referência específica, inserida sob a forma de cláusula, num pacto antenupcial, para que o regime de separação atinja os bens adquiridos após a celebração do casamento. Subsiste, frente ao regime de separação, uma total incomunicabilidade. Não há como, por isso, apartados argumentos subjetivos e desligados da realidade imposta pela legislação vigente, sustentar a manutenção da plena vigência da Súmula 377 com sucesso. Não é mais possível propor uma pura e simples comunicação dos aquestos”. Embora não se desconheça que o precedente é isolado no Tribunal de Justiça paulista, não se pode negar a possibilidade de que ele venha a representar uma mudança no entendimento da Corte, o que só poderá ser constatado com a reiteração do mesmo posicionamento em julgamentos futuros.

⁵⁹ A título exemplificativo, é o seguinte julgado, proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo: “Inventário. Falecido casado com a inventariante pelo regime da separação obrigatória de bens. Aplicação da Súmula 377 do STF. Inexigibilidade da comprovação do esforço comum. Imóvel que foi sub-rogado deve ser excluído da comunhão, porque anterior à união estável. Direito da inventariante à meação do veículo adquirido na constância da união estável. Novas declarações que deve ser elaboradas Recurso provido em parte” (TJSP, AI nº 2097447-95.2016.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Maia da Cunha, j. em 05.08.2016).

A partir daí, surge controvérsia a respeito da comprovação do esforço comum.

De um lado, parte da doutrina entende que a presunção do esforço comum é tão forte que beira a condição de *iuris et de iure*,⁶⁰ o que encontrava espaço na jurisprudência.⁶¹ De outro lado, a comunhão dos aquestos exige a prova de esforço comum para a aquisição de bens, criando uma sociedade de fato, seja porque inaplicável a Súmula 377 à ordem vigente, seja porque necessária a comprovação do esforço comum, de modo que a comunhão patrimonial automática não teria fundamento legal.⁶²

O Superior Tribunal de Justiça vinha respaldando a primeira corrente.⁶³ No entanto, recentemente, a Segunda Seção da Corte entendeu que a divisão daquilo que foi adquirido onerosamente na constância da conjugalidade exige a comprovação da efetiva participação, ainda que não financeira, para que haja direito à meação sobre os bens adquiridos onerosamente na constância do vínculo.⁶⁴

⁶⁰ Nesse sentido: DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 251; LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 328.

⁶¹ Eis a ementa: “Ação de Inventário – Decisão que acolheu o pedido da viúva de aplicação do teor da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal – Irresignação manifestada pelo inventariante – Agravada que foi casada com o de cujus sob o regime da separação legal de bens (Artigo 1.641, II, do Código Civil) – Presunção de esforço comum dos cônjuges sobre os bens comprovadamente adquiridos na constância do casamento – [...] Recurso não provido.” (TJSP, AI nº 2203283-28.2014.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Marcia Dalla Déa Barone, j. em 05.02.2015)

⁶² CAHALI, Francisco José. A súmula 377 e o novo Código Civil e a mutabilidade do regime de bens. *Revista do Advogado*, ano XXIV, nº 76, jun. 2004. No mesmo sentido: MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito de família*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 254.

⁶³ “AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARA SUBIDA DE RECURSO ESPECIAL. SEPARAÇÃO E PARTILHA DE BENS. IMÓVEL ADQUIRIDO ONEROSAMENTE NA CONSTÂNCIA DA SOCIEDADE CONJUGAL. INCIDÊNCIA DO VERBETE SUMULAR N. 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DECISÃO ATACADA EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO ESPOSADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. [...] II – Conforme a jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal e no STJ, no regime da separação legal de bens, comunicam-se-ão aqueles adquiridos na constância do casamento. Inteligência da Súmula 377/STF. [...]” (STJ, AgRg no Ag nº 1.119.556/PR, Rel. Min. Paulo Furtado, j. em 15.06.2010).

⁶⁴ Eis a ementa: “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. CASAMENTO CONTRAÍDO SOB CAUSA SUSPENSIVA. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS (CC/1916, ART. 258, II; CC/2002, ART. 1.641, II). PARTILHA. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. PRESSUPOSTO DA PRETENSÃO. MODERNA COMPREENSÃO DA SÚMULA 377/STF. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS. 1. Nos moldes do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, ao casamento contraído sob causa suspensiva, impõe-se o regime da separação obrigatória de bens. 2. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição. 3. Releitura da antiga Súmula 377/STF (No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento), editada com o intuito de interpretar o art. 259 do CC/1916, ainda na época em que cabia à Suprema Corte decidir em última instância acerca da interpretação da legislação federal, mister que hoje

Segundo o recente julgado, a Súmula 377 não garante automaticamente o direito de meação sobre os aquestos, não sendo autorizado falar em contribuição imaterial. A esse respeito, ponderou o Ministro Relator LÁZARO GUIMARÃES que

[...] a adoção da compreensão de que o esforço comum deve ser presumido (por ser a regra) conduz à ineficácia do regime da separação obrigatória (ou legal) de bens, pois, para afastar a presunção, deverá o interessado fazer prova negativa, comprovar que o ex-cônjuge ou ex-companheiro em nada contribuiu para a aquisição onerosa de determinado bem, conquanto tenha sido a coisa adquirida na constância da união. Torna, portanto, praticamente impossível a separação dos aquestos.

Embora não se desconheça os ponderáveis argumentos nesse sentido, o entendimento exposto no julgado não parece ser o mais acertado. A exigência de comprovação do esforço comum praticamente relega a discussão ao campo da sociedade de fato e contraria o conteúdo sumulado, justamente o fundamento da mitigação do regime da separação obrigatória de bens, operada jurisprudencialmente. É dizer, portanto, que a análise histórica do julgado que acarretou a edição da Súmula 377 conduz à conclusão de que ou aplica-se o texto sumulado e a presunção de esforço comum é absoluta, aproximando, de fato, o regime obrigatório da comunhão parcial, ou afasta-se a Súmula e o regime da separação obrigatória de bens é aplicado *ipsis litteris*.

Pretendendo reduzir ainda mais o âmbito operativo do regime obrigatório, o Conselho da Justiça Federal, na III Jornada de Direito Civil, editou o Enunciado 261,⁶⁵ segundo o qual, se o vínculo conjugal foi constituído sob a forma de união estável antes da idade limite, não se pode impor a adoção do regime da separação obrigatória ao posterior casamento. Em outras palavras, como o ânimo de constituir família foi externado antes da idade que importaria a adoção da separação legal e já se consolidara no tempo, não haveria motivo plausível para a imposição legal.

Se o temor do legislador era evitar que cônjuges idosos se tornassem vítima do chamado “golpe do baú”, a existência de união estável prévia torna a restrição injusta, em

cabe ao Superior Tribunal de Justiça. 4. Embargos de divergência conhecidos e providos, para dar provimento ao recurso especial” (STJ, EREsp nº 1623858/MG, 2º Seção, Rel. Min. Lázaro Guimarães, j. em 23.05.2018).

⁶⁵ Enunciado 261 da III Jornada de Direito Civil: “Art. 1.641. A obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade.”

vez de protetiva. Não se pode desconsiderar que, ao longo de uma duradoura união estável, o casal pode ter adquirido bens que, com a separação obrigatória, pertenceriam apenas a um dos seus efetivos proprietários. Isso geraria enriquecimento sem causa, vedado pelo artigo 884 do Código Civil.⁶⁶

De toda sorte, a insegurança a respeito dessa questão exige atenção em seu enfrentamento. Em sendo descaracterizado o regime da separação obrigatória de bens, isso importaria o reconhecimento de que o casamento deveria ter sido celebrado sob o regime da comunhão parcial. Ocorre que não se pode presumir que esse seria o regime de bens escolhido pelos cônjuges, porque a inexistência de pacto antenupcial pode se justificar pelo fato de essa faculdade ter sido cerceada dos consortes.

Assim, FLÁVIO TARTUCE e JOSÉ FERNANDO SIMÃO sugerem a necessidade de uma interpretação teleológica da norma restritiva de direitos. Impende acrescentar que o artigo 45 da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/1977), regra de direito intertemporal, previa que "quando o casamento se seguir a uma comunhão de vida entre os nubentes, existente antes de 28 de junho de 1977, que haja perdurado por 10 (dez) anos consecutivos ou da qual tenha resultado filhos, o regime matrimonial de bens será estabelecido livremente".

O Superior Tribunal de Justiça aplica o Enunciado 261.⁶⁷ O fundamento para tanto é de que a imposição do regime legal obrigatório, mais gravoso, acarretaria o estímulo a que fosse mantida a relação conjugal de forma informal. Não fosse assim, aqueles que buscassem o reconhecimento estatal formal, intenção do constituinte no artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, acabariam penalizados.

⁶⁶ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 5, p. 166.

⁶⁷ "RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. MATRIMÔNIO CONTRAÍDO POR PESSOA COM MAIS DE 60 ANOS. REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. CASAMENTO PRECEDIDO DE LONGA UNIÃO ESTÁVEL INICIADA ANTES DE TAL IDADE. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. O artigo 258, parágrafo único, II, do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos, previa como sendo obrigatório o regime de separação total de bens entre os cônjuges quando casamento envolver noivo maior de 60 anos ou noiva com mais de 50 anos. 2. Afasta-se a obrigatoriedade do regime de separação de bens quando o matrimônio é precedido de longo relacionamento em união estável, iniciado quando os cônjuges não tinham restrição legal à escolha do regime de bens, visto que não há que se falar na necessidade de proteção do idoso em relação a relacionamentos fugazes por interesse exclusivamente econômico. 3. Interpretação da legislação ordinária que melhor a compatibiliza com o sentido do art. 226, § 3º, da CF, segundo o qual a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. 4. Recurso especial a que se nega provimento" (STJ, REsp nº 1.318.281/PE, Quarta Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 01.12. 2016).

O Projeto de Lei nº 6.960/2002, posteriormente alterado para 726/2007, modificou a redação do artigo 1.641, inciso II, do atual Diploma Civilista, justificando a medida no aumento da expectativa de vida da população brasileira e no desenvolvimento dos avanços da ciência, o que, para JOSÉ FERNANDO SIMÃO, não apresenta qualquer lógica para a modificação, inclusive soando pueril. Se a lei se tornou anacrônica ao exigir o regime imperativo para sexagenários, igualmente fora do seu tempo é a exigência para os septuagenários, sendo de todo recomendável a abolição da regra odiosa.⁶⁸

Dito isso, tanto a ressuscitação da Súmula 377 quanto a edição do Enunciado 261 representam tentativa de relativizar uma imposição legal preconceituosa, que há muito não se sustenta em nossa ordem jurídica. Pelos mais variados fundamentos, a doutrina vem, com razão, tentando mitigar os efeitos da separação obrigatória, defendendo a comunicabilidade dos aquestos no regime da separação legal, no que é acompanhada pela jurisprudência nacional, na qual desponta, por uma questão de justiça, o entendimento de que a entrada em vigor do Código Civil de 2002 não teve o condão de retirar a higidez da Súmula 377. Contudo, essa não é a previsão legal, merecendo ser fortemente aventada a possibilidade de supressão do artigo 1.641 do Código Civil de 2002 da ordem jurídica, o que estaria de acordo com o sistema legal vigente.

a.2) Regime supletivo

Em que pese seja uma imposição legal, o regime supletivo de bens não se confunde com o regime obrigatório. Diferente da outra espécie de regime legal, a sua aplicação decorre, via de regra, da incidência da autonomia privada, uma vez que aos nubentes foi facultado eleger um regime de bens, mas estes optaram por não o fazer. Segundo LUIZ EDSON FACHIN, “regime supletivo são regras do desejo encoberto. Operação que fala pelo silêncio das partes”.⁶⁹ Trata-se, pois, de um caso de vontade presumida.⁷⁰

⁶⁸ SIMÃO, José Fernando. Leis, História e histórias: regime da separação obrigatória: Lei nº 12.344/2010. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coord.). *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 111-118. p. 117.

⁶⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 158.

⁷⁰ Corroborar esse entendimento a lição de ORLANDO GOMES, para quem “O regime legal repousa em convenção tácita dos nubentes. À vista da liberdade de escolha que têm, tudo indica que a falta de pacto antenupcial deve ser interpretada no sentido de que quiseram adotar o regime legal” (GOMES, Orlando. *Direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 165).

Para PONTES DE MIRANDA, a instituição de regime de bens, qualquer que seja ele, é tão relevante para os interesses público e particular que a lei presume a existência de pacto tácito caso os nubentes não tenham se manifestado sobre o estatuto patrimonial que desejam que regule os efeitos patrimoniais de seu casamento.⁷¹

Apesar disso, situações há em que, embora haja pacto antenupcial, o regime supletivo de bens é aplicável ao casamento. Isso ocorre quando a convenção é inválida ou na hipótese em que os cônjuges mandaram lavrar o documento apenas para estipular questões patrimoniais que orbitam o regime de bens propriamente dito, como a alienação dos bens comuns em caso de divórcio, seguida da partilha do produto da venda.

O Código Civil de 1916, seguindo a tradição da “Carta de Ametade”, previa a comunhão universal de bens como o regime supletivo. Para SAN TIAGO DANTAS, as razões *sociológicas* se sobrepujam às *históricas* para tanto, pois a circunstância de sempre se ter praticado um regime não justifica sua aplicação, que se deve à “circunstância de ser ele o que está incorporado ao sentimento e à conduta do povo. É o seu arraigamento na sociedade, e não a tradição, que depõe em favor dele”. Havia, ainda, razões *morais*, que aconselhavam o regime da comunhão universal como supletivo, pois correspondia melhor ao conceito de matrimônio da época, como comunhão indissolúvel de vidas.⁷²

A opção do legislador claramente se justificava por dois motivos: não apenas pelo fato de o casamento ser visto como uma união perpétua estendida a todas as esferas da família, mas também porque apenas o homem produzia renda e tinha condições de amealhar patrimônio, ao passo que a mulher devia se dedicar às *lides domésticas*, cabendo exclusivamente ao marido a administração dos bens comuns.

⁷¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 2, p. 135.

⁷² Veja-se o que diz SAN TIAGO DANTAS a esse respeito: “Assim como a mulher segue o destino do homem, assim como o homem responde irremediavelmente pela sorte de sua família, assim como nada destrói, a não ser a morte, o vínculo conjugal que entre eles se estabelece, assim não se pode admitir que sejam diversas suas fortunas, que um seja rico e o outro seja pobre. Verdade é que os autores apontam alguns inconvenientes no regime da comunhão universal, apontam a circunstância de que ele favorece os casamentos de interesse, pois que, muitas vezes é contando com a meação dos bens do nubente que alguém se decide pelo matrimônio; o argumento não se pode negar que procede. Tudo está em se colocarem na balança os prós e os contras e se ver de que lado se inclina a nossa decisão” (DANTAS, San Tiago. *Direitos de família e das sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 264-265).

Com a entrada em vigor da Lei do Divórcio, houve significativa mudança na formação jurídica da família e no regime supletivo, que passou a ser a comunhão parcial de bens. Isso se explica pelo início de uma nova concepção de família: além de conferir aos cônjuges iguais poderes de administração e os mesmos direitos sobre os aquestos,⁷³ a comunhão parcial de bens privilegia a concepção de esforço comum.

ZENO VELOSO observa que a lei nova não se aplicou aos casamentos celebrados antes da sua entrada em vigor, pois acarretaria a alteração de situações já constituídas, atos jurídicos perfeitos e acabados. O regime legal supletivo da comunhão parcial de bens só se referia, pois, aos casamentos realizados após a data de publicação da Lei do Divórcio, ocorrida em 27 de dezembro de 1977.⁷⁴

A respeito da opção do legislador, GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA atribui a escolha do regime da comunhão parcial de bens como regime supletivo ao caráter contratual do casamento, uma visão mais contemporânea do vínculo matrimonial, pois condiciona a comunicação ao esforço comum do casal. O regime em questão, segundo a doutrinadora, é o que melhor respeita a ideia de casamento como uma “estreita comunhão de vida”, dividindo os cônjuges o produto econômico de sua sociedade nupcial, sem confundir os bens oriundos de suas famílias de origem e que não tiveram o menor concurso do consorte para sua construção.⁷⁵

Países como Portugal,⁷⁶ Itália⁷⁷ e Argentina⁷⁸ seguiram o mesmo entendimento, adotando regimes cuja essência é própria da comunhão dos aquestos, independente da denominação dada para o regime típico supletivo.

⁷³ MANFRÉ, José Antonio Encinas. *Regime patrimonial de bens no novo Código Civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 52.

⁷⁴ VELOSO, Zeno. Regimes matrimoniais de bens. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

⁷⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Casamento e regime de bens. In: ARRUDA ALVIM; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro Joé Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁷⁶ “ARTIGO 1717º. (Regime de bens supletivo) Na falta de convenção antenupcial, ou no caso de caducidade, invalidade ou ineficácia da convenção, o casamento considera-se celebrado sob o regime da comunhão de adquiridos.”

⁷⁷ “Art. 159. Del regime patrimoniale legale tra i coniugi. Il regime patrimoniale legale della famiglia, in mancanza di diversa convenzione stipulata a norma dell'art. 162, è costituito dalla comunione dei beni regolata dalla sezione III del presente capo.” Em tradução livre, “Art. 159, Código Civil Italiano. Do regime patrimonial legal entre os cônjuges. O regime patrimonial legal da família, na falta de convenção

A adoção do regime da comunhão parcial deve ser anotada no processo de habilitação, por termo, no requerimento feito pelos nubentes à autoridade celebrante. JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA critica o tratamento dado à adoção do regime supletivo pelo legislador de 2002, na medida em que o *caput* do artigo 1.640 do Código Civil prevê a adoção da comunhão parcial de bens caso não haja convenção, mas no parágrafo único estabelece que a opção deverá ser reduzida a termo. Para o doutrinador, a exigência é desnecessária e perigosa, porque a tradição já determina a existência de um regime supletivo. Ademais, isso poderia acarretar uma interpretação equivocada no sentido de que seria possível casamento sem regime de bens. Nesse contexto, a determinação de redução a termo é medida administrativa, sem sanção para os cônjuges, a fim de que o oficial que realizar o casamento faça constar o regime supletivo.⁷⁹

a.3) Regime convencional

O regime convencional consiste no ponto máximo da incidência da autonomia privada e da liberdade sobre o Direito Patrimonial de Família. É por meio dele que os nubentes podem escolher entre um dos regimes típicos de bens, mesclar regras de diferentes regimes ou, até mesmo, criar regras específicas. Não se admite, contudo, a simples remissão à lei estrangeira, nos termos dos artigos 16 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ou revogada.

O pacto antenupcial, adiante estudado,⁸⁰ é o instrumento idôneo para eleição do regime matrimonial de bens, o qual pode ser alterado, desde que preenchidos os requisitos legais, objeto da presente pesquisa.

diversa estipulada pela norma do art. 162, é constituído pela comunhão de bens regulada pela seção III do presente capítulo.”

⁷⁸ “Artículo 463. Carácter supletorio A falta de opción hecha en la convención matrimonial, los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de ganancias reglamentado en este Capítulo. No puede estipularse que la comunidad comience antes o después, excepto el caso de cambio de régimen matrimonial previsto en el artículo 449”. Em tradução livre, “Artigo 463, Código Civil e Comercial Argentino. Caráter supletivo. A falta de opção feita na convenção matrimonial, os cônjuges ficam submetidos desde a celebração do matrimônio ao regime da comunidade de aquestos regulamentado neste Capítulo. Não se pode estipular que a comunidade comece ou depois, exceto no caso de mudança do regime matrimonial previsto no artigo 449”.

⁷⁹ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Direito civil: família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 294-295.

⁸⁰ Sobre o assunto, ver Seção V deste mesmo capítulo, *infra*.

SEÇÃO IV – PRINCÍPIOS DOS REGIMES DE BENS⁸¹

a) Autonomia privada⁸²

Embora o Direito de Família tenha normas de natureza cogente, há valorização da autonomia privada na seara patrimonial do Direito de Família. Isso se dá em razão da natureza negocial das convenções patrimoniais firmadas entre os consortes, especialmente diante das sucessivas alterações legislativas ocorridas nas últimas décadas no Brasil.

A Constituição Federal de 1988 buscou a construção coletiva de um Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana e no pluralismo, que serviu de norte para a ordem jurídica como um todo. O Código Civil de 2002, por sua vez, permitiu a comunicação do Direito com elementos extraídos da ordem social, tornando prescindível a constante intervenção jurídica legislativa. O modelo, então, se tornou permeável, havendo protagonismo da realidade social na construção do Direito.⁸³

Para OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR, o tratamento do legislador corrobora o processo de “privatização” do casamento, o qual “se apresenta cada vez mais como um contrato e menos como uma instituição”, cogitando a possibilidade de o divórcio ser havido por mera comunicação postal, como ocorre em alguns países europeus.⁸⁴

Aliado a isso, o afastamento entre elementos metajurídicos, como a moral, e o Direito de Família reforça a concepção de casamento como negócio jurídico privado, fora do âmbito estatal.⁸⁵ De certa forma, isso desidrata a concepção de ROBERTO RUGGIERO

⁸¹ Os regimes de bens têm como norte alguns princípios, que assim são considerados por darem alcance aos regimes de bens e servirem como norte interpretativo. São mais do que meras características porque servem, ao mesmo tempo, como fonte de direito e como critério interpretativo das normas e dos conflitos entre direitos na esfera patrimonial do Direito de Família.

⁸² Respeitados os limites metodológicos da presente dissertação, os regimes de bens se submetem ao princípio da autonomia privada ao invés da autonomia da vontade, na medida em que a vontade dos nubentes não pode ser considerada suprema. A plena liberdade de escolha do regime de bens encontra obstáculo em normas de ordem pública, bons costumes e dignidade da pessoa. É dizer, pois, que, na seara do Direito de Família patrimonial, os indivíduos podem se autorregurar desde que não firmam normas cogentes.

⁸³ TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. Contratualização da família. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 32, nº 116, p. 60-69, jul. 2012.

⁸⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da Constituição e dos direitos fundamentais*. Tese (Livre-docência). São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2017. p. 142.

⁸⁵ Idem, p. 147.

sobre a imperatividade das normas de Direito de Família, mesmo de caráter patrimonial.⁸⁶

Assim, percebe-se que o Estado deixa de se envolver em questões particulares, garantindo aos indivíduos “regulem os seus próprios interesses, tendo essa possibilidade como um *valor* juridicamente protegido”,⁸⁷ o que conduz à incidência da autonomia privada.⁸⁸ É de se dizer, pois, que, se perde força o caráter institucionalista do casamento, ganha relevo a sua concepção negocial, permitindo aos cônjuges um exercício menos limitado de suas liberdades na formação da família.

Operou-se uma mudança de paradigma: a família se tornou base da sociedade e passível de especial proteção estatal. Apesar disso, os núcleos familiares tornaram-se livres para perseguir a realização pessoal de seus integrantes. Essa situação só foi possível graças à leitura do instituto à luz dos princípios constitucionais, que permitiram que a sua formação atual obedecesse aos ditames pessoais, às liberdades individuais.⁸⁹

Se antes o ordenamento jurídico garantia liberdade muito restrita aos indivíduos, mantendo a família exclusivamente centrada no seu fim e integralmente amparada em normas cogentes, hoje se percebe que o conceito plural tem autorizado que as questões familiares sejam negociadas, com intervenção pública muitas vezes residual. Uma prova disso está na Emenda Constitucional nº 66, consolidando uma postura mais permissiva do Estado frente às relações familiares.

Isso trouxe ao Direito de Família um processo inverso do restante do Direito Privado: enquanto houve a publicização do Direito Civil, as relações familiares acabaram se aproximando do autorregramento, especialmente no tocante às questões patrimoniais.⁹⁰

⁸⁶ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 24. v. 2.

⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 230.

⁸⁸ ANTUNES VARELA diferencia a autonomia privada, a faculdade de os particulares fixarem a seu critério disciplina vinculativa de seus interesses, da liberdade contratual, poder reconhecido às pessoas de estabelecerem, de comum acordo, as cláusulas reguladoras de seus interesses contrapostos. A primeira é mais ampla que a segunda, pois abrange as liberdades de associação, de deliberação em órgãos colegiados, de testar, de celebrar acordos (ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 226-227. v. 1).

⁸⁹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 39.

⁹⁰ VINCENZO ROPPO observa que, no passado, as relações entre contrato e família eram antagônicas. Por conta dos antigos traços de organização político-econômica, no qual o indivíduo tinha de se sacrificar pelo grupo, o status familiar constituía inclusive legalmente um obstáculo para a liberdade contratual dos sujeitos. Porém, com o progressivo declínio de tais funções familiares, a tendência passou a ser a família como uma comunidade de afeto, aberta à valorização individual dos seus integrantes, deixando o *status*

Os pactos antenupciais e os contratos de convivência são situações emblemáticas da tendência de contratualização das relações familiares.

Todavia, a vontade no âmbito familiar não é indistinta, pois as previsões constitucionais e infraconstitucionais acerca da matéria familiar, mesmo quanto ao enfoque patrimonial, são numerosas e exaustivas. Isso se justifica porque, para ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, o Estado tem interesse em proteger as pessoas, evitando lesões de direito, já que a excessiva liberdade é muito perigosa.⁹¹

Na lição de ORLANDO GOMES, a autonomia privada dirige-se aos atos de iniciativa particular que implicam relações com outros sujeitos na esfera patrimonial e se praticam através de negócios jurídicos. No entanto, isso não se aplicaria à família, porque, nesse caso, a autonomia seria transferida para o próprio grupo, de modo que, conquanto deva o indivíduo ter garantidos os seus direitos, a liberdade em grupos não estaria compreendida na esfera da autonomia privada.⁹²

Já LUIGI FERRI⁹³ entende que os membros de um núcleo familiar não têm obrigação positiva de realizar interesses extrafamiliares na consecução de negócios jurídicos familiares.⁹⁴ Isso é reforçado pelo autorregramento previsto na própria Constituição Federal e pela cláusula geral do artigo 1.513 do Código Civil, que prevê o respeito à comunhão de vida instituída pela família, garantindo-lhes intimidade e liberdade.

É aí que reside a explicação para a contratualização das relações familiares ter ganho espaço na seara patrimonial. Como tais questões são reguladas por normas privadas, admitir disposições patrimoniais se torna uma opção mais palatável aos operadores do

familiar de constituir um limite à liberdade de participação dos sujeitos no tráfego contratual (ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001. p. 60-61).

⁹¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. União estável: antiga forma de casamento de fato. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 20, nº 77, p. 11-7, jul.-set. 1996.

⁹² GOMES, Orlando. *Direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 83-84.

⁹³ O jurista entende que a autonomia privada não rege o grupo familiar, que não é propriamente uma autonomia privada. A família é dominada pelo dever, sem espaço para a autonomia. O interesse da família emerge da natureza das coisas e não poderia ser negado sem negar a mesma realidade do Estado, isto é, a persecução do bem comum ou público, sem negar o próprio Estado (FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*. Giuffrè: Milano, 1959. p. 285-286).

⁹⁴ FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*. Giuffrè: Milano, 1959. p. 8.

Direito. Salvo exceções que digam com interesse de terceiros e com normas cogentes, os efeitos da autonomia privada dizem respeito exclusivamente aos próprios contratantes.

Nesse contexto é que deve ser vista a liberdade de escolha e a variedade de tipos de regimes de bens como uma decorrência lógica da incidência da autonomia privada no âmbito da esfera patrimonial do Direito de Família.

a.1) Variedade de tipos e liberdade de escolha

Como decorrência da incidência da autonomia privada e seguindo a tradição histórica das Ordenações Manuelinas e Filipinas, o legislador de 2002 deixou à escolha dos nubentes quatro espécies de regimes de bens e, ainda, facultou-lhes a elaboração de um estatuto econômico atípico, criando ou mesclando regras dos diferentes regimes de bens, de acordo com seus anseios e as idiossincrasias do casal.⁹⁵⁻⁹⁶

Assim como em Portugal⁹⁷ e na Espanha,⁹⁸ no Brasil, ressalvadas as exceções legais, os nubentes gozam de ampla liberdade para eleger o estatuto patrimonial que melhor se adequar às suas necessidades.⁹⁹ Com isso, a lei acolheu a liberdade de convenção em toda sua plenitude, diferentemente do que se verificou em alguns ordenamentos jurídicos.¹⁰⁰ Na Argentina, até a entrada em vigor do Código Civil e

⁹⁵ A esse respeito, é oportuna a lição de PONTES DE MIRANDA, para quem o ordenamento jurídico brasileiro permite não apenas a escolha do regime de bens, mas também o regramento matrimonial de bens, tendo em vista que é possível a criação de um regime não previsto, desde que não configure expropriação disfarçada de bens de um cônjuge ao outro ou, ainda, ameaça de dano a terceiros (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. p. 142. v. 2).

⁹⁶ Por ser imposto, como visto na Seção III, item a.1, deste capítulo, *supra*, logicamente o regime obrigatório é uma exceção à autonomia privada no âmbito patrimonial do Direito de Família, não servindo para o estudo desta característica dos regimes de bens.

⁹⁷ “Artigo 1.698º (Liberdade de convenção) Os esposos podem fixar livremente, em convenção antenupcial, o regime de bens do casamento, quer escolhendo um dos regimes previstos neste código, quer estipulando o que a esse respeito lhes aprouver, dentro dos limites da lei.

⁹⁸ “Artículo 1.315. El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código.” Em tradução livre, “Artigo 1.315. O regime econômico do matrimônio será o que os cônjuges estipularem no pacto antenupcial, sem outras limitações além daquelas estabelecidas neste Código”.

⁹⁹ A ampla liberdade surgiu expressamente prevista, pela primeira vez, em nossa experiência, nas Ordenações Manuelinas, legislação trazida de Portugal, conforme se extrai da previsão contida no Livro IV, Título VII, do referido diploma: “TODOS os casamentos que forem feitos em Nossos Reynos, e Senhorios, se entendem feitos por carta de ametade: salvo quando entre as partes outra coisa for acordada e contratada, porque então se guardará o que entre elas for encontrado”.

¹⁰⁰ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Direito da família*. 4. ed. Lisboa: Livraria Petrony, 1996. v. 1, p. 427.

Comercial de 2015, havia um regime de bens único e, na França, até hoje só é autorizada a adoção de uma das espécies de regime de bens previstas no Código Civil francês.¹⁰¹

Segundo CLÓVIS BEVILAQUA, a faculdade de escolha do estatuto patrimonial do casamento, além de se ajustar às tendências sociais de cunho moral e de respeitar a tradição jurídica, é a opção que melhor preserva os interesses dos cônjuges,¹⁰² já que é inadequada a imposição de um regime de bens, salvos os limites inderrogáveis legais.

Dito de outra forma, trata-se da melhor maneira de adequar a autonomia privada dos cônjuges, consubstanciada na possibilidade de satisfazer os seus interesses de acordo com as especificidades do caso concreto. Entretanto, não se pode esquecer que a liberdade convencional cinge-se aos limites da ordem jurídica, não se admitindo, por exemplo, a disposição sobre a renúncia da herança entre os futuros cônjuges.

Atualmente, o Código Civil prevê quatro regimes de bens típicos: a comunhão parcial, a comunhão universal, a separação convencional de bens e a participação final nos aquestos. Há, ainda, a separação obrigatória de bens, que foge da alçada da vontade dos cônjuges e não pode ser considerada um regime típico de bens, na medida em que os seus limites não são definidos pelo legislador, conquanto haja menção expressa a ela no artigo 1.641 do Código Civil e ela tenha efeitos importantes sob o ponto de vista sucessório.

Dentro dos regimes de bens, encontram-se dois grupos distintos: os regimes comunitários e os não comunitários, de acordo com a existência ou não de patrimônio comum ao casal. Situação anômala, porém, é verificada na participação final nos aquestos, uma vez que, durante a vida em comum, o regime é não comunitário e torna-se comunitário com a extinção do vínculo conjugal.¹⁰³

¹⁰¹ “Article 1.393. Les époux peuvent déclarer, de manière générale, qu'ils entendent se marier sous l'un des régimes prévus au présent code.” Em tradução livre, “Artigo 1393. Os cônjuges podem estipular, de maneira geral, que se casam por um dos regimes previstos no presente Código.”

¹⁰² BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1950. v. 2, p. 161.

¹⁰³ A título de nota histórica, convém referir que o Código Civil de 1916 previa o regime dotal, que não teve grande repercussão no Brasil, diante de sua pouca utilização. Consistia na entrega de bens de destinação específica, pela mulher ou alguém por ela, ao marido para auxílio na economia doméstica. Os bens dotais deviam ser descritos e estimados no pacto antenupcial, mas não havia transferência de domínio dos bens imóveis, cabendo ao marido a administração, a percepção dos frutos e o uso das ações judiciais envolvendo o patrimônio dotal. Os bens extradotais permaneciam sob administração, gozo e disposição da mulher. O dote era temporário, subsistindo enquanto durasse o casamento, de modo que devia ser restituído por ocasião da dissolução da sociedade conjugal (GOMES, Orlando. *Direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 193-196). Por óbvio, em razão do princípio da igualdade, não houve fundamento jurídico a sustentar a manutenção do regime dotal como típico no Código Civil de 2002.

Como se pode perceber, se aos nubentes é oferecida uma gama de regimes típicos de bens e mesmo a possibilidade de adoção de um estatuto diverso, há liberdade para escolher o regime de bens que melhor representar seus interesses. Cuida-se de uma tradição no Direito luso-brasileiro, mantida no artigo 1.639 do Código Civil de 2002,¹⁰⁴ o que é justificável, uma vez que os cônjuges são os maiores interessados nos efeitos patrimoniais da sociedade conjugal por eles estabelecida.

b) Mutabilidade condicionada

A tradição brasileira sempre adotou como regra a imutabilidade do regime de bens após as núpcias. No Código Civil de 1916, o artigo 230 não deixava dúvida quanto à irrevogabilidade do pacto antenupcial durante o casamento.¹⁰⁵

Durante muito tempo, a sociedade brasileira foi estritamente patriarcal. O homem, chefe da família, exercia poder marital sobre a esposa, a quem cabia exclusivamente os afazeres domésticos, competindo ao marido a administração do patrimônio familiar. A mulher não gozava nem sequer de capacidade civil plena, precisando até mesmo de autorização por escrito do marido para poder exercer atividade laboral, situação que só se alterou com a entrada em vigor do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962), o qual reconheceu a capacidade plena da mulher. Assim, no contexto em que entrou em vigor o Código Civil de 1916, a imutabilidade se justificava.

CLÓVIS BEVILAQUA apontava três razões para a inalterabilidade: o interesse dos cônjuges, o interesse de terceiros e a perpetuidade do vínculo matrimonial.

O primeiro se justificava porque “depois de casados, um poderia abusar da fraqueza do outro, e obter modificações em seu proveito exclusivo”. O segundo embasava-se no fato de que os cônjuges “poderiam combinar-se e, por um determinado regimen, subtrahir bens á acção dos credores, que com eles tivessem contado, no momento de contractar”. Por fim, quanto à natureza do casamento, destacava que “o casamento é um contracto pessoal e perpétuo. O regimen dos bens durante ele deve ser estavel, inalteravel,

¹⁰⁴ PONTES DE MIRANDA destaca que “Caracterizou o velho direito português estrito respeito dos costumes locais, nos quais a diferente composição, assim de sangue como de direito, se refletia, dando laivos de romanismo, de germanismo e de infiltrações feudais, além de certo coeficiente árabe e canônico” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 2, p. 145).

¹⁰⁵ “Art. 230. O regimen dos bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável.”

para corresponder á perpetuidade e imutabilidade das relações pessoases, enquanto perdura a sociedade conjugal”.¹⁰⁶

Pelas considerações do jurista que redigiu o Projeto do Código Civil revogado, percebe-se que a irrevogabilidade estava amparada no imperativo de segurança dos cônjuges e de terceiros, visando a assegurar a boa-fé entre os cônjuges, a fim de que o afeto não repercutisse nos desdobramentos patrimoniais do casamento, bem como a boa-fé daqueles que contrataram com os cônjuges.¹⁰⁷

A rigidez no tratamento da questão era tanta que, ainda que houvesse a separação judicial seguida por posterior reconciliação, o regime de bens previsto tinha de ser mantido. Apenas se houvesse o divórcio é que se admitia a eleição de novo regime, o que acabava sendo uma brecha na questão da imutabilidade do regime de bens.¹⁰⁸

O texto do artigo 230 conservava toda a sua eficácia, o que significa dizer que a proibição de alterar as convenções sobre o regime de bens era estatuída de forma absoluta. Ainda que os cônjuges se reservassem expressamente a faculdade de modificar suas convenções na constância do casamento, tal cláusula era tida por nula, porquanto violava disposição proibitiva do Código.¹⁰⁹

No entanto, em alguns casos, posteriormente à entrada em vigor do Código Bevilacqua, passou-se a admitir a alteração, no afã de acompanhar as mudanças sociais verificadas. O artigo 7º, § 5º, da então Lei de Introdução ao Código Civil autorizou que o estrangeiro casado naturalizado brasileiro, com a anuência de seu cônjuge, requeresse a alteração do regime de bens para a comunhão parcial de bens. Além disso, foi editada a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, a qual acabou por mitigar a incidência do regime obrigatório de bens, determinando a comunhão dos aquestos.

¹⁰⁶ BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1950. v. 2, p. 106. v. 2.

¹⁰⁷ MANFRÉ, José Antonio Encinas. *Regime patrimonial de bens no novo Código Civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 42.

¹⁰⁸ Na vigência do Código Civil anterior, não havia dispositivo sobre as causas da dissolução da sociedade conjugal. Aplicava-se o artigo 267, sobre situações acarretadoras da dissolução da comunhão. Posteriormente, o artigo 2º da Lei do Divórcio passou a prever as causas de extinção da sociedade conjugal (morte, nulidade ou anulação do casamento, separação judicial e divórcio) e de dissolução de casamento válido (morte ou divórcio). Diante disso, entendia-se que os cônjuges não poderiam alterar o regime de bens antes da extinção do vínculo conjugal. Portanto, a separação de fato não tinha o condão de extinguir o estatuto patrimonial do casamento, o que inclusive acarretava a comunicabilidade dos bens adquiridos durante a separação de fato (WESENDONCK, Tula. *Direito patrimonial de família: disciplina geral do regime de bens no Código Civil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 130.)

¹⁰⁹ CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil brasileiro interpretado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. v. 4, p. 309.

Apenas o regime de bens era imutável, em razão da previsão do artigo 230 do Código Civil de 1916. A inclusão de outras convenções, de natureza não patrimonial, no pacto antenupcial, por meio da coligação de negócios jurídicos,¹¹⁰ não era vedada. Em função disso, era lícito aos cônjuges modificar cláusula não patrimonial, contanto que eventuais modificações fossem feitas por escritura pública e averbadas no Registro de Imóveis, além de contar com a presença de todos aqueles que participaram da celebração do pacto antenupcial modificado.¹¹¹ Ainda, os cônjuges gozavam de liberdade para entabular acordos entre si para a execução das cláusulas pactícias.¹¹²

Mesmo após 1962, longo caminho foi e permanece sendo trilhado para a garantia de tratamento igualitário à população feminina, servindo a Constituição Federal de 1988 como verdadeiro divisor de águas teórico em matéria de construção de uma sociedade sem distinção entre os gêneros. Extinguiu-se a figura do homem como detentor do poder marital¹¹³ para instituir a isonomia conjugal.

Embora ainda haja diferenças sociais entre o masculino e o feminino, a ponto de se afirmar que essa igualdade é mais formal do que material, com os avanços sociais que se verificaram e que ainda precisam ser perseguidos, a mulher não deve ser tratada como vulnerável. Isso, sem sombra de dúvidas, embasou a superação do argumento de que a imutabilidade estava fundada na proteção do cônjuge “mais fraco” (a mulher, obviamente) contra os interesses patrimoniais do outro, que pudessem lesar seus direitos.

Observando as mudanças sociais em seu Anteprojeto de Código Civil, ORLANDO GOMES rejeitou a imutabilidade, prevendo, no artigo 167,¹¹⁴ a possibilidade de alteração do regime de bens mediante o preenchimento de requisitos previamente dispostos em lei. Para embasar seu posicionamento, o civilista lança uma oportuna provocação, à qual a legislação brasileira acabaria, mais tarde, se curvando:

¹¹⁰ A esse respeito, ver item Seção V, item d, deste capítulo, *infra*.

¹¹¹ GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 116-117.

¹¹² CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil brasileiro interpretado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. v. 4, p. 316-317.

¹¹³ A redação original do Código Civil de 1916 previa a incapacidade relativa da mulher casada e sua dependência do marido.

¹¹⁴ “Alteração do Regime Matrimonial – Ressalvados os direitos de terceiros, o regime de bens do casamento, exceto o de separação obrigatória, poderá ser modificado, em qualquer tempo, a requerimento dos cônjuges, havendo decisão judicial permissiva, que será transcrita no registro próprio.”

O Direito de Família aplicado, isto é, o que disciplina as relações patrimoniais entre os cônjuges, não tem o cunho institucional do Direito de Família puro. Tais relações se estabelecem mediante pacto pelo qual têm os nubentes a liberdade de estipular o que lhes aprouver. A própria lei põe à sua escolha diversos regimes matrimoniais e não impede que combinem disposições próprias de cada qual. Por que proibir que modifiquem cláusulas do contrato que celebraram, mesmo quando o acordo de vontades é presumido pela lei? Que mal há na decisão de cônjuges casados pelo regime da separação de o substituírem pelo da comunhão?”¹¹⁵

Na década de 1980, JOÃO BAPTISTA VILLELA posicionou-se no sentido de que as razões do legislador de 1916 eram absolutamente insustentáveis com relação à proteção aos cônjuges, porque acabavam fazendo “uma leitura conspiratória do casamento”. Chegou a comparar o argumento de que a imutabilidade proporciona aos cônjuges garantia contra lesões matrimoniais a “um estranho medicamento que impedisse a devastação da doença, liquidando, antes que ela, a pessoa do paciente”. Acrescentou, ainda, que se os nubentes não podem confiar um no outro, “bem melhor farão não se tomando por marido e mulher. A confiança é o ingrediente básico do casamento e se ela, de princípio, já não existe, o proto não merece execução” (*sic*), sob pena de a irrevogabilidade servir como “um cinto de castidade patrimonial”.

Quanto à perpetuidade do vínculo matrimonial, JOÃO BAPTISTA VILLELA destaca que a durabilidade é própria da natureza do casamento, mas não é elemento de sua tipicidade essencial.¹¹⁶ Ainda que fossem perpétuas, as relações pessoais jamais poderiam ser consideradas imutáveis, porque devem estar abertas às vicissitudes da vida a dois, assumindo a configuração que melhor se adegue aos momentos pelos quais passa a conjugalidade.¹¹⁷ Não raro os nubentes, muitas vezes jovens e inexperientes, naturalmente costumam se sentir constrangidos para discutir questões patrimoniais antes do casamento, o que pode levar a decisões equivocadas quanto ao regime a ser adotado.¹¹⁸

J. M. CARVALHO SANTOS acrescenta que o argumento de “lógica jurídica” de Clóvis Beviláqua não se sustenta na medida em que “seria preciso provar que somente um determinado regime é compatível com a perpetuidade das relações pessoais dos

¹¹⁵ GOMES, Orlando. *Direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 164.

¹¹⁶ Prova disso é que, desde 1977, o Brasil reconhece a falibilidade matrimonial, cujo liame é extinto pela via do divórcio.

¹¹⁷ VILLELA, João Baptista. *Regime de bens no casamento: revogabilidade e segurança de terceiros*. Estudos de Direito brasileiro-alemão. Porto Alegre: Gráfica UFRGS, 1985.

¹¹⁸ GOZZO, Débora. *Pacto antenuptial*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 126-127.

cônjuges”,¹¹⁹ o que obviamente incoorre. Qualquer regime de bens é compatível com a estabilidade familiar, desde que esteja de acordo com os anseios do casal, alteráveis ao longo da vida a dois.

No tocante aos direitos de terceiros, o jurista ressalta que a intenção foi impedir prejuízos resultantes de um desconhecimento inimputável. No entanto, se não há dano na alteração do regime de bens, se o terceiro tem conhecimento da situação jurídica cujos efeitos o podem alcançar, se o desconhecimento lhe é imputável ou se não há nexo entre o prejuízo e o estado cognitivo, a proteção da lei não se justifica, porque tudo isso resulta da boa-fé. Nesse cenário, o veto à mudança do regime seria excessivo, devendo-se, em vez de negar a mudança, estabelecer limites à sua eficácia.¹²⁰

Pelo que se extrai desses ensinamentos, a imutabilidade do regime de bens se mostrou em descompasso com a realidade brasileira, o que também foi sentido na legislação de outros países. Com os anseios dos cônjuges ecoando na sociedade, ordenamentos jurídicos de vários países deixaram de lado o tabu da imutabilidade para passar a adotar a regra da mutabilidade do regime de bens. É o caso, por exemplo, da Espanha, da França e da Itália, cujas legislações originalmente não autorizavam a alteração e, mais recentemente, tornaram possível o pedido.¹²¹

¹¹⁹ CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código civil brasileiro interpretado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. p. 309. v. 4.

¹²⁰ VILLELA, João Baptista. *Regime de bens no casamento: revogabilidade e segurança de terceiros*. Estudos de Direito brasileiro-alemão. Porto Alegre: Gráfica UFRGS, 1985.

¹²¹ A França permitiu a alteração a partir da reforma de 1965 (Lei nº 65.570, de 13 de julho de 1965), que alterou os artigos sobre regime de bens, enquanto a Itália e a Espanha passaram a autorizar a mudança do regime de bens no ano de 1975, quando procederam à reforma de suas respectivas legislações civis. Eis a legislação francesa a respeito: “Article 1397. Après deux années d'application du régime matrimonial, les époux peuvent convenir, dans l'intérêt de la famille, de le modifier, ou même d'en changer entièrement, par un acte notarié. A peine de nullité, l'acte notarié contient la liquidation du régime matrimonial modifié si elle est nécessaire. Les personnes qui avaient été parties dans le contrat modifié et les enfants majeurs de chaque époux sont informés personnellement de la modification envisagée. Chacun d'eux peut s'opposer à la modification dans le délai de trois mois. Les créanciers sont informés de la modification envisagée par la publication d'un avis dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans l'arrondissement ou le département du domicile des époux. Chacun d'eux peut s'opposer à la modification dans les trois mois suivant la publication. En cas d'opposition, l'acte notarié est soumis à l'homologation du tribunal du domicile des époux. La demande et la décision d'homologation sont publiées dans les conditions et sous les sanctions prévues au code de procédure civile. Lorsque l'un ou l'autre des époux a des enfants mineurs, l'acte notarié est obligatoirement soumis à l'homologation du tribunal du domicile des époux. Le changement a effet entre les parties à la date de l'acte ou du jugement qui le prévoit et, à l'égard des tiers, trois mois après que mention en a été portée en marge de l'acte de mariage. Toutefois, en l'absence même de cette mention, le changement n'en est pas moins opposable aux tiers si, dans les actes passés avec eux, les époux ont déclaré avoir modifié leur régime matrimonial. Lorsque l'un ou l'autre des époux fait l'objet d'une mesure de protection juridique dans les conditions prévues au titre XI du livre Ier, le changement ou la modification du régime matrimonial est soumis à l'autorisation préalable du juge des tutelles ou du conseil de famille s'il a été constitué. Il est fait mention

de la modification sur la minute du contrat de mariage modifié. Les créanciers non opposants, s'il a été fait fraude à leurs droits, peuvent attaquer le changement de régime matrimonial dans les conditions de l'article 1341-2. Les modalités d'application du présent article sont déterminées par décret en Conseil d'Etat." Em tradução livre: "Artigo 1.397. Após dois anos de aplicação do regime matrimonial, os cônjuges podem acordar, no interesse da família, modificá-lo, ou até mesmo modificá-lo inteiramente, por um ato notarial. Sob pena de nulidade, o ato notarial deve conter a liquidação do regime matrimonial modificado, se necessário. As pessoas que foram parte no contrato modificado e os filhos adultos de cada cônjuge são pessoalmente informados da mudança proposta. Cada um deles pode se opor à emenda dentro do período de três meses. Os credores são informados da mudança proposta publicando um aviso em um jornal autorizado a receber avisos legais no distrito ou departamento do domicílio dos cônjuges. Cada um deles pode opor-se à emenda no prazo de três meses após a publicação. Em caso de oposição, a escritura está sujeita à homologação do tribunal do domicílio dos cônjuges. O pedido e a decisão de homologação são publicados sob as condições e sob as sanções previstas no Código de Processo Civil. Quando qualquer dos cônjuges tiver filhos menores, a escritura pública ficará obrigatoriamente sujeita à homologação do tribunal do domicílio dos cônjuges. A alteração produz efeito entre as partes na data do acto ou sentença que a previu e, relativamente a terceiros, três meses após a menção da mesma na margem da certidão de casamento. No entanto, mesmo na ausência dessa menção, a mudança é, no entanto, oponível a terceiros se, nos atos que lhes foram transmitidos, os cônjuges declararam que haviam mudado seu regime matrimonial. Quando um dos cônjuges é objeto de uma medida de proteção legal, nas condições estabelecidas no Título XI do Livro I, a modificação ou modificação do regime matrimonial está sujeita à prévia autorização do juiz da República, tutela ou conselho de família, se tiver sido constituída. A modificação no minuto do contrato de casamento modificado é mencionada. Os credores que não se opuseram, se os seus direitos forem fraudulentos, podem contestar a alteração do regime matrimonial nas condições do artigo 1.341-2. Os métodos de aplicação deste artigo são determinados por decreto no Conselho de Estado". Da mesma forma, transcreve-se o artigo 163 do Código Civil italiano: "Art. 163. Modifica delle convenzioni. Le modifiché delle convenzioni matrimoniali, anteriori o successive al matrimonio, non hanno effetto se l'atto pubblico non è stipulato col consenso di tutte le persone che sono state parti nelle convenzioni medesime, o dei loro eredi. Se uno dei coniugi muore dopo aver consentito con atto pubblico alla modifica delle convenzioni, questa produce i suoi effetti se le altre parti esprimono anche successivamente il loro consenso, salva l'omologazione del giudice. L'omologazione può essere chiesta da tutte le persone che hanno partecipato alla modificazione delle convenzioni o dai loro eredi. Le modifiché convenute e la sentenza di omologazione hanno effetto rispetto ai terzi solo se ne è fatta annotazione in margine all'atto del matrimonio. L'annotazione deve inoltre essere fatta a margine della trascrizione delle convenzioni matrimoniali ove questa sia richiesta a norma degli articoli 2.643 e seguenti." Em tradução livre: "Artigo 163. Alteração das convenções. As modificações nos acordos matrimoniais, anteriores ou posteriores ao casamento, não têm efeito se a escritura pública não for estipulada com o consentimento de todas as pessoas que tenham participado das mesmas convenções ou de seus herdeiros. Se um dos cônjuges morre depois de permitir a modificação das convenções com um ato público, isso produz seus efeitos se as outras partes também expressarem seu consentimento posteriormente, sem prejuízo da aprovação do juiz. A aprovação pode ser solicitada por todas as pessoas que participaram da modificação das convenções ou por seus herdeiros. As alterações acordadas e a decisão de aprovação só são válidas em relação a terceiros se forem anotadas na margem da certidão de casamento. A anotação também deve ser feita na margem da transcrição de convenções de casamento, quando isso é exigido nos termos dos artigos 2.643 e seguintes". Por fim, é a transcrição da legislação espanhola a respeito da alteração do regime de bens: "Artículo 1.331. Para que sea válida la modificación de las capitulaciones matrimoniales deberá realizarse con la asistencia y concurso de las personas que en éstas intervinieron como otorgantes si vivieren y la modificación afectare a derechos concedidos por tales personas. Artículo 1.332. La existencia de pactos modificativos de anteriores capitulaciones se indicará mediante nota en la escritura que contenga la anterior estipulación y el Notario lo hará constar en las copias que expida. Artículo 1.333. En toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieren otorgado, así como de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio. Si aquéllas o éstos afectaren a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria." Em tradução livre, "Art. 1.331. Para que seja válida, a modificação dos acordos matrimoniais deve ser efetuada com a assistência e concurso das pessoas que nelas intervieram como outorgantes, se viverem e a modificação afetar os direitos outorgados por tais pessoas. Art. 1.332. A existência de acordos modificativos de cláusulas anteriores será indicada mediante nota na escritura que contém a cláusula anterior e o Notário a incluirá nas cópias

Reconhecendo que o respeito à tradição não pode justificar a manutenção de institutos antiquados e atento aos anseios contemporâneos, à doutrina que se engrossou ao longo dos anos e à tendência do direito estrangeiro, o legislador do Código Civil de 2002 rompeu, ainda que de forma moderada, com a tradição da imutabilidade do regime de bens, tornando possível a alteração do regime de bens.

A mutabilidade do regime de bens foi objeto de profundo debate no âmbito do Anteprojeto do Código Civil que desembocaria no Código Civil de 2002.

Na redação original, seguindo o exemplo francês, a alteração do regime de bens era possível após dois anos de casamento, sendo necessários requerimento judicial, só se tornando eficaz a alteração perante terceiros após o registro da sentença. Miguel Reale, por sua vez, defendeu que a mudança deveria ser limitada a uma ao longo da vida em comum e só poderia ser formulada após cinco anos de casamento, devendo uma lei especial regulamentar o procedimento. Evidenciou que os efeitos da alteração eram *ex nunc*, mas silenciou em relação à eficácia *inter partes*.

Em 1972, houve a primeira publicação do Anteprojeto do Código Civil, na qual não foi feita menção à mutabilidade do regime de bens, o que foi seguido pela segunda publicação, no ano seguinte. No Projeto do Código Civil (Projeto 634/B/1975), não constou a possibilidade de alteração do regime de bens, pois a Comissão rejeitou artigo previsto por Clóvis Do Couto e Silva quanto à modificação consensual do regime de bens após dois anos de vigência do regime, mediante pedido judicial.

Em função disso, Tancredo Neves apresentou a Emenda nº 915, acrescentando, no artigo 1.695, que o regime de bens era irrevogável, sob a justificativa de que pretendia ratificar a imutabilidade do regime de bens, pois a Comissão não havia aprovado o texto de Clóvis do Couto e Silva acerca da mutabilidade do regime de bens, o que foi aceito pela Câmara de Deputados como parágrafo único do artigo 1.694. No entanto, no Senado Federal, o artigo 1.694 passou a ser 1.697 e José Fagelli apresentou a emenda nº 284, a fim de suprimir a previsão “e é irrevogável” da redação, fundamentando que a imutabilidade representaria limitação à liberdade de escolha dos cônjuges. Em parecer do Relator-Geral,

por ele expedidas. Art. 1.333. Em qualquer registro de casamento no Registro Civil, será feita menção, quando for o caso, dos acordos matrimoniais que tenham sido concedidos, bem como dos pactos, resoluções judiciais e outros fatos que modifiquem o regime econômico do casamento. Se aqueles ou estes afetarem imóveis, a mudança será registrada no Registro de Imóveis, na forma e para os fins previstos na Lei Hipotecária.”

Josaphat Marinho, as emendas apresentadas foram rejeitas e o parágrafo único foi subdividido em §§ 1º e 2º, sob a justificativa de que a impossibilidade de alteração do regime de bens não importaria impossibilidade de mudança do regime de bens eleito antes do casamento. Porém, amparado em estudo de ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO e REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA¹²² a mutabilidade não poderia ser absoluta, ficando autorizada a alteração “parcial”, desde que solicitada ao juiz, por ambos os cônjuges, indicadas as razões do pedido. Na redação final do Código Civil, o artigo 1.639, § 2º, que tratou da mutabilidade do regime de bens, não fez qualquer menção à alteração ser parcial.

Todavia, poderia o legislador ter caminhado ainda mais, seja porque deixou sem resposta inúmeras questões decorrentes da mutabilidade do regime de bens, seja porque a possibilidade de mudança se mostrou ainda muito acanhada.¹²³

SEÇÃO V – PACTO ANTENUPCIAL

a) Contexto histórico

O pacto antenupcial surgiu no Direito luso-brasileiro, ainda que implicitamente, no Livro IV, Título VII, das Ordenações Manuelinas (1521), no qual restou previsto que todos os casamentos realizados “no Reyno e em seus Senhorios” seriam feitos por *carta de ametade* (equivalente à atual comunhão universal de bens), a menos que as partes acordassem em outro sentido.¹²⁴

As Ordenações Filipinas mantiveram a previsão da legislação precedente. Aceitava-se a celebração de pactos entre nubentes por instrumento particular. Isso perdurou até a promulgação da Lei de 06 de outubro de 1784,¹²⁵ que passou a exigir que

¹²² AZEVEDO, Álvaro Villaça; PAPA DOS SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva. Sugestões ao Projeto de Código Civil. Direito de Família (Projeto de Lei da Câmara 118, de 1984, em tramitação perante o Senado Federal. 2ª parte. *Revista dos Tribunais*, v. 731, p. 11-47, set. 1996, especialmente p. 7.

¹²³ Nesse sentido, HELOÍSA HELENA BARBOZA afirma que “Razoável concluir-se ter havido uma ‘flexibilização’ ou um ‘abrandamento’ do princípio [da imutabilidade], mas não a sua rejeição, à medida que a alteração do regime assume caráter de exceção, admitida uma vez atendidos os requisitos legais, não sendo suficiente para tal fim a vontade dos cônjuges” (BARBOZA, Heloísa Helena. *Alteração do regime de bens e o art. 2.039 do Código Civil. Anais – IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004).

¹²⁴ “*Todos os casamentos que forem feitos em Nossos Reynos, e Senhorios, se entendem ser feitos por carta de metade, salvo quando entre as partes outra cousa for acordado e contractado, porque entonce se guardará o que ante eles for concertado.*”

¹²⁵ “Art. 1.330. Entender-se-á que os cônjuges têm adotado o regime da comunhão de bens: 1º Quando o casamento fôr celebrado sem ter havido contrato preliminar por escritura pública.”

pactos antenupciais fossem lavrados por escritura pública, como forma de os nubentes refletirem de forma um pouco mais aprofundada sobre a escolha do regime de bens.

Na Consolidação das Leis Civis de TEIXEIRA DE FREITAS,¹²⁶ foi ressaltada a natureza contratual do casamento, sendo que o pacto antenupcial foi considerado um contrato preliminar. Houve alargamento do âmbito das convenções antenupciais: ao longo de dezesseis artigos, foram previstos a exigência de realização do pacto por escritura pública, o condicionamento dos efeitos à celebração do casamento, a vedação de convenções pós-nupciais, a possibilidade de prever no pacto doações entre os nubentes em vida ou após a morte e de outras cláusulas que não contrariassem as leis, a natureza e o fim do casamento, bem como os bons costumes.¹²⁷

¹²⁶ BRASIL. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1865.

¹²⁷ “Art 76. Não se póde contrahir esponsaes senão por escriptura publica, lavrada por Tabellião, e assignada pelos contrahentes, e pelos Pais de cada ura delles; e, na falta dos Pais, pelos respectivos Tutores ou Curadores, e por duas testemunhas ao menos. (Art. 367 § 3.º). Art. 77. Quaesquer promessas, pactos, ou convenções esponsalicias, que não fõrem contrahidas na fõrma do Art. antecedente, não produzirão eifeito algum, nem serão admittidas em Juizo para qualquer acção; ainda que se-quelra deixar a certeza de taes promessas, e convenções, no juramento daquelles, que as-negarem. Art. 78. Não havendo Tabellião no logar da habitação dos contrahentes, e estando distante mais de duas leguas, poderão estes ajustar o casamento por escripto particular na presença dos Pais, Tutores, ou Curadores, e quatro testemunhas, os quaes todos deyerão assigna-lo. Art. 79. Este escripto particular, se não fõr cumprido no espaço de um mêz, perde sua validade; salvo se fõr reduzido á escriptura publica. Art. 80. A escriptura de esponsaes deve expressamente mencionar: § 1.º Qs nomes dos Pais dos contrahentes; § 2.º O logar, onde os conlrahentes nascêrão, e forão baptisados; § 3.º Sua idade, e seu domicilio ; § 4.º A espontanea e livre vontade das reciprocas promessas, feitas, e aceitas, sem a menor coacção ; § 5.º A qualidade, e o gráo de parentesco, se o houvér, entre os contrahentes; com a declaração de que se-obrigão, se concedida lhes-fõr a dispensa legitima. Art. 81. Os filhos-familias, e os menores até a idade de vinte e um annos, não podem contrahir esponsaes sem consentimento de seus Pais, Tutores, ou Curadores; e se estes o-prestarem, far-se-ha disto expressa menção na escriptura. Art. 82. Se não quizerem presta-lo, o Juiz dos Orphãos, á requerimento das parles pode-lo-ha supprir na fõrma, que dispõe o Art. 105; lavrando-se então a escriptura de esponsaes, onde será incorporada a Provisão ou Sentença do supprimento da licença. Art. 83. Os processos para concessão, ou denegação, de taes licenças serão secretos, e portanto ordena-se : § 1.º Que não passem das mãos dos respectivos Juizes, e de seus Escrivães; § 2.º Que as próprias partes, ou seus procuradores, vão aos Cartórios para dizêrem ou respondêrem por escripto o que hes-convier, tirando as cópias de que carecêrem; § 3.º Que as sentenças simplesmente concedão, ou deneguem, as licenças, com indistincta relação ás provas, e sem individuação de fundamentos; § 4.º Que, passados seis mezes depois da decisão, mandem os Juizes queimar os processos. Art. 84. Tendo os filhos mais de vinte e um annos, devem ainda assim pedir o consentimento dos Pais; mas, se elles o-recusarem, depois de satisfeito esse officio de obediencia e respeito, a celebração dos esponsaes póde ser effectuada independentemente do consentimento (Art. 104). Art. 85. No caso de retractação de algum dos contrahentes, a acção, que produzirem os espousaes, terá a mesma natureza das assignações de dez dias. Art. 86. Os contrahentes, com approvação de seus Pais, Tutores, ou Curadores, poderão definir e ajustar nas escripturas a quantia, que deve servir de compensação á parte lesa no caso de injusto repudio. Art. 87. Em falta de estipulação, a indemnisação das perdas e interesses ficará ao prudente arbitrio do Juiz, segundo as circumstancias que occorrêrem. Art. 88. Os esposos podem excluir a communhão de bens, no todo, ou em parte; e estipular quaisquer pactos e condições, devendo-se guardar o que entre elles fõr contractado (Art. 354). Art. 89. No contracto dotal póde-se fazer á molhér promessa ou doação de arrhas de quantia certa, ou de certos bens moveis, ou imóveis; comtanto que não exceda a terça parte do dote, pena de ser nulla a promessa em todo o excedente. Art. 90. A promessa de arrhas em quantia incerta é prohibida, e não produzirá effeito algum. Art. 91. Se o promittente das arrhas for viuvo, e tiver filhos ou

O Código Civil de 1916 não deu o mesmo tratamento ao pacto antenupcial dispensado por Teixeira de Freitas, restringindo sobremaneira o âmbito operativo do instituto ao estatuto patrimonial do casamento.

O pacto antenupcial foi previsto nos artigos 256 a 261, mas a questão foi tratada de maneira esparsa no Livro de Direito de Família. Foi consolidada a liberdade dos nubentes para estipular o que lhes aprouvesse apenas com relação aos seus bens.

A novidade que o Código Civil de 1916 trouxe em relação ao pacto antenupcial foi a obrigação de inscrição no Registro de Imóveis do domicílio do casal para garantir a eficácia das convenções patrimoniais perante terceiros, posteriormente reproduzida no artigo 167 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973 alterada pela Lei nº 6.216/1975).

O Código Civil de 2002, ao seu turno, pouco inovou na redação dos artigos 1.653 a 1.657, que versam sobre o tema. A maior novidade foi a mutabilidade das cláusulas pactícias diante da possibilidade de alteração do regime de bens na constância do casamento, prevista no artigo 1.639, § 2º, do Código Civil, deixando para trás o princípio da imutabilidade do regime de bens.

b) Conceito e objeto do pacto antenupcial

O Código Civil de 2002 não define expressamente o que é pacto antenupcial e, muito menos, o seu objeto, limitando-se a prever requisitos de forma, conteúdo e momento. A doutrina, por sua vez, não é pacífica quanto ao ponto, o que acaba por atingir também a natureza jurídica e os elementos existenciais do pacto.

Para ORLANDO GOMES, o pacto antenupcial é negócio dispositivo de conteúdo limitado ao estatuto patrimonial do futuro casamento. Não tem espaço para estipulações de cunho pessoal dos futuros cônjuges ou mesmo questões econômicas que não guardem

outros descendentes do primeiro matrimonio, as legítimas destes não serão por qualquer modo defraudadas. Art. 92. Vencidas as arrhas, a segunda molhér não poderá havêr mais do que o valor da terça parte dos bens, que tinha o marido ao tempo do contracto dotal; sendo nulla a obrigação das arrhas em todo o excesso da mesma terça, ainda que a promessa fosse de cousa determinada. Art. 93. Podem sêr dados em dote bens moveis, e immoveis, assim como direitos e acções, ainda que esses bens estejam litigiosos. (Art. 351 § 1.º) Art. 94. E igualmente bens emphyteuticos, precedendo licença do senhorio, sem que se-lhe pague laudemio. (Arts. 614 § 2.º, e 622)”

relação com o regime de bens.¹²⁸ A essa corrente, filiam-se SILVIO RODRIGUES,¹²⁹ CARLOS ROBERTO GONÇALVES¹³⁰ e DÉBORA VANESSA CAÚS BRANDÃO.¹³¹

PONTES DE MIRANDA observa que, conquanto a estipulação do regime de bens seja o *elemento próprio ao pacto antenupcial*, é possível a inclusão de outras avenças de natureza econômica que não desvirtuam a sua natureza. Seriam os *elementos estranhos ao pacto antenupcial*, separáveis dele e regidos por lei própria.¹³² A inclusão no corpo da mesma escritura é meramente formal, portanto.

Por outro lado, alguns autores defendem o alargamento do objeto de pactos antenupciais para abranger questões pessoais. Seriam cláusulas de natureza extrapatrimonial aquelas versando sobre, por exemplo, indicação do imóvel que servirá de domicílio conjugal, imposição de religião à prole, reconhecimento de filhos, pré-fixação de indenizações por dano moral pelo rompimento conjugal.¹³³ Comungam desse entendimento FABIANA DOMINGUES CARDOSO,¹³⁴ JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA¹³⁵ e MARIA BERENICE DIAS.¹³⁶

O objeto do pacto antenupcial é o regime normativo patrimonial criado a partir da vontade dos nubentes, gerando efeitos entre eles e perante terceiros após a celebração do casamento. Se é o instrumento da autonomia privada no Direito de Família patrimonial, o pacto é fonte normativa, ainda que subordinada à lei.

¹²⁸ GOMES, Orlando. *Direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 168.

¹²⁹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6, p. 137.

¹³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6, p. 415.

¹³¹ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regime de bens no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 189-190.

¹³² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial: dissolução da sociedade conjugal. Eficácia jurídica do casamento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. t. 8, p. 230-231.

¹³³ Deve ser feita a ressalva de que, conquanto seja prestigiada a autonomia privada dos nubentes, as cláusulas pactícias não podem contrariar normas de ordem pública, consoante o artigo 1.655 do Código Civil, sob pena de serem nulas. Segundo FLÁVIO TARTUCE e JOSÉ FERNANDO SIMÃO, o comando legal limita a autonomia privada do pacto e reconhece a sua função social, citando precedente do Tribunal de Justiça paulista, proferido no julgamento do Agravo de Instrumento nº 569.461.4/8, da relatoria do Desembargador Francisco Eduardo Loureiro, extraído de ação anulatória de pacto antenupcial. Nesse cenário, seria nula uma cláusula que prevísse a administração exclusiva dos bens comuns por um dos cônjuges, por desrespeito ao princípio da isonomia entre os cônjuges (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 5, p. 1440-145).

¹³⁴ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método, 2010. p. 160.

¹³⁵ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Direito civil: família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 293.

¹³⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 314.

Nesse sentido, LUIGI FERRI¹³⁷ destaca que a autonomia privada é um poder normativo, sendo o negócio jurídico uma fonte de criação de normas. A autonomia privada estaria situada, assim, no âmbito da criação de normas jurídicas pelos particulares, quando autorizados a tanto pelo ordenamento jurídico.¹³⁸

A visão restritiva é a mais acertada. Primeiro, porque, topograficamente, o pacto antenupcial está previsto na parte patrimonial do Direito de Família do Código Civil de 2002, o que demonstra a intenção do legislador de instituí-lo como instrumento de organização patrimonial dos futuros cônjuges. Segundo, porque o elemento categorial inderrogável do pacto antenupcial é a escolha do regime de bens que regerá o casamento, sendo indiscutível que o seu objeto é a criação de um regime normativo patrimonial.

Não se pretende afirmar que haja impedimento à inclusão de cláusulas de natureza extrapatrimonial no pacto antenupcial, mas dizer que a sua presença não desvirtua o caráter normativo exclusivamente patrimonial do pacto. É adequada, pois, a ressalva de PONTES DE MIRANDA, quanto à possibilidade de previsão de questões pessoais no pacto. Uma vez feitas, essas serão consideradas elementos estranhos ao pacto e devem ser aceitas por coligação voluntária expressa de diferentes atos jurídicos no mesmo documento.¹³⁹

Não se confunde com a situação *supra* a virtual hipótese de um pacto antenupcial apenas para regular questões pessoais dos futuros cônjuges, sem nenhuma menção a questões patrimoniais, incidindo, pois, o regime da comunhão parcial de bens. Como já dito, a natureza do pacto é puramente patrimonial e a inclusão de aspectos pessoais ocorre, na esteira da lição de Pontes de Miranda, em decorrência de uma coligação. Por isso, de pacto antenupcial essa hipotética escritura não se trata.

Portanto, o pacto antenupcial é um instrumento jurídico por meio do qual os futuros cônjuges podem dispor sobre as regras patrimoniais ao longo da vida em comum e mesmo na hipótese de eventual dissolução do vínculo conjugal, observados os limites da lei e da ordem pública, não havendo, por outro lado, óbice para que os nubentes aproveitem o mesmo documento para prever questões de índole pessoal, sem que isso desvirtue a natureza patrimonial do instituto.

¹³⁷ A esse respeito, é de se ressaltar que o jurista entende que a autonomia privada não incide sobre a família, o que se mostra ponto superado pelo Direito de Família contemporâneo, como já se viu na Seção IV, item a, deste capítulo, *supra*.

¹³⁸ FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*. Giuffrè: Milano, 1959. p. 79 e 225.

¹³⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 2, p. 153.

c) Natureza jurídica do pacto antenupcial

Se a doutrina é uníssona no sentido de que o pacto antenupcial tem a natureza de um negócio jurídico, diante da manifestação de vontade dos nubentes com relação ao surgimento de uma relação jurídica, o regime de bens, o mesmo não se pode se dizer acerca da espécie de negócio jurídico em que o pacto antenupcial estaria inserido.

Juristas como ARNALDO RIZZARDO,¹⁴⁰ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA,¹⁴¹ DIMAS MESSIAS DE CARVALHO,¹⁴² JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA¹⁴³ e SILVIO RODRIGUES¹⁴⁴ defendem que o pacto antenupcial seria um contrato solene, ainda que a serviço do casamento. Por outro lado, nomes como DÉBORA GOZZO,¹⁴⁵ FRANCISCO CLÁUDIO DE ALMEIDA SANTOS,¹⁴⁶ LYDIA NEVES BASTOS TELLES NUNES,¹⁴⁷ e PAULO LUIZ NETTO LÔBO¹⁴⁸ entendem que se trata de um negócio jurídico de Direito de Família.

A patrimonialidade induz muitos autores a incluírem o pacto antenupcial na categoria dos contratos, tendo em vista que a convenção pré-nupcial seria o instrumento para estipulação do estatuto econômico do futuro casamento.¹⁴⁹ Esse é o posicionamento de VINCENZO ROPPO.¹⁵⁰ Há, também, quem defenda a sua natureza de contrato acessório. Para isso, teria que se adotar como premissa que o casamento é um contrato.¹⁵¹

Porém, tais posicionamentos não se adequam à definição de pacto antenupcial.

¹⁴⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 623.

¹⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5, p. 208.

¹⁴² CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 3. ed. Lavras: Unilavras, 2014. p. 202.

¹⁴³ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Direito civil: família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 284.

¹⁴⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6, p. 137.

¹⁴⁵ GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 35.

¹⁴⁶ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O pacto antenupcial e a autonomia privada. In: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de (coords.). *Família e jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 183-209.

¹⁴⁷ NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. *Direito de família: regimes matrimoniais de bens*. Leme: J. H. Mizuno, 2005. p. 93.

¹⁴⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 334.

¹⁴⁹ GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 30-31.

¹⁵⁰ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001. p. 07.

¹⁵¹ FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. O pacto antenupcial no Brasil à luz do direito e economia. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, v. 2, nº 3, p. 415-444, 2016.

Embora, durante muito tempo, contrato e negócio jurídico tenham andado juntos, a concepção contemporânea os distinguiu. Hoje entende-se que o negócio jurídico se caracteriza como ato de vontade autorizado pelo ordenamento e endereçado a um escopo digno de tutela pela ordem jurídica,¹⁵² ao passo que o contrato é uma espécie desse gênero envolvendo relações jurídicas de cunho exclusivamente econômico.¹⁵³⁻¹⁵⁴

Dessa forma, conquanto a autonomia privada dos indivíduos tenha sido valorizada sobremaneira na esfera patrimonial do Direito de Família, não se pode desconsiderar que os efeitos patrimoniais decorrem da formação de um núcleo familiar. A causa subjacente do pacto antenupcial o diferencia das demais convenções, tendo em vista que, por opção constitucional, a família recebe especial proteção estatal, o que reforça o seu caráter institucional.¹⁵⁵

¹⁵² SANTORO-PASSARELLI, Francesco. L'autonomia privata nel diritto di famiglia. *Saggi di diritto civile*. Napoli, Jovene, 1961. v. 1, p. 125.

¹⁵³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 10.

¹⁵⁴ Para VINCENZO ROPPO, o contrato é formado por três elementos: acordo entre as partes, uma relação jurídica patrimonial e, por fim, a vontade de alcançar um fim. Não é um contrato a *fattispecie* em que faltar um ou mais elementos (ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001. p. 4).

¹⁵⁵ Profundo é o debate a respeito da natureza jurídica do casamento. Em que pese esse não seja o objeto específico da presente dissertação, tendo em vista os reflexos acerca da divergência repercutem na natureza jurídica do pacto antenupcial. Três são as correntes: a) contratualista, segundo a qual o contrato se materializa pela vontade dos nubentes, conforme se extrai do artigo 1.577º do Código Civil português (ARTIGO 1.577º (Noção de casamento) Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código). Na doutrina nacional, EDUARDO ESPINOLA se destaca como defensor desse entendimento (ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Gazeta Jurídica, 1954. p. 12), embora entenda que os efeitos decorrentes do consentimento dos nubentes sejam regrados por normas de ordem pública. Não se pode admitir a adoção dessa concepção na medida em que o contrato tem cunho patrimonial, o que está em desacordo com o casamento, que, ao fim e ao cabo, tem o fim de instituir uma comunhão plena de vida; b) institucionalista, segundo a qual o casamento é uma instituição social, ligada a questões morais e religiosas. Nesse sentido, ARNALDO RIZZARDO defende que o casamento é uma instituição, porque representa um valor constituído pelo Estado, transcendendo o contrato, de contornos muito mais singelos, na medida em que as partes assumem obrigações para darem azo a “uma nova forma de vida” (RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 21-22). Na mesma linha, GUILLERMO BORBA (BORBA, Guillermo. *Derecho de familia*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1956. p. 30-31) e MARIA HELENA DINIZ (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 56-57. v. 5). Essa teoria esbarra completamente na autonomia privada, razão pela qual não se pode tomá-la como acertada para o atual momento do Direito de Família; e, por fim, c) mista, adotada pela doutrina majoritária, para a qual o casamento é um contrato quanto à sua formação e uma instituição quanto ao seu conteúdo. LUIZ EDSON FACHIN pondera que a definição institucional inclui aspectos de ordem moral e espiritual, além do patrimonial, colocando a família além dos interesses de seus membros – o que está em desacordo com a ordem jurídica vigente –, mas, ao mesmo tempo, o casamento tem “feição especial, relativamente distante de configuração clássica do contrato”. Assim, conclui que se trata de um negócio complexo, a exigir não só a vontade das pessoas, mas também a conferência estatal, isto é, haveria uma conjugação da vontade individual com a participação do Estado, a definir a natureza jurídica do casamento como um ato civil solene, de ordem pública, que não admite termo ou condição (FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 105-106). Em assim sendo, mais acertada é a última corrente, pois o ato da celebração do casamento é um negócio jurídico bilateral, decorrente da

Corroborar esse entendimento a lição de EMILIO BETTI, que diferencia os negócios jurídicos familiares dos negócios jurídicos patrimoniais, porque, embora ambos decorram da autonomia privada, nos primeiros a autonomia individual estaria vinculada a uma instância superior, transcendente do indivíduo: o interesse familiar; nos segundos, por sua vez, a conveniência do negócio está confiada ao critério individual.¹⁵⁶

ROLF MADALENO defende que o pacto antenupcial é, ao mesmo tempo, contratual e institucional. Reforça o primeiro aspecto o fato de que os nubentes podem aderir a um regime previsto em lei ou estabelecer as suas próprias regras patrimoniais. Por outro lado, corrobora o segundo aspecto a intervenção estatal, via Poder Judiciário, para que haja modificação do regime de bens no curso do casamento.¹⁵⁷ Essa posição, na realidade, reforça a natureza jurídica de negócio jurídico de Direito de Família.

Vale destacar que o pacto antenupcial não terá eficácia se não lhe seguir o casamento. FRANCISCO CLÁUDIO DE ALMEIDA SANTOS observa que, nos negócios jurídicos, toda condição deriva da vontade das partes, o que não é a hipótese de cláusula legal suspensiva da eficácia do pacto.¹⁵⁸ Entretanto, em qualquer negócio jurídico, realizada a condição suspensiva nele contida, os efeitos dele decorrentes passam a vigorar a partir de sua data, o efeito retroativo da condição suspensiva. Ocorre que a retroatividade contrariaria o preceito do artigo 1.639, § 1º, do Código Civil, o qual dispõe sobre o início do regime de bens contemporâneo à celebração do casamento.

conjunção da vontade dos nubentes, mas o estado dele surgido pode ser considerado uma instituição, porquanto regulamentado por normas de ordem pública, que fogem da autonomia privada das partes, superando, nesse ponto, a concepção de contrato. Mesmo nas questões patrimoniais, a autonomia das partes só tem espaço a partir de uma chancela estatal. Corroboram isso FLÁVIO TARTUCE e JOSÉ FERNANDO SIMÃO (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 54, p. 60-61); LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA (PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Rio de Janeiro: Typ. da Tribuna Liberal, 1889. p. 12-13); SILVIO DE SALVO VENOSA (VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 4, p. 40-41) SILVIO RODRIGUES (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6, p. 20-22).

¹⁵⁶ BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. t. 2, p. 168.

¹⁵⁷ MADALENO, Rolf. *Novos horizontes no direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 4-5.

¹⁵⁸ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O pacto antenupcial e a autonomia privada. In: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de (Coord.). *Família e jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 183-209.

É acertada, assim, a posição de PONTES DE MIRANDA, para quem o casamento é *conditio iuris* do pacto antenupcial¹⁵⁹, na medida em que o artigo 1.653 do Código Civil condiciona a eficácia do pacto antenupcial à realização do casamento.¹⁶⁰

Nesse cenário, cabe analisar no que consistiria o negócio jurídico de Direito de Família, estudado pelo jurista italiano FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI, para verificar se o pacto antenupcial estaria inserido nessa categoria jurídica.

Para o autor, são características do negócio jurídico de Direito de Família a *personalidade*, porque o escopo familiar deve ser diretamente perseguido pela pessoa, a quem é reconhecida a autonomia; o *formalismo*, porque deve seguir a forma prevista em lei; a *nominalidade*, que nada mais é do que a previsão expressa em lei; e, por fim, a *legitimidade*, no sentido de que a autonomia privada não pode modificar os efeitos do negócio, predeterminados em lei, segundo o tipo do negócio, reduzindo-se a margem da autonomia privada à iniciativa e a produção de tais efeitos.¹⁶¹

De fato, todas as características supraindicadas se verificam no pacto antenupcial: ele deve ser celebrado apenas pelos nubentes ou seus procuradores; a escritura pública é exigida sob pena de invalidade (artigo 1.653 do Código Civil); é previsto em lei; a autonomia das partes é limitada pela lei. Apesar disso, apenas o primeiro elemento efetivamente distingue o contrato do negócio jurídico de Direito de Família, já que os demais caracteres não contribuem para a elucidação do problema, haja vista a existência de

¹⁵⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. p. 152. v. 2.

¹⁶⁰ O Código Civil de 1916 previa a definição de condição no artigo 114 (“Art. 114. Considera-se condição a cláusula, que subordina o efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto.”), ao passo que o artigo 117 excluía do âmbito da condição a cláusula que não decorresse da vontade das partes (“Art. 117. Não se considera condição a cláusula, que não derive exclusivamente da vontade das partes, mas decorra necessariamente da natureza do direito, a que acede”). Já o artigo 121 do Código Civil de 2002 não deixa dúvida de que a condição é cláusula derivada exclusivamente da vontade das partes que subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto. Assim, só pode constituir condição fato futuro, porque se o fato já ocorreu deixou de ser condicional ou se deixou de ocorrer, tornou-se ineficaz, assim como incerto, na medida em que, se for certo, será termo. Enquanto a condição não se implementar, o ato não pode ser exigido (VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 535-536. v. 1). Em assim sendo, a previsão legal em vigor ratifica a legislação precedente no sentido de que não se inserem no campo das condições aquelas impostas pela lei. Nesse sentido, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA define a condição legal, *conditio iuris* ou condição imprópria como aquela que “ainda que aposta ao negócio sob a forma condicional, implica repetir apenas a exigência da lei, não passando a declaração de vontade de pura e simples”, excluindo do âmbito da condição “o requisito que provém da lei ou da própria natureza do direito a que acede (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: introdução ao direito civil. Teoria geral do direito civil. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1, p. 555-556).

¹⁶¹ SANTORO-PASSARELLI, Francesco. L'autonomia privata nel diritto di famiglia. *Saggi di diritto civile*. Napoli, Jovene, 1961. v. 1, p. 383-385.

contratos formais, típicos e diretos que nem por isso são negócios jurídicos de Direito de Família, como ocorre, por exemplo, com a doação de bem imóvel para um funcionário.

Ademais, dúvida não pode haver no sentido de que o pacto antenupcial é um negócio jurídico normativo, uma vez que se inicia como um acordo de vontade entre os nubentes e, após o casamento, cria regras, com força cogente entre os cônjuges, de caráter supletivo à lei, servindo de disciplina para o comportamento individual, sendo os seus efeitos sentidos, após a celebração do casamento, nas esferas jurídicas dos cônjuges e de terceiros. Não é, pois, meramente comutativo.

d) Elementos do pacto antenupcial

Os elementos de existência são essenciais ao ato. Dividem-se em elementos gerais, comuns a todas as modalidades de negócio jurídico; elementos categoriais, ínsitos ao negócio jurídico celebrado, subdivididos em inderrogáveis – ligados à essência do negócio jurídico – e derogáveis – afastáveis pela vontade das partes sem descaracterizar o negócio; e elementos particulares, próprios do negócio jurídico específico.¹⁶²

A escolha do regime de bens é o elemento categorial inderrogável do pacto, conforme se extrai do artigo 1.639 do Código Civil. Para existir, a convenção pré-nupcial deve conter cláusulas acerca do estatuto patrimonial do futuro casamento. Caso os nubentes lavrem documento contendo apenas aspectos pessoais ou a prefixação de indenização por quebra de deveres conjugais para o casamento que será celebrado, tal avença não será um pacto antenupcial.

Como visto anteriormente, o pacto antenupcial é um negócio jurídico. Por isso, para que tenha validade, além do elemento volitivo, expressado de forma livre e isenta, é preciso que ele preencha alguns requisitos.

Em assim sendo, a previsão do artigo 104 do Código Civil é aplicável às convenções pré-matrimoniais. Para valer, o pacto deve ter agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

Com relação aos agentes, a capacidade para celebrar pacto antenupcial é aquela necessária para o casamento, o que se extrai da leitura conjunta dos artigos 1.517 e 1.639

¹⁶² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 35.

do Código Civil, isto é, do maior de 16 anos.¹⁶³ Contudo, nos termos do artigo 1.654 do Código Civil, a eficácia¹⁶⁴ do pacto antenupcial celebrado por adolescente em idade núbil fica condicionada à aprovação de seu representante legal.

Cumprido esclarecer que a previsão do artigo 1.654 é aplicável para os menores entre 16 e 18 anos de idade que contarem com autorização dos representantes legais para o casamento. Diferente é a situação que se verifica se o consentimento dos representantes legais para o casamento for suprido por decisão judicial, o que enseja a aplicação da separação obrigatória de bens, nos termos do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil.

FLÁVIO TARTUCE e JOSÉ FERNANDO SIMÃO observam que a assistência para celebração do casamento não se confunde com a autorização para o casamento, sob pena de anulabilidade. “A eficácia do pacto não atinge a validade do casamento, já que estamos em *degraus da Escada Ponteana*”.¹⁶⁵

Em sentido contrário, há entendimento doutrinário defendendo que a autorização do assistente para a celebração do casamento é suficiente para a lavratura de pacto antenupcial. Para CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, a previsão legal é vazia de sentido, porque o dever de assistência para a celebração do pacto representaria intervenção externa na economia do futuro casal e, portanto, uma afronta à liberdade de constituir família.¹⁶⁶ Segundo DÉBORA VANESSA CAÚS BRANDÃO, a assistência não se sustenta porque, realizado o casamento, os cônjuges se tornam aptos para a prática dos atos da vida civil, consoante previsão do artigo 5º, parágrafo único, inciso II, do Código Civil.

Em que pese o teor das críticas à previsão legal, no momento em que celebrado o pacto, o nubente relativamente incapaz não goza de capacidade para todos os atos da vida civil, devendo a validade do ato ser verificada no ato de sua celebração, inclusive porque o pacto antenupcial ocorre em momento anterior à emancipação decorrente do

¹⁶³ A par de algumas críticas doutrinárias, menores de 16 anos de idade precisam de autorização judicial para casar e têm o matrimônio regido pelo regime da separação obrigatória de bens, nos termos dos arts. 1.517, 1.520 e 1.641, III, do Código Civil.

¹⁶⁴ Embora o legislador tenha condicionado a eficácia do pacto antenupcial ao consentimento do assistente do nubente menor, por se tratar de capacidade do agente, a questão está adstrita ao plano da validade, mais especificamente da nulidade relativa, nos termos do artigo 171, inciso I, do Código Civil, a qual pode ser confirmada pelos representantes legais. Nesse sentido, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 210. v. 5.; MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 710.

¹⁶⁵ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 5, p. 144.

¹⁶⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5, p. 209.

matrimônio.¹⁶⁷ Ademais, o consentimento manifestado pelo assistente para o casamento não é o mesmo para a escolha do regime de bens, pois ambos os atos são distintos e, inclusive, com natureza jurídica diversa.¹⁶⁸

Questão recente quanto à capacidade do agente condiz com relação à entrada em vigor do “Estatuto da Pessoa com Deficiência” (Lei nº 13.146/2015)¹⁶⁹. Na busca pela integração de pessoas com deficiência, o Estatuto tornou todas as pessoas capazes, passando por cima da ausência de discernimento de quem, por merecer receber especial proteção, foi denominado “incapaz”. Nesse caso, consoante o artigo 6º, inciso I, do referido Estatuto, o incapaz tem plena capacidade civil para casar. Entretanto, o curador do deficiente só atuará nos atos de natureza patrimonial e negocial.

Ocorre que o artigo 1.641 do Código Civil, que institui a separação obrigatória de bens, não previu a situação do casamento celebrado por pessoa incapaz. Como se trata de norma com evidente caráter de restrição de direitos, seu rol é taxativo.¹⁷⁰ Por isso, o nubente com deficiência poderia, pela letra da lei, via curador, optar por qualquer regime de bens para casamento que vier a contrair, solução semelhante à encontrada pelo Direito alemão, no § 1.411 do BGB¹⁷¹ e defendida por ANTUNES VARELA.¹⁷² Como as questões patrimoniais ficam a cargo de seu curador, a opção, na realidade, tocaria a ele.

¹⁶⁷ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método, 2010. p. 117.

¹⁶⁸ GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 42.

¹⁶⁹ A respeito do Estatuto da Pessoa com Deficiência, AGUIRRE, João. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência protege o incapaz? SIM*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-protege-o-incapaz-sim/15732>>. Acesso em 15.11.2018.

¹⁷⁰ Como o incapaz tem plena capacidade para casar, não se trata da hipótese do artigo 1.641, inciso III, do Código Civil, a determinar a adoção da separação obrigatória de bens.

¹⁷¹ “(1) Ein Betreuter kann einen Ehevertrag nur mit Zustimmung seines Betreuers schließen, soweit für diese Angelegenheit ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet ist. Die Zustimmung des Betreuers bedarf der Genehmigung des Betreuungsgerichts, wenn der Ausgleich des Zugewinns ausgeschlossen oder eingeschränkt oder wenn Gütergemeinschaft vereinbart oder aufgehoben wird. Für einen geschäftsfähigen Betreuten kann der Betreuer keinen Ehevertrag schließen. (2) Für einen geschäftsunfähigen Ehegatten schließt der Betreuer den Ehevertrag; Gütergemeinschaft kann er nicht vereinbaren oder aufheben. Der Betreuer kann den Ehevertrag nur mit Genehmigung des Betreuungsgerichts schließen.” Em tradução livre: “(1) Uma pessoa cuja capacidade para contratar é restrita pode celebrar um contrato de casamento apenas com a aprovação do seu representante legal. Isto também se aplica a uma pessoa maior e incapaz, na medida em que uma reserva de consentimento foi ordenada para este assunto. Quando o representante legal é um guardião e, em adição à aprovação do representante legal, a aprovação do juiz de família é necessária, se a equalização a participação final nos aquestos for excluída ou restrita ou se a comunidade de propriedade é acordada ou excluída; se o representante legal for um curador, a aprovação do juiz de custódia é necessária. O representante legal não pode entrar em um contrato de casamento para um cônjuge com capacidade restrita para contratar ou incapaz. (2) Para um cônjuge que é incapaz de contratar, a participação do representante legal no contrato é necessária; ele pode não concordar ou terminar a comunhão. Se o representante legal for um curador,

No entanto, admitir a vontade do curador como elemento suficiente para o casamento do incapaz e definir o regime de bens do casamento é ilógico e contraria a personalidade do casamento, além de permitir fraudes decorrentes apenas da vontade do curador,¹⁷³ o que pode acabar expondo a pessoa com deficiência em vez de protegê-la.

Ainda, é viável a celebração do pacto por procuração, desde que tenham sido outorgados expressamente poderes ao mandatário para a escolha do regime de bens. Não poderia ser diferente, porque, “se para o casamento é condição *sine qua non* a existência de um regime de bens, obrigatoriamente um pacto deverá ser elaborado, sob pena de o regime ser o supletivo legal, o que poderia contrariar eventualmente a vontade do mandante”.¹⁷⁴

Quanto ao segundo requisito de validade do pacto antenupcial, o objeto, será nulo o instrumento que versar sobre objeto ilícito, impossível e indeterminado ou indeterminável, segundo a dicção do artigo 166 do Código Civil. Assim, por exemplo, se os nubentes pactuarem que os bens amealhados pela via da prática criminosa são propriedade daquele que cometer o ilícito, tal cláusula será inválida, podendo, por outro lado, o pacto permanecer hígido com relação às demais previsões.

O artigo 1.655 do Código Civil prevê a nulidade do pacto antenupcial que contrariar disposição absoluta em lei, o que não precisaria ser referido, já que toda manifestação de vontade que não estiver de acordo com disposição legal será inválida. São nulas, pois, convenções que admitirem a quebra de deveres conjugais, por exemplo.

No tocante à forma, ainda que a regra geral seja a liberdade de forma, o artigo 1.653 do Código Civil prevê que “é nulo o pacto antenupcial se não foi feito por escritura pública”, o que importa dizer que o pacto antenupcial é ato solene e formal.¹⁷⁵ A mesma

ele pode entrar no contrato apenas com a aprovação do tribunal de família; se o representante legal for um guardião, é necessária a aprovação do tribunal de guarda.”

¹⁷² ANTUNES VARELA, João de Matos. *Direito da família*. 4. ed. Lisboa: Livraria Petrony, 1996. v. 1, p. 443.

¹⁷³ SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2)*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>>. Acesso em: 20 out. 2016.

¹⁷⁴ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método, 2010. p. 121.

¹⁷⁵ CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON ROSENVALD afirmam ser prescindível a previsão do artigo 1.653 do Código Civil, diante do conteúdo dos artigos 104, inciso III, e 166, inciso IV, ambos do Código Civil, porquanto estipulam a invalidade do negócio jurídico que desrespeitar a forma prevista em lei (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2015. p. 253).

exigência é feita pelo Código Civil alemão, no § 1.410,¹⁷⁶ e pelo Código Civil francês, no artigo 1.394.¹⁷⁷ A justificativa para tanto é que a exigência da forma pública, com todas as formalidades e despesas atinentes ao ato, faz com que as partes reflitam sobre os efeitos de sua decisão.¹⁷⁸ A invalidade da convenção, porém, não fulmina a validade do casamento, consoante artigo 184 do Código Civil.

Assim, se constar da certidão de casamento que os cônjuges adotaram regime de bens diverso da comunhão parcial de bens, mas não tenha sido lavrada a escritura pública de pacto antenupcial, o casamento permanecerá válido. Será, porém, aplicado o regime supletivo, já que a convenção é nula por defeito de forma.

Convém ponderar que a escritura pública não necessariamente conscientiza os nubentes da relevância da adoção de um regime de bens, tratando-se muito mais de uma formalidade do que um ato para reflexão dos nubentes. Em função disso, DÉBORA VANESSA CAÚS BRANDÃO não vislumbra óbice, além da vedação legal, para impedir a lavratura do pacto antenupcial por instrumento particular, desde que seja integralmente averbado à certidão de casamento,¹⁷⁹ o que se mostra acertado.

Em que pese haver expressa previsão legal, o requisito da forma pública para o pacto parece não se sustentar. Primeiro, porque a possibilidade de se fazer um pacto

¹⁷⁶ “§ 1.410 Form – Der Ehevertrag muss bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile zur Niederschrift eines Notars geschlossen werden”. Em tradução livre: “§ 1.410 Forma – O pacto antenupcial deve ser lavrado por um notário, e ambas as partes devem estar presentes”.

¹⁷⁷ “Article 1.394. Toutes les conventions matrimoniales seront rédigées par acte devant notaire, en la présence et avec le consentement simultanés de toutes les personnes qui y sont parties ou de leurs mandataires. Au moment de la signature du contrat, le notaire délivre aux parties un certificat sur papier libre et sans frais, énonçant ses nom et lieu de résidence, les noms, prénoms, qualités et demeures des futurs époux, ainsi que la date du contrat. Ce certificat indique qu'il doit être remis à l'officier de l'état civil avant la célébration du mariage. Si l'acte de mariage mentionne qu'il n'a pas été fait de contrat, les époux seront, à l'égard des tiers, réputés mariés sous le régime de droit commun, à moins que, dans les actes passés avec ces tiers, ils n'aient déclaré avoir fait un contrat de mariage”. Em tradução livre: “Artigo 1.394. Todas as convenções matrimoniais serão elaboradas por escritura pública perante um notário, na presença e com o consentimento simultâneo de todas as pessoas que sejam parte nelas ou de seus representantes. No momento da assinatura do contrato, o notário entregará às partes um certificado emitido em papel não timbrado e sem encargos, indicando seu nome e local de residência, os sobrenomes, nomes, qualificação e residências dos futuros esposos, assim como a data do contrato. O documento deve indicar a obrigação de entregá-lo ao oficial do registro civil antes da celebração do casamento. Se o registro de casamento expressar que não se outorgam convenções matrimoniais, os cônjuges serão considerados, frente a terceiros, casados pelo regime de direito comum, a não ser que, nos contratos celebrados com estes terceiros, eles tenham declarado que celebraram convenções matrimoniais.”

¹⁷⁸ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Direito da família*. 4. ed. Lisboa: Livraria Petrony, 1996. v. 1, p. 445.

¹⁷⁹ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regime de bens no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 191-192.

antenupcial por instrumento particular simplificaria a sua utilização, diminuiria custos e, assim, possibilitaria o aumento do acesso ao instituto.¹⁸⁰ Segundo, porque, a publicidade da escolha do regime de bens, mais do que pela escritura pública de pacto antenupcial, é garantida pela referência ao regime de bens na certidão de casamento, no Registro de Imóveis do primeiro domicílio dos cônjuges e na Junta Comercial, caso um dos cônjuges seja empresário, o que, por si só, garantiria ampla publicidade à convenção, tornando prescindível a forma pública do pacto.

Assim, a ideia da “realização do pacto por instrumento particular, visando à desburocratização da forma, sem lançar mão da segurança jurídica e patrimonial que o instrumento deve proporcionar” vem acertadamente ganhando força na doutrina, conquanto atualmente seja nulo o pacto antenupcial que não seja lavrado em tabelionato, consoante artigo 1.653 do Código Civil. Não se vislumbra justificativa plausível além da vedação legal para que os nubentes não possam manifestassem ao Oficial do Registro Civil a opção do regime de bens e a ratifiquem quando da celebração do casamento.¹⁸¹

Ainda no âmbito da validade do pacto antenupcial, eventual nulidade da cláusula pactícia não prejudica o restante do ato, pois é incindível o princípio da conservação dos negócios jurídicos. Como destacam FLÁVIO TARTUCE e JOSÉ FERNANDO SIMÃO, “a parte útil não fica viciada pela inútil, aplicando-se a máxima *utile per inutile non vitiatur*”. Trata-se da exegese do artigo 184 do Código Civil.¹⁸²

A nulidade retroage ao momento da celebração do casamento, resguardados os direitos de terceiros de boa-fé, assim como os efeitos da ratificação de um pacto anulável após a celebração do casamento também têm efeitos retroativos à celebração.¹⁸³

Para ser eficaz, o pacto deve cumprir certos requisitos, os quais se diferem para que a convenção pré-nupcial surta efeitos em relação aos cônjuges e aos terceiros.

Segundo o artigo 1.653 do Código Civil, a eficácia do pacto está condicionada à celebração do casamento, o que obriga os cônjuges mutuamente e vincula seus herdeiros. Trata-se de uma inovação do Código Civil de 2002, uma vez que, equivocadamente, o

¹⁸⁰ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método, 2010. p. 140.

¹⁸¹ Idem, p. 141.

¹⁸² TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 5, p. 145.

¹⁸³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6, p. 416.

artigo 256, parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916 dispunha acerca da nulidade do pacto não seguido das núpcias.¹⁸⁴

Quanto à eficácia *erga omnes*, o artigo 1.657 do Código Civil prevê como requisito para gerar efeitos perante terceiros que o pacto seja registrado no Registro de Imóveis do primeiro domicílio dos cônjuges. Isso serve para dar publicidade ao ato e garantir segurança a terceiros que possam contratar com um ou com ambos os cônjuges.

Como o pacto só gera efeitos com o início do casamento, o registro deve ser feito após a celebração do matrimônio, como se extrai do artigo 1.657, o qual prevê o dever dos *cônjuges*, não dos *nubentes*. Ademais, já que a lei não prevê o registro a cada mudança de domicílio, não é obrigatório o assentamento no Registro de Imóveis a cada alteração de cidade, embora tal medida pudesse dar maior publicidade ao pacto.¹⁸⁵

Se não bastasse isso, o artigo 979 do Código Civil exige que, se um dos cônjuges for empresário, a convenção pré-matrimonial seja averbada no Registro Público de Empresas Mercantis. A exigência legal reforça o caráter público do registro, garantindo transparência aos atos praticados pelo empresário no exercício de sua atividade profissional e segurança àqueles que com ele contratam, até porque o artigo 977 veda a atividade empresarial de cônjuges casados pela comunhão universal de bens.

Caso um desses registros não seja feito, o pacto não goza de eficácia *erga omnes*, de modo que será eficaz em relação aos cônjuges e aos seus herdeiros, mas não perante terceiros, para quem o casamento será regido pelo regime supletivo. Vale, porém, a ressalva de PONTES DE MIRANDA no sentido de que “o registro de imóveis obvia aos inconvenientes quanto à eficácia, mas apenas em relação aos bens imóveis”,¹⁸⁶ podendo ser estendida tal interpretação para os atos societários diante de eventual ausência de registro do pacto no Registro Público de Empresas Mercantis.¹⁸⁷

¹⁸⁴ “Art. 256. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver (arts. 261, 273, 277, 283, 287 e 312). Parágrafo único. Serão nulas tais convenções: [...] II. Não se lhes seguindo o casamento.”

¹⁸⁵ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método, 2010. p. 142.

¹⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: parte especial: dissolução da sociedade conjugal. Eficácia jurídica do casamento. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. t. 8, p. 239).

¹⁸⁷ Ainda que não haja diferença expressa no artigo 1.657 do Código Civil, a eficácia contra terceiros decorrente do registro imobiliário se limita aos bens imóveis, diante das características dos bens. A eficácia em face de terceiros do regime de bens em relação aos móveis decorre do pacto antenupcial e do registro de casamento, consoante artigo 1.653 do Código Civil e artigo 70 da Lei de Registros Públicos (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado*: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693. São Paulo: Atlas, 2003. v. 16. p. 279). A exigência não poderia ser

Entretanto, esse entendimento merece ser excepcionado pela situação em que, por lapso, a escritura pública de pacto antenupcial não é averbada na respectiva certidão de casamento. Como o pacto devidamente lavrado dispõe sobre o estatuto patrimonial do futuro casamento, não se trata efetivamente de alteração do regime de bens, considerando que a sua vontade foi manifestada previamente ao casamento dentro dos requisitos legais, daí por que deve ser privilegiada a vontade dos cônjuges ao casarem e, assim, obterem a retificação do registro. De qualquer forma, devem ser ressalvados os direitos de terceiros que eventualmente tenham contratado com os cônjuges no período entre a expedição da certidão de casamento equivocada e a retificação do assento matrimonial.

Essa situação não se confunde com o pacto que foi lavrado, mas que, depois de um tempo, não corresponde mais à vontade dos nubentes, os quais optam por ignorá-lo e adotar regime diverso. No primeiro caso, questionados acerca de sua vontade pelo Oficial do Registro Civil, confirmariam o teor do pacto; no segundo, trata-se de revogação por mútuo consentimento. Não há, porém, como afastar o regime de bens eleito sem que haja o pedido judicial de alteração do regime de bens.¹⁸⁸

Por outro lado, caso tenha constado da certidão de casamento regime de bens eleito pelos cônjuges sem que tenha sido lavrado pacto antenupcial ou ele seja nulo, não há como se fugir do regime supletivo da lei. Nesses casos, a menção a regime diverso da comunhão parcial de bens é considerada erro material do oficial registral.

diferente, na medida em que o sistema notarial brasileiro exige a forma registral apenas para bens imóveis diante da natureza dos bens em questão e por presumir que bens imóveis possuem maior valor econômico (a única exceção aos registros imobiliários está na hipoteca de aeronaves e barcos, diante da importância econômica envolvida). Apesar de concordarem que o requisito de eficácia do registro imobiliário se limita aos imóveis, LUIS DíEZ-PICAZO e ANTONIO GULLÓN destacam que, ainda que não haja previsão legal, deve-se consagrar a presunção de que a falta de publicidade de um regime convencional significa, frente a terceiros de boa-fé, que o regime existente é o legal (DÍEZ-PICAZO; Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil: derecho de familia. Derecho de sucesiones*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2008. v. 4. p. 152). No entanto, em que pese seja ponderável o argumento dos autores espanhóis, não se pode concordar com ele, na medida em que a o sistema brasileiro parte da certidão de nascimento, com força suficiente para garantir publicidade a respeito da vida civil dos indivíduos, na qual consta se houve matrimônio. Em caso positivo, deve-se buscar a certidão de casamento, na qual consta o regime de bens do casamento. Diante disso, não há como se defender a boa-fé de quem contrata com alguém sem a cautela de examinar sua certidão de casamento ou de nascimento, diligência elementar para quem contrata com terceiros.

¹⁸⁸ Em sentido diverso, de forma isolada na doutrina, ROSA MARIA DE ANDRADE NERY entende ser possível a alteração do regime de bens sem que seja observado o procedimento legal se houver prova inequívoca do “acordo tácito ou expresso” acerca do afastamento do regime de bens convencional (NERY, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de direito civil: família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 503-505). O posicionamento é bastante polêmico e, sobretudo, *contra legem*, diante dos requisitos e formalidades previstos em lei tanto no tocante à escolha do regime de bens, quanto em relação à sua alteração.

Se é certo que a realização do casamento é condição de eficácia do pacto, a dificuldade está em se identificar por quanto tempo pode-se aguardar pela realização do casamento, uma vez que o Código Civil de 2002 é silente no ponto.¹⁸⁹

Por isso, o ideal é que conste da escritura pública um prazo estipulado pelos nubentes ou o dia da celebração, vindo a caducar o pacto se transcorrido o prazo sem a realização das núpcias. Porém, nem sempre isso é observado.

O Código Civil português estatui, no artigo 1.716^o,¹⁹⁰ que a convenção antenupcial caduca se o casamento não for celebrado no prazo de um ano. Para ANTUNES VARELA, apesar de arbitrária, a solução tem a vantagem de ser certa e segura.¹⁹¹ Esgotado este prazo, o legislador lusitano entende que se extinguiu o projeto matrimonial, especialmente porque, se não tiver sido o caso, os nubentes sempre podem elaborar um novo contrato. ZENO VELOSO entende ser conveniente a previsão, porque garante segurança a uma situação que pode se estender no tempo.¹⁹²

Para parte da doutrina, o prazo de noventa dias de caducidade da habilitação do casamento, previsto no artigo 1.532 do Código Civil, é aplicável à eficácia do casamento.¹⁹³ Para outros autores, a avença não se condiciona a prazo para se tornar eficaz, não vindo a caducar pela fluência do tempo.¹⁹⁴ Uma terceira corrente entende que, se o casamento não se realiza, não há por que o pacto antenupcial permanecer *ad eternum*, não se aplicando, por outro lado, o prazo da caducidade do processo de habilitação.¹⁹⁵

Diante da divergência, convém esclarecer que, posto que venha a caducar o prazo de habilitação do casamento, não se pode considerar como caduco o pacto. O prazo

¹⁸⁹ No artigo 164 do Anteprojeto de Código Civil de 1963, Orlando Gomes previu prazo de três meses, contados da lavratura da escritura pública de pacto antenupcial, para as núpcias, sob pena de invalidade do instrumento. Nesse ponto, é acertado o entendimento de ZENO VELOSO, para quem, conquanto seja acertada a preocupação de definir o assunto, por uma questão de segurança jurídica, o prazo de três meses para ineficácia do pacto antenupcial é excessivamente exíguo (VELOSO, Zeno. Regimes matrimoniais de bens. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997).

¹⁹⁰ “Art. 1.716^o. A convenção caduca, se o casamento não for celebrado dentro de um ano, ou se, tendo-o sido, vier a ser declarado nulo ou anulado, salvo o disposto em matéria de casamento putativo.”

¹⁹¹ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Direito da família*. 4. ed. Lisboa: Livraria Petrony, 1996. v. 1, p. 447.

¹⁹² VELOSO, Zeno. Regimes matrimoniais de bens. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

¹⁹³ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regime de bens no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 196.

¹⁹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 272.

¹⁹⁵ BIAZI, João Pedro de Oliveira de. Pacto antenupcial: uma leitura à luz da teoria do negócio jurídico. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, ano 2, nº 1, p. 229-264, 2016.

do artigo 1.532 do Código Civil se destina a apurar a existência de impedimentos matrimoniais ou causas suspensivas.¹⁹⁶ Essa função não se confunde com o objetivo do pacto, correspondente à adoção de um regime de bens para o casamento a ser celebrado.

Da mesma forma, como a avença é feita para um matrimônio específico¹⁹⁷ e os anseios podem se alterar mesmo com o restabelecimento da relação após muito tempo, a inexistência de prazo não parece ser o entendimento mais acertado, sob pena de se negar segurança jurídica e a ação do tempo no direito.

Duas são as soluções que se mostram possíveis. A primeira delas é a existência de prazo indeterminado para se casar, cabendo ao intérprete identificar, diante das circunstâncias fáticas, expirou-se completamente a possibilidade de ocorrência do casamento objeto do pacto,¹⁹⁸ sendo recomendável que, após o transcurso de longo lapso temporal sem casamento, os nubentes ratifiquem o conteúdo pactício. A segunda alternativa igualmente viável é no sentido de que, não havendo mais a base fática que ensejou a lavratura do pacto antenupcial, os nubentes não apresentem o pacto antenupcial por ocasião da lavratura da certidão de casamento.

A possibilidade ou não de reconstituição do pacto antenupcial é questão de grande relevância. É preciso questionar o que acontece se o nubente que celebrou o pacto antenupcial casar com outra pessoa, mas, após divorciar-se ou enviudar, vier a reatar o noivado com quem, antes, fizera a convenção. Nesse caso, o pacto antenupcial celebrado anteriormente seria aplicável para o novo casamento?

Segundo PONTES DE MIRANDA, o pacto antenupcial não se reconstitui. A escritura pública permanece no Tabelionato, aguardando a celebração do casamento. Como a caducidade se dá no plano da eficácia, haveria pós-eficacização da convenção, porque houve a perda da base negocial, já que o casamento celebrado posteriormente não seria o mesmo daquele que deu causa à lavratura do pacto antenupcial:

¹⁹⁶ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 126.

¹⁹⁷ PONTES DE MIRANDA observa que o pacto deve reger o mesmo casamento entre as mesmas pessoas, porque *as pessoas podem ser as mesmas sem ser o mesmo casamento*, exemplificando que, se nenhuma relação tem o noivado de agora com o do tempo do pacto, uma vez que um dos noivos se casou com outrem e, enviuvado, se vai casar com a pessoa que com ele assinou, outrora, o pacto antenupcial (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial: dissolução da sociedade conjugal. Eficácia jurídica do casamento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. t. 8, p. 261).

¹⁹⁸ BIAZI, João Pedro de Oliveira de. Pacto antenupcial: uma leitura à luz da teoria do negócio jurídico. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, ano 2, nº 1, p. 229-264, 2016.

[...] “os pactos antenupciais caducam se não se lhes segue o casamento. O casamento, a que ele se refere, – é claro; e não outro, ou qualquer casamento. Ainda mais: o mesmo casamento entre as mesmas pessoas; porque as pessoas podem ser as mesmas sem ser o mesmo o casamento, e, g., se nenhuma relação tem o noivado de agora com o do tempo do pacto, uma vez que um dos noivos se casou com outrem e, enviuvado, se vai casar com a pessoa que com ele assinou, outrora, o pacto antenupcial, ou se, roto o noivado por explícita vontade dos noivos, volvem esses a noivar sem o caráter de reconciliação e com outros intuitos de regramento dos bens”, concluindo o jurisconsulto: “Tudo se resolve em questão de interpretação”.¹⁹⁹

Todavia, não se pode desconsiderar que os princípios incidentes sobre os regimes de bens, os quais garantem autonomia para os consortes elegerem o estatuto patrimonial de seu casamento e estabelecerem as regras patrimoniais de seu núcleo familiar. Desse modo, parece que só se pode falar em pós-eficacização das convenções antenupciais se houver vontade declarada das partes nesse sentido, o que exige a informação da existência de pacto antenupcial no ato do casamento.

Dúvida não há quanto à caducidade do pacto sem interferência de qualquer dos nubentes se um deles vier a falecer, casar com terceiro ou sobrevierem outras circunstâncias impeditivas ou suspensivas. Indo além, PONTES DE MIRANDA reforça que os pactos são “livremente revogáveis pelos cônjuges e, até, por um deles, que o denuncie em escritura pública, com ciência do outro, ou judicialmente”.²⁰⁰

Nesse sentido, DÉBORA VANESSA CAÚS BRANDÃO defende a possibilidade de revogação unilateral do pacto, mesmo que ele só gere efeitos após a celebração do casamento. Para tanto, a autora entende que deveria ser feita imediatamente a notificação do outro nubente, porque a boa-fé deve imperar nas relações humanas, razão pela qual impedir que um dos nubentes proceda à revogação ao perceber que determinada cláusula ou o pacto como um todo não lhe é favorável significa perpetuar a injustiça.²⁰¹

No entanto, tal entendimento se mostra excessivo. Como já dito, o pacto antenupcial só se torna eficaz quando realizado o casamento. Enquanto isso não ocorrer, a convenção não gera efeitos jurídicos e pode perfeitamente ser revogada por um pacto antenupcial posterior. Além disso, por ocasião das núpcias, deve haver ratificação das

¹⁹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 2, p. 181.

²⁰⁰ *Idem*, p. 178.

²⁰¹ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regime de bens no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 196.

cláusulas pactícias, bastando que um dos nubentes manifeste sua oposição ao seu conteúdo para que a eleição não seja levada a efeito, diante da natureza jurídica do pacto antenupcial, a exigir uma convergência de vontade entre os seus agentes.

É preciso dizer, ainda, que ROLF MADALENO cogita a hipótese de o pacto antenupcial não ser seguido de casamento, mas de união estável. Para o doutrinador, nesses casos, os pactuantes desejaram estabelecer um regime de bens para sua relação, independentemente da forma como ela foi constituída. Não haveria, portanto, motivos razoáveis para supor que o regime de bens fosse um para o casamento e outro para união estável, tendo pertinência a previsão dos artigos 112 e 170 do Código Civil, o que conduziria o seu aproveitamento como contrato de convivência.²⁰²

Esse, porém, não parece ser o melhor posicionamento a respeito da questão. O pacto antenupcial é ineficaz se não for seguido de casamento, não havendo que se falar em “eficácia imediata do pacto”, porque a ineficácia é decorrência lógica da não celebração. É dizer, portanto, que, para que o pacto antenupcial produza efeitos, é imprescindível a realização do casamento.

A manifestação de vontade para constituição de união estável não se confunde com a de casar, até pela natureza jurídica de ambos os institutos. Deve-se, inclusive, perquirir por que a pessoa mandou lavrar um pacto antenupcial e acabou não casando. Ainda que, para o contrato de convivência, o único requisito seja a forma escrita, deve ser questionado por que os nubentes tiveram a preocupação de mandar lavrar um pacto antenupcial, mas não um contrato de convivência.²⁰³

²⁰² MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 709-710.

²⁰³ Em sentido contrário ao exposto, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento que o pacto antenupcial pode ser aproveitado como contrato de convivência, desde que não haja previsão expressa no documento negando essa possibilidade, conforme se depreende dos precedentes assim ementados, no que aqui importam: “DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. CONVIVÊNCIA EM UNIÃO ESTÁVEL NO PERÍODO ENTRE CASAMENTOS. COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. PACTO ANTENUPCIAL, DURANTE A UNIÃO, PRÉVIO AO SEGUNDO CASAMENTO PELO REGIME DE SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS. VIGÊNCIA IMEDIATA. [...] 1. O regime de bens vigente na constância da união estável durante o período entre os dois casamentos dos litigantes é o da comunhão parcial, caso não haja contrato escrito estabelecendo de forma diversa (art. 1.725 do Código Civil e 5º da Lei nº 9.278/96). 2. O contrato pode ser celebrado a qualquer momento da união estável, tendo como único requisito a forma escrita. Assim, o pacto antenupcial prévio ao segundo casamento, adotando o regime da separação total de bens ainda durante a convivência em união estável, possui o efeito imediato de regular os atos a ele posteriores havidos na relação patrimonial entre os conviventes, uma vez que não houve estipulação diversa. [...] 4. Recurso especial a que se nega provimento, na parte conhecida” (STJ, REsp nº 1.483.863/SP, 4ª Turma, Relª. Minª. Maria Isabel Gallotti, j. em 10.05.2016). No mesmo sentido, “AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. EXISTÊNCIA DE CONTRATO DE CONVIVÊNCIA. [...] 2. O eg. Tribunal de origem concluiu que o

Por fim, é de se dizer que, se o casamento for nulo ou anulado, a convenção prenupcial também o será, ressalvados os efeitos do casamento putativo, até a data da anulação do vínculo conjugal, para o cônjuge ou o casal que tiver agido de boa-fé, já que não pode haver prejuízo de auferir os benefícios do casamento a quem agiu com probidade.²⁰⁴

pacto antenupcial firmado entre os conviventes, além de dispor sobre a escolha do regime da separação total de bens, tratou sobre regras patrimoniais atinentes à própria união estável, extremando o acervo patrimonial de cada um e consignando a ausência de interesse na constituição de esforço comum para formação de patrimônio em nome do casal. 3. Independentemente do *nomen iures* atribuído ao negócio jurídico, as disposições estabelecidas pelos conviventes visando disciplinar o regime de bens da união estável, ainda que contidas em pacto antenupcial, devem ser observadas, especialmente porque atendida a forma escrita, o único requisito exigido. Precedente do STJ. [...] 5. Agravo interno não provido.” (STJ, AgInt no REsp nº 1.590.811/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Lázaro Guimarães, j. em 27.02.2018)

²⁰⁴ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Direito da família*. 4. ed. Lisboa: Livraria Petrony, 1996. v. 1, p. 447.

CAPÍTULO II – REQUISITOS E EFEITOS DA ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS

SEÇÃO I – NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A ideia de mutabilidade do regime de bens sempre foi vista com ressalva pelos juristas brasileiros. Tanto é assim que, em relação aos principais ordenamentos jurídicos, o Brasil foi um dos últimos a manter a irrevogabilidade do estatuto econômico, junto com a Argentina, que alterou o paradigma com a entrada em vigor do Código Civil em 2016, e Portugal, que ainda conserva a tradição da imutabilidade. Antes disso, Espanha, Itália e França já haviam rompido com a imutabilidade, cujas previsões legais acabaram servindo como norte para a mudança brasileira.

O modelo adotado pelo legislador pátrio é de autorização judicial para a mudança do regime de bens. A regra é a inalterabilidade e a mudança, exceção, daí por que é interpretada restritivamente, sendo imposto critério rígido para o deferimento da alteração, especialmente pelo temor dos efeitos que a alteração pode gerar.

A exigência de tantos requisitos para a mudança no curso do casamento é ainda reflexo do apego à tradição e do receio dos efeitos da mudança, o que não está limitado apenas ao âmbito legislativo. Desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002, os Tribunais brasileiros se dedicaram à questão, explicitando pontos que, por conta da objetividade legal, acabaram ficando órfãos de um tratamento mais atento, não raro indo além da previsão legal.

Nem mesmo o tempo foi suficiente para romper com essa concepção restritiva, haja vista que o artigo 734 do Código de Processo Civil, passada mais de uma década desde que a possibilidade de mutação do regime de bens tornou-se uma realidade no Direito brasileiro, ampliou ainda mais o vasto rol de exigências para a mudança que já constavam do artigo 1.639, § 2º, do Código Civil, muitas vezes tornando uma exigência legal posicionamento superado jurisprudencialmente.

Nesse contexto, é imperiosa a análise crítica dos requisitos legais, bem como os efeitos que a alteração de regime de bens acarretará ao par entre si e a eventuais terceiros que mantenham vínculo jurídico com os consortes.

Por isso, neste capítulo, será estudada a mutabilidade do regime de bens propriamente dita, que tem provocado profundas discussões no campo doutrinário e jurisprudencial. Para tanto, será enfrentado o caminho trilhado por nosso ordenamento, que superou o princípio da irrevogabilidade do regime de bens, atingindo a mutabilidade do regime de bens, autorizada pelo artigo 1.639, § 2º, do Código Civil de 2002, desde que cumpridos os requisitos previstos pelo legislador e, quando não, exigidos por nossos Tribunais, os quais serão igualmente analisados de forma crítica nesta parte do trabalho. A matéria receberá, ainda, um enfoque da experiência estrangeira, no intuito de preencher as lacunas deixadas por nosso legislador.

SEÇÃO II – REQUISITOS

Como já se disse, o Brasil adotou um regime de alteração justificada do regime de bens, a fim de que a mudança do regime de bens fosse um ato meditado pelos cônjuges e, ao mesmo tempo, não viesse a prejudicar os direitos de terceiros interessados. Pode-se dizer que, dentre os ordenamentos jurídicos que adotam o modelo da mutabilidade do regime de bens, a legislação brasileira é uma das mais exigentes acerca do preenchimento dos requisitos legais, dado o temor de prejuízo que a mudança pode acarretar tanto entre o casal quanto em relação a terceiros.

Nesse contexto, é mister a análise dos requisitos legais da alteração do regime de bens, conforme se passa a expor.

a) Mútuo consentimento

Ao autorizar a mudança do regime de bens, o legislador do Código Civil de 2002, posteriormente seguido pelo legislador do Código de Processo Civil de 2015, previu o mútuo consentimento como um dos requisitos para a mudança. Isso significa que o pedido de modificação deve ser formulado por ambos os cônjuges, os quais devem manifestar expressamente sua concordância com a alteração, o que está em consonância com a natureza negocial da eleição do regime de bens.

De maneira acertada, a doutrina nacional consolidou o entendimento quanto à impossibilidade de o pedido ser deduzido por apenas um dos cônjuges.²⁰⁵ Isso não poderia ser diferente, tendo em vista a natureza jurídica do pacto antenupcial.

Se a escolha do estatuto patrimonial do casamento ocorreu pela convergência de vontades, não cabe a um dos consortes impor ao outro a mudança para um estatuto patrimonial diverso daquele pactuado. Deve, por isso, em caso de discordância quanto à modificação, ser mantido o acordo originário, já que “apenas a lei pode impor um regime e o faz por causas entendidas justas pelo legislador”.²⁰⁶

Reforçando a eficácia vinculante das relações contratuais, o Supremo Tribunal Federal, no ano de 1992, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 493,²⁰⁷ firmou posicionamento no sentido de que “o conteúdo da convenção que as partes julgaram conveniente, ao contratar, é definitivo. Unilateralmente, não é jurídico entender que uma das partes possa modificá-lo”. Tal visão é perfeitamente aplicável aos pactos antenupciais e privilegia a autonomia privada dos contratantes, aplicável à esfera patrimonial do Direito de Família.

Como possui natureza negocial, o pacto antenupcial se submete ao princípio *pacta sunt servanda*. Uma vez perfectibilizada, a avença tem efeito de lei entre as partes, devendo ser cumprida até a sua extinção. Os nubentes têm a prerrogativa de exigir entre si o cumprimento das obrigações assumidas, só podendo ocorrer a sua alteração por convergência de vontades das partes envolvidas.²⁰⁸

Se não houver consenso, bem como manifestação livre e inequívoca quanto à conveniência da alteração do regime de bens por ambos, é vedada a modificação,

²⁰⁵ Em sentido contrário, DÉBORA VANESSA CAÚS BRANDÃO defende a possibilidade excepcional de suprimimento do consentimento de um dos cônjuges para a alteração do regime de bens, “quando ficar evidenciada a hipótese de o cônjuge não estar de acordo com a alteração por capricho pessoal, trazendo sérios prejuízos à família” (BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regime de bens no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 113).

²⁰⁶ BARBOZA, Heloísa Helena. Alteração do regime de bens e o art. 2.039 do Código Civil. *Anais – IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

²⁰⁷ Eis a ementa, no que aqui importa: “Ação direta de inconstitucionalidade. – Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado. – O disposto no artigo 5, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do STF – Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido. [...]” (STF, ADI nº 493, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 25.06.1992)

²⁰⁸ CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. A mutabilidade do regime de bens no casamento. Dissertação (Mestrado em Direito). Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2006.

permanecendo o estatuto patrimonial do casamento exigível entre os consortes. Essa realidade reflete o viés negocial do pacto antenupcial: se os acordos só podem ser revistos em casos excepcionais, a modificação do pacto antenupcial não é mais facilitada do que nas demais espécies negociais.

Muito pelo contrário, a alteração do regime de bens é ainda mais dificultosa do que outro negócio jurídico qualquer, em razão de o pacto antenupcial ser um negócio jurídico de família, o que importa reconhecer que a liberdade dos cônjuges é mais restrita, justificada pelo fato de sua origem decorrer da constituição de um núcleo familiar, passível de especial proteção estatal. A autonomia, que, via de regra, os nubentes possuem ao escolher o regime de bens, não se estende irrestritamente à possibilidade de alteração de suas cláusulas durante a convivência *more uxorio*, porque a família já está formada, além de se presumir que os consortes contrataram com terceiros ao longo da vida comum.

Ademais, a participação de ambos os cônjuges no procedimento garante segurança jurídica ao próprio casal. Se não elide, a manifestação inequívoca de vontade ao menos diminui a possibilidade de alegações de vício de consentimento. Veja-se que o artigo 734 do Código de Processo Civil determina que ambos os cônjuges firmem a inicial do pedido de alteração do regime de bens, por se tratar de procedimento de jurisdição voluntária, a exigir a dupla manifestação direta, junto ao advogado e procurador.²⁰⁹

Isso inclusive justifica que, caso haja qualquer dúvida a respeito de possível comprometimento cognitivo de um dos consortes, sejam produzidas provas que demonstrem seu amplo discernimento, a fim de evitar que futuramente a validade do negócio jurídico seja maculada por defeito na vontade de um deles.

A exigência de mútuo consentimento para a mudança do regime de bens não pode ser relativizada por analogia ao suprimento de outorga conjugal, previsto no artigo 1.648 do Código Civil, para a prática dos atos mencionados no artigo antecedente, em casos de recusa imotivada.

Os atos passíveis de suprimento de outorga tiveram sua validade condicionada pelo legislador à concordância do outro como forma de preservação patrimonial e, assim, garantir o sustento da família, uma vez que podem implicar a redução no patrimônio

²⁰⁹ GUEDES, Jefferson Carús. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 719 ao 770*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 362. v. 11.

comum.²¹⁰ Tanto é assim que, no julgamento do Recurso Especial nº 1.061.373, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser irrelevante a ausência de outorga conjugal no caso de o aluguel afiançado ter beneficiado a unidade familiar.²¹¹

Nenhuma relação com isso guarda a alteração do regime de bens, diante do caráter bilateral personalíssimo da escolha do regime de bens, o que não torna o consentimento exigido passível de suprimento. Porque a escolha do estatuto patrimonial é estabelecida de comum acordo entre os nubentes, exsurge, a partir da lavratura da escritura pública de pacto antenupcial sucedida por matrimônio válido, o direito à manutenção do regime de bens.

Na hipótese de recusa ou falta de participação no pedido de mudança do regime de bens, o ato jurídico será inexistente, porque ausente a manifestação de vontade de um dos pactuantes. A mudança unilateral é carente de um dos requisitos do negócio jurídico, portanto.

Da mesma forma, como, no plano da validade, exige-se a presença de agente capaz para realização de negócio jurídico, não há como se admitir que a pessoa portadora de deficiência possa requerer buscar a alteração do regime de bens, ainda que o pedido seja assistido por seu curador e o procedimento conte com a intervenção do Ministério Público.

A razão é simples: a escolha do regime de bens é direito personalíssimo dos cônjuges, já que se trata do efeito patrimonial do casamento.²¹² Na esteira do que se disse

²¹⁰ Nesse sentido, JOSÉ FERNANDO SIMÃO destaca as razões pelas quais, na codificação anterior, era exigida a outorga conjugal, mantida pelo Código Civil de 2002: “o artigo 235 do Código Civil de 1916 era absolutamente taxativo em impedir que os cônjuges, qualquer que fosse o regime de bens por eles adotado, alienassem, hipotecassem ou gravassem com ônus reais bens imóveis, sem a vênua do outro. A doutrina explicava tal regra sob o prisma de que os bens imóveis, chamados de bens de raiz, em razão de seu sempre alto valor econômico, significam verdadeira fonte de renda à família. Portanto, a idéia de se impedir a alienação ou hipoteca de tais bens sem a outorga conjugal, tinha por objetivo a proteção da família” (SIMÃO, José Fernando. *A Lei do Inquilinato e o novo Código Civil II: questões polêmicas – a vênua conjugal*. Disponível em: <http://professorsimao.com.br/artigos_simao_a_%20lei_do_inquilinato_02.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017).

²¹¹ Eis a ementa, no que aqui importa: “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FIANÇA. CONTRATO DE LOCAÇÃO. AUSÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA. IRRELEVÂNCIA NO CASO, EM FACE DE A GARANTIA TER BENEFICIADO O CASAL. DISSIDÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONHECIDA. SÚMULA 83/STJ. NULIDADE DO ACÓRDÃO NÃO CONFIGURADA. [...] 2. Peculiaridades do caso concreto que afastam o entendimento da Súmula 332/STJ. Além de o recorrente ter conhecimento da garantia, obteve proveito da locação, utilizando-se do imóvel para administrar a sua própria empresa. Incidência da Súmula 7/STJ. 3. A orientação predominante nesta Corte é no sentido de que a impenhorabilidade prevista na Lei nº 8.009/90 não se estende ao imóvel do fiador, em razão da obrigação decorrente de pacto locatício. [...] 5. Agravo regimental a que se nega provimento” (STJ, AgRg no REsp nº 1.061.373/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, j. em 07.02.2012)

²¹² Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA assevera que a expressão “regime matrimonial de bens” é acertada porque o casamento é “o ponto e o elemento determinantes da lei que decide da propriedade, do gôzo,

supra, a liberdade da escolha do regime de bens é decorrência do princípio da autonomia privada, prerrogativa exclusiva dos cônjuges, não de eventual curador.

Ainda que o artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência disponha que a abrangência da curatela se limite aos direitos de natureza patrimonial e negocial, a decisão a respeito da escolha do regime de bens do casamento, pela natureza jurídica dos institutos em questão, ultrapassa o âmbito do *munus* público da curatela.²¹³ Admitir essa possibilidade importaria a alteração do regime de bens por intermédio de terceiro.²¹⁴⁻²¹⁵

uso e fruto e da administração dos bens que tocam aos cônjuges. São dois sujeitos que direito que se encontram e passam a seguir juntos” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 2, p. 128).

²¹³ Para PONTES DE MIRANDA, a natureza do casamento impede que ele seja contraído por decisão de terceiro (idem, p. 201), o que inclui a escolha do regime de bens, com o que concorda ARNALDO RIZZARDO (RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 24). No entanto, com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a discussão ganhou novo colorido ao se garantir ao portador de deficiência a capacidade para casar, além de tornar desnecessário o assentimento do curador para o casamento e prescindíveis os poderes especiais do curador ou representante, autorizando que vontade do nubente se dê por meio de seu responsável ou curador. No entanto, se o portador de deficiência não pode manifestar sua vontade perante a autoridade celebrante do casamento, não poderia tê-la manifestado ao seu curador, não se mostrando idônea a manifestação de vontade externada pelo curador sem poderes especiais para tal fim (LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. *A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 192-193). Nesse sentido, JOSÉ FERNANDO SIMÃO defende que a presunção de validade da vontade manifestada pelo curador contraria a pessoalidade do casamento, além de permitir fraudes perpetradas pelo casamento decorrente apenas da vontade do curador, sugerindo uma interpretação restritiva do artigo 1.550, § 2º, do Código Civil (SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2)*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>>. Acesso em: 20 out. 2016). Para VIVIANE CRISTINA DE SOUZA LIMONGI, o casamento celebrado por terceiro sem poderes especiais para tanto é inexistente, servindo a relativização da exigência de manifestação da vontade do nubente, com sua substituição pelo consentimento do curador para a insegurança jurídica (LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. *A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 193) No tocante ao casamento realizado por pessoa portadora de deficiência, ainda que não tenha havido previsão no Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao prever a possibilidade de casamento de pessoa incapaz, deveria o legislador determinar a incidência do regime da separação obrigatória de bens, pois, se o ordenamento jurídico afirma vulnerabilidade em relação ao idoso – o que é altamente controvertido, como visto no item a.1 do capítulo I, *supra* –, protegendo-o de interesses meramente patrimoniais, mais justificável é a salvaguarda de alguém com deficiência mental, diante de sua vulnerabilidade e da necessidade de preservação de seu patrimônio (LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. *A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 195).

²¹⁴ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; PAIVA, Francisca Juliana Castello Branco Evaristo de. A disciplina da mutabilidade do regime de bens no direito civil brasileiro: conciliação entre exercício da autonomia privada dos cônjuges e visão institucionalista do casamento. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 42, nº 139, p. 87-112, dez. 2015.

²¹⁵ Esse, porém, não é o entendimento do Ministério Público de São Paulo, conforme se extrai da leitura do artigo 235, inciso III, do “Manual de Atuação do Ministério Público de São Paulo”, no qual assim consta: O Promotor de Justiça deve intervir: [...] III – nas ações de mudança de regime de bens, se houver interesse de incapaz, devendo ser solicitadas certidões dos requerentes junto à Justiça Federal, Estadual, Trabalhista e Cartório de Protestos.

Como solução intermediária à questão do mútuo consentimento, DÉBORA GOZZO defende a possibilidade de um dos cônjuges ajuizar a ação de alteração do regime de bens denunciando a lide ao outro, a fim de se afastar a carência de ação.²¹⁶⁻²¹⁷

O posicionamento tem eco na legislação estrangeira. Basta ver que o artigo 1.767º e seguintes do Código Civil português²¹⁸ autorizam que o cônjuge possa requerer em juízo a separação judicial de bens, quando seu patrimônio estiver em risco pela má administração do outro.²¹⁹ Isso, aliás, pode ser visto como uma exceção ao princípio da imutabilidade do regime de bens, vigente no Direito lusitano, porquanto a sociedade conjugal permanece hígida, alterando-se o regime de bens para proteger os interesses de um dos cônjuges. Idêntica figura é encontrada na França²²⁰ e na Espanha.²²¹

²¹⁶ GOZZO, Débora. Patrimônio no casamento e na união estável. In: *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 146.

²¹⁷ No Projeto do Código Civil de 1916, constou a possibilidade de haver alteração do regime de bens de maneira excepcional quando houvesse renúncia à comunhão (artigo 301), nas hipóteses em que, a pedido da mulher, fosse verificado que a sua continuidade seria prejudicial (artigo 313), perdendo ela todos os direitos aos bens comuns, mas, por outro lado, desobrigando-se das dívidas do casal, salvo anteriores ao casamento ou contraídas na qualidade de comerciante autorizada pelo marido (artigo 314). Nessa última hipótese, poderia oferecer, em pagamento, bens do casal não sujeitos a credores preferentes.

²¹⁸ “Artigo 1.767º. Fundamento da separação. Qualquer dos cônjuges pode requerer a simples separação judicial de bens quando estiver em perigo de perder o que é seu pela má administração do outro cônjuge. Artigo 1.768º. Carácter litigioso da separação. A separação só pode ser decretada em acção intentada por um dos cônjuges contra o outro. Artigo 1.769º. Legitimidade. 1. Só tem legitimidade para a acção de separação o cônjuge lesado ou, estando ele interdito, o seu representante legal, ouvido o conselho de família. 2. Se o representante legal do cônjuge lesado for o outro cônjuge, a acção só pode ser intentada, em nome daquele, por algum parente na linha recta ou até ao terceiro grau da linha colateral. 3. Se o cônjuge lesado estiver inabilitado, a acção pode ser intentada por ele, ou pelo curador com autorização judicial. Artigo 1.770º. Efeitos. Após o trânsito em julgado da sentença que decretar a separação judicial de bens, o regime matrimonial, sem prejuízo do disposto em matéria de registo, passa a ser o da separação, procedendo-se à partilha do património comum como se o casamento tivesse sido dissolvido; a partilha pode fazer-se extrajudicialmente ou por inventário judicial.”

²¹⁹ ANTUNES VARELA ensina que a separação judicial de bens “cobre situação institucionalizada de crise menos grave na sociedade conjugal. Um dos cônjuges recebe fundamentalmente a perda ou ruína do seu patrimônio, por causa da má administração do outro. E requer, para evitar a consumação do perigo, a completa separação dos seus bens”. Prossegue o jurista lusitano na conceituação do instituto: “É uma crise em certo sentido *epidérmica* ou superficial que, ficando pela crosta patrimonial do casamento, não atinge declaradamente a profundidade das relações pessoais entre os cônjuges”. Assim, fica fácil concluir que se diferencia da separação judicial brasileira, denominada no Direito português como “separação judicial de pessoas e bens” porque a vida em comum permanece intacta, sem alteração de direitos e deveres conjugais, havendo solução de continuidade apenas com relação aos bens (ANTUNES VARELA, João de Matos. *Direito da família*. 4. ed. Lisboa: Livraria Petrony, 1996. v. 1, p. 536-537).

²²⁰ “Article 1.443. Si par le désordre des affaires d'un époux, sa mauvaise administration ou son inconduite, il apparaît que le maintien de la communauté met en péril les intérêts de l'autre conjoint, celui-ci peut poursuivre la séparation de biens en justice.” Em tradução livre, “Artigo 1.443. Qualquer um dos cônjuges poderá solicitar judicialmente a separação de bens quando, devido à gestão desordenada de seus assuntos com sua má administração ou má conduta, a manutenção da comunhão comprometer os interesses do outro.”

A questão é de todo relevante. Imagine-se uma situação hipotética em que um dos cônjuges é empresário e se casou pelo regime da comunhão universal de bens, passando a enfrentar o óbice legal para o exercício de sua atividade empresarial previsto no artigo 977 do Código Civil, daí se mostrando razoável a regularização de sua situação para exercício de sua atividade empresária. O outro cônjuge, porém, nega-se a anuir com o pedido de alteração do regime de bens, o que torna a continuidade do casamento e o exercício da atividade profissional situações conflitantes entre si. A solução seria o divórcio ou o encerramento da atividade empresarial. Porém, seria isso razoável?

Conforme já exposto, o Direito brasileiro reconhece aos cônjuges a garantia de manter o regime de bens originalmente escolhido por ambos, não sendo reconhecido o instituto da separação judicial de bens. A título ilustrativo, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação Cível nº 70056963481, entendeu pela impossibilidade jurídica do pedido formulado unilateralmente, o que, no caso em concreto, foi agravado pelo fato de o pedido ter sido deduzido após o decreto de divórcio do casal,²²² quando o regime de bens foi extinto.

²²¹ “Artículo 1.393. También concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales, a petición de uno de los cónyuges, en alguno de los casos siguientes: 1.º Haber sido el otro cónyuge judicialmente incapacitado, declarado pródigo, ausente o en quiebra o concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia. Para que el Juez acuerde la disolución bastará que el cónyuge que la pidiere presente la correspondiente resolución judicial. 2.º Venir el otro cónyuge realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad. 3.º Llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar. 4.º Incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas.” Em tradução livre, “Artigo 1.393. Também extinguirá, por decisão judicial, a comunhão parcial, a pedido de um dos cônjuges, em qualquer dos seguintes casos: 1. Ter sido o outro cônjuge judicialmente declarado incapacitado, pródigo, ausente, insolvente ou condenado por abandono de família. Para que o juiz possa concordar com a dissolução, basta que o cônjuge que o solicite apresente a correspondente sentença judicial. 2. Venha o outro cônjuge realizando por si só atos dispositivos ou de gestão patrimonial que impliquem fraude, dano ou perigo para os direitos do outro na sociedade. 3. Estar separado de fato há mais de um ano por acordo mútuo ou por abandono do lar. 4. Incorrer grave e reiteradamente o dever de informar sobre o desempenho de suas atividades econômicas.”

²²² Eis a ementa, no que aqui importa: “APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS. IMPOSSIBILIDADE. CASAL JÁ DIVORCIADO. 1. EXTINÇÃO DO FEITO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. A ação de alteração de regime de bens foi ajuizada depois do decreto judicial de divórcio, estando em tramitação processo para julgar a partilha patrimonial. É clara a legislação quanto ao fato de o divórcio encerrar, em definitivo, a sociedade conjugal (art. 1.571 do CCB) sendo que a previsão posta no § 2º do art. 1.639 do Código Civil institui a possibilidade de alteração do regime de bens na vigência do casamento. É expressa a norma no sentido de que a pretensão de alteração de regime exige pedido de ambos os cônjuges (§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros). E, no caso, não há pleito de ambos, mas somente do varão, e eles não são mais cônjuges um do outro. Configurada está, assim, a impossibilidade jurídica do pedido. E sem que se tenha transposto o requisito das condições da ação, não poderia a em. Magistrada adentrar na análise dos fundamentos trazidos pelo apelante para embasar sua ação. [...]” (TJRS, Apelação Cível nº 70056963481, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. em 28.11.2013).

Cogitar a viabilidade de pedido unilateral de alteração do regime de bens importa desconsiderar a natureza negocial do pacto e desrespeita o ato jurídico perfeito, já que “estaria sendo violado o anterior ajuste, em prejuízo do outro cônjuge, que assentira com um termo do contrato e, posteriormente, vem a enfrentar pedido de mudança por iniciativa unilateral do requerente”.²²³

Igualmente há de se ponderar ser curioso que um cônjuge formule pedido judicial de tal natureza, com reflexos na esfera patrimonial do outro, sem previamente discutir a questão com o seu par. A propositura unilateral do pedido forneceria elementos, ao menos indiciários, de litígio e de ruptura do *affectio maritalis*, afrontando a previsão legal que exige o mútuo consentimento para a transmutação do regime de bens.²²⁴

Veja-se que o legislador italiano adotou uma das formas mais liberais de alteração do regime de bens de que se tem conhecimento. Ainda assim, tomou como requisito para a alteração a anuência de ambos os consortes ao pedido modificativo.²²⁵

Por fim, há quem defenda que a alteração do regime de bens deva contar com o consentimento de todas as partes que participaram do pacto antenupcial, segundo se nota em algumas legislações, como a espanhola.²²⁶ Nessa linha, J. M. CARVALHO SANTOS refere que o pai que doou à filha pensando que ela se casaria sob um regime de bens poderia não doar se o regime de bens fosse outro, o que justificaria a necessidade de sua intervenção ou a renúncia ao benefício que auferiram do terceiro, mandando lavrar novo pacto, sem qualquer referência ao anterior.²²⁷⁻²²⁸

²²³ OLIVEIRA, Euclides de. Alteração do regime de bens no casamento. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2006. p. 397. v. 1.

²²⁴ Não se pode considerar o divórcio como uma via unilateral de alteração do regime de bens, porque, nesse caso, há a extinção do vínculo conjugal. Se posteriormente houver segundo casamento com o mesmo consorte, trata-se de novo vínculo e, portanto, um novo regime de bens. Ainda que os efeitos práticos possam ser semelhantes, o que é citado como argumento para que a alteração não seja dificultada pelos operadores do Direito, não há que se falar em alteração do regime de bens nessa hipótese, porque o casamento não é o mesmo.

²²⁵ TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 44. ed. Padova: CEDAM, 2009. p. 386-387.

²²⁶ “Artículo 1331. Para que sea válida la modificación de las capitulaciones matrimoniales deberá realizarse con la asistencia y concurso de las personas que en éstas intervinieron como otorgantes si vivieren y la modificación afectare a derechos concedidos por tales personas.” Em tradução livre, “Artigo 1.331. Para que seja válida, a modificação do pacto antenupcial deverá ser realizada com a assistência e o concurso das pessoas que nele intervirem como outorgantes se forem vivas e a modificação afetar a direitos concedidos por tais pessoas”.

²²⁷ CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código civil brasileiro interpretado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. p. 306-307. v. 4.

Entretanto, como já se defendeu anteriormente, a natureza do pacto antenupcial é a escolha, somente pelos nubentes, do regime de bens aplicável ao casamento, daí por que, como observam FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, a imutabilidade não abrange outros negócios jurídicos, como as doações antenupciais, constantes do pacto antenupcial.²²⁹

DÉBORA GOZZO defende que, se o genitor que doou não concorda com a alteração do regime de bens, não tem meios de se insurgir, diante da impossibilidade de revogação da doação antenupcial,²³⁰ pois é defeso que ela sirva de limitação à liberdade de instituição familiar, até porque é vedada a interferência externa na organização familiar, nos termos do artigo 1.513 do Código Civil. Ademais, a doação antenupcial independe de aceitação²³¹ se feita em favor de nubente certo e determinado, além de não ser revogável por ingratidão²³², o que enfraquece a tese de necessidade de interveção dos doadores.

Por outro lado, a referida autora afirma que só caberia a revogação se não houvesse casamento, porque isso descaracterizaria a doação antenupcial.²³³ Contudo, sendo as doações antenupciais condicionadas à celebração do casamento, elas se resolvem se as núpcias se realizarem, motivo pelo qual é desnecessária a sua revogação.²³⁴

Da mesma forma, a legislação brasileira não autoriza a participação de filhos no procedimento de mudança de regime de bens no casamento, porque isso não afeta diretamente seus direitos. Apesar de sua descendência, a prole é estranha ao regime de

²²⁸ É oportuno observar que a lição do doutrinador dizia com a alteração do estatuto patrimonial do casamento antes da celebração do casamento, já que, na época da edição da obra em questão (1953), o regime de bens era imutável, questão que não se mostra relevante neste momento do estudo, uma vez que o cerne é a modificação do pacto e a necessidade de anuência de terceiros que manifestaram sua vontade em relação, ainda que indireta, ao conteúdo do pacto antenupcial, pouco importando se antes ou depois das núpcias.

²²⁹ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de direito da família*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 495. v. 1.

²³⁰ GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 119.

²³¹ Segundo PAULO LUIZ NETTO LÔBO, a dispensa de aceitação na doação antenupcial se justifica “na tradição do legislador de *favor matrimonii*” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Código Civil: parte especial: das várias espécies de contrato: da compra e venda; da troca ou permuta; do contrato estimatório; da doação* (arts. 481 a 564). Antonio Junqueira de Azevedo (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6, p. 319).

²³² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Código Civil: parte especial: das várias espécies de contrato: da compra e venda; da troca ou permuta; do contrato estimatório; da doação* (arts. 481 a 564). Antonio Junqueira de Azevedo (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6, p. 320.

²³³ GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 119.

²³⁴ WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 102.

bens, conforme entendeu a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 70068172204.²³⁵

Dessarte, é imprescindível a concordância de ambos os cônjuges – e somente eles – com o pedido modificativo, tendo em vista ser-lhes assegurado o direito de manter o regime de bens, sob pena de afronta ao direito do outro consorte de exigir o adimplemento do regime de bens adotado por ocasião do matrimônio, ao qual ambos se vincularam. Diferentemente de algumas experiências estrangeiras e por mais ponderáveis que argumentos em sentido contrário possam parecer, no ordenamento jurídico brasileiro, inexistente meio jurídico a forçar uma mudança no estatuto patrimonial do casamento pela vontade unilateral de um dos consortes, pois não é reconhecida a alteração compulsória do regime de bens, em processo litigioso, para tentar vencer a resistência do cônjuge demandado.²³⁶

b) Pedido motivado

O legislador do Código Civil de 2002 previu a necessidade de o pedido de alteração judicial ser motivado por ambos os cônjuges. Assim, por expressa previsão legal, as razões que levaram ao pedido de modificação do regime matrimonial devem passar pelo crivo judicial, podendo o juiz entender pela sua insuficiência.

A exigência é polêmica, sobretudo porque essa motivação prevista em lei se reveste da forma de um conceito indeterminado. A divisão a respeito do tema é manifesta.

De um lado, sustenta-se a obrigatoriedade da análise das causas que levaram ao requerimento judicial da alteração do regime de bens, não tendo a simples vontade dos cônjuges força para justificar a modificação. De outro, defende-se que a justificativa pode

²³⁵ Eis a ementa do referido julgado: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. PRETENSÃO DE EXPLICITAÇÃO DE NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 377 DO STF, PARA FINS DE OBSERVÂNCIA DA INCOMUNICABILIDADE. INDICAÇÃO DO NOME E ENDEREÇO DOS FILHOS COMUNS. DESNECESSIDADE. Desnecessária a indicação do nome e endereço dos filhos comuns dos litigantes, uma vez que, em caso de procedência do pedido de alteração do regime de bens, decorre de lei a preservação dos direitos de terceiros (art. 1.639, § 2º, do CC). AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO” (TJRS, AI nº 70068172204, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. em 14.04.2016)

²³⁶ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 721.

ser o mero desejo dos consortes, já que, na época em que o elegeram, salvo casos excepcionais, tinham ampla liberdade de escolha.²³⁷

FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA apontam que os motivos, típicos²³⁸ e atípicos, para alteração não são universais, razão pela qual o que leva os cônjuges a pretenderem alterar o regime de bens, total ou parcialmente, deve ser considerado legítimo e específico ao seu caso particular. Desse modo, o respeito à autonomia privada, fora de colisão com valores pessoais e interesses públicos, de organização matrimonial e de proteção da família, deve abonar a pretensão, sendo qualquer restrição à liberdade negocial encarada como exceção, a ser fundamentada.²³⁹

No Direito francês, a alteração deve estar pautada no *interesse da família*, conceito de caráter indeterminado que autoriza o magistrado a perquirir os motivos do pedido. Razões que toquem exclusivamente a um dos cônjuges podem, portanto, não ser suficientes para a alteração. Assim o é não só porque é possível que o magistrado investigue se eventual modificação não acarretará prejuízo a um dos integrantes do par, mas também porque os filhos maiores e terceiros que eventualmente tenham participado da celebração do pacto antenupcial deverão ser pessoalmente intimados a respeito da pretensão de alteração, manifestando sua concordância ou não.²⁴⁰

²³⁷ Há quem sustente até mesmo a inconstitucionalidade da exigência do pedido motivado, constante do artigo 1.639, § 2º, do Código Civil e do artigo 734, § 2º, do Código de Processo Civil (MOREIRA, José Cláudio Domingues; CANELLAS, Cristiane Maria da Costa; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Inconstitucionalidade da exigência de apresentação das razões dos cônjuges como uma das condições para a mutabilidade do regime de bens. *Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Jose Arthur Boiteux, 2006).

²³⁸ Os autores dividem as razões típicas para a alteração em três grupos: no primeiro, encontram-se os casais mais velhos cuja proteção sucessória é mais fraca e precisam, por isso, alterar o regime para a comunhão universal, garantindo ao sobrevivente um amplo direito de meação; no segundo, estão os casais novos que se deparam com a intenção de um dos cônjuges de iniciar uma profissão economicamente arriscada, sem querer comprometer os bens comuns e o patrimônio exclusivo do outro ou, então, quando um dos cônjuges tem filhos anteriores ou fora do casamento e deseja separar o patrimônio; no terceiro grupo, estão os casais que, antevendo uma separação de fato, desejam alterar o regime para facilitar os arranjos pós o rompimento de fato (COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de direito da família*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 1, p. 497).

²³⁹ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de direito da família*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 1, p. 498.

²⁴⁰ CORNU, Gérard. *Les régimes matrimoniaux*. 9. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1997. p. 194. No entanto, o próprio autor defende que o interesse da família pode ser o interesse de um de seus membros, se não representar um sacrifício excessivo para os demais (CORNU, Gérard. *Les régimes matrimoniaux*. 9. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1997. p. 205).

Por outro lado, no Direito italiano, não é exigida qualquer justificativa, sendo suficiente o desejo dos cônjuges e a publicidade do ato,²⁴¹ preferência legal igualmente seguida pelo legislador do Código Civil argentino, em seu artigo 449.²⁴²

No Direito brasileiro, embora não tenha sido seguida a tendência italiana, o legislador não previu um padrão para a justificativa do pedido modificativo, mas também não exigiu a comprovação de que a mudança atenderia ao interesse da família, como ocorre na França. O cerne da questão está, pois, em se definir até que ponto a vida familiar deve ser exposta para o deferimento do pedido.

Atualmente, percebe-se, no âmbito jurisprudencial, certa mitigação do requisito de indicação das causas que levaram ao pedido modificativo, o que “veio em boa hora, pois são os cônjuges aqueles que têm a melhor consciência sobre os embaraços que o regime de bens adotado pode gerar em sua vida cotidiana”.²⁴³ Esse movimento jurisprudencial, porém, não foi acompanhado pelo legislador processualista, que manteve expressamente a exigência do pedido motivado para a mudança do regime de bens.

Normalmente, os motivos mais utilizados pelos cônjuges são a superação de causa suspensiva do casamento, que impôs aos consortes o regime da separação obrigatória de bens, e a vedação à constituição de sociedade comercial entre cônjuges casados pela comunhão universal, nos termos do artigo 977 do Código Civil. Ainda, as dificuldades práticas na rotina e no arranjo familiar, os riscos da atividade profissional de cada um dos consortes e a escolha, por estrangeiro naturalizado brasileiro, no ato de naturalização, do regime supletivo não raro são utilizados como justificativa do pleito. No entanto, as razões admitidas certamente não se esgotam nesse rol.

²⁴¹ TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 44. ed. Padova: CEDAM, 2009. p. 386.

²⁴² “Artículo 449. Modificación de régimen Después de la celebración del matrimonio, el régimen patrimonial puede modificarse por convención de los cónyuges. Esta convención puede ser otorgada después de un año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública. Para que el cambio de régimen produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio. Los acreedores anteriores al cambio de régimen que sufran perjuicios por tal motivo pueden hacerlo declarar inoponible a ellos en el término de un año a contar desde que lo conocieron”. Em tradução livre, “Artigo 449. Modificação de regime. Depois da celebração do matrimônio, o regime patrimonial pode modificar-se por convenção dos cônjuges. Esta convenção pode ser outorgada depois de um ano de aplicação do regime patrimonial, convencional ou legal, mediante escritura pública. Para que a mudança de regime produza efeitos contra terceiros, deve anotar-se na margem da certidão de casamento. Os credores anteriores à mudança do regime que sofram prejuízos por tal motivo podem fazer declarar a inoponibilidade a eles no fim de um ano a contar de quando tiveram conhecimento da mudança.”

²⁴³ TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1251.

Segundo CLAYTON REIS, o pedido justificado tem razão de ser porque “não deve, certamente, atender apenas aos seus interesses eminentemente pessoais. Está em jogo o interesse de terceiros, da sociedade, de outras pessoas que se sobrepõem aos individuais dos cônjuges”. A motivação teria, portanto, o condão de justificar a quebra do princípio da imutabilidade.²⁴⁴

Esse entendimento, porém, merece ser visto com cautela: primeiro, porque não se verifica o interesse da sociedade na questão patrimonial de um casamento específico, sobretudo porque os interesses de terceiros juridicamente interessados está protegido; segundo, porque não se pode desconsiderar que a justificativa declinada poderia não corresponder, de fato, à real intenção das partes. Ela não é vinculante e, podendo ser altamente subjetiva, prescindiria de profunda comprovação.

PAULO LÔBO igualmente adota uma postura de certa forma intervencionista quanto à alteração do regime de bens ao defender que a motivação apresentada pelos cônjuges no pedido deverá ser relevante, não apenas relegada ao alvitre do casal. Para o doutrinador, o juiz deve levar em consideração a idade dos consortes ao se casarem – e uma presumida imaturidade para tomada de decisão –, assim como que a mudança pode significar a superação de um obstáculo na vida conjugal, que, ao fim e ao cabo, poderá assegurar a manutenção do casamento. Sugere, ainda, que haja especial cuidado quando apenas um dos cônjuges tiver vida econômica própria ou quando forem desproporcionais os níveis de renda de cada um.²⁴⁵

No mesmo sentido, para EUCLIDES DE OLIVEIRA, “a motivação do pedido, circunscrita ao interesse comum dos cônjuges, há de ser exposta ao juiz e devidamente comprovada”. No entanto, o jurista pondera que não deve haver rigor ou extremado formalismo, pois as circunstâncias motivadoras dentro do âmbito familiar variam, devendo a exposição das razões pessoais dos cônjuges ser suficiente para exame e decisão dentro dos critérios da razoabilidade.²⁴⁶

Para FRANCISCO JOSÉ CAHALI, o juiz deve verificar se a pretensão modificativa resguarda os interesses da família, devendo rejeitá-la se houver prejuízo a qualquer um dos

²⁴⁴ REIS, Clayton. A mudança do regime de bens no casamento em face do novo Código Civil brasileiro. *Revista brasileira de Direito de Família*, v. 5, nº 20, p. 5-19, out.-nov., 2003.

²⁴⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 323.

²⁴⁶ OLIVEIRA, Euclides de. Alteração do regime de bens no casamento. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2006. v. 1, p. 393.

integrantes do núcleo familiar. Para tanto, entende ser viável que as partes sejam ouvidas pelo magistrado para apreciação das razões para o pedido. Tal entendimento, porém, não se mostra acertado, na medida em que a questão se restringe aos interesses dos cônjuges, não havendo motivo para se perquirir a respeito de qualquer direito de outros familiares, sejam eles herdeiros, que ostentam expectativa de direitos sucessórios, sejam eles parentes que fizeram doações antenupciais.

Ainda assim, o jurista atenua a exigência de motivação ao entendê-la como uma regra aberta, que não deve invadir a privacidade do casal, mas observar a legitimidade da pretensão e o resultado útil da modificação.²⁴⁷

Essa hesitação com relação à abrangência da justificativa também é verificada na jurisprudência, conforme se extrai do posicionamento da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.427.639/SP.²⁴⁸ No caso, versando sobre a mudança do regime da comunhão universal para o de separação de bens, entendeu-se que, diante da possibilidade de dano ao cônjuge virago em razão da inexistência de demonstração inequívoca de condições de manutenção autônoma e da existência de patrimônio próprio, a justificativa genérica de independência financeira e patrimonial do casal não seria suficiente para a modificação do regime de bens.

Contudo, a visão externada no precedente suprarreferido merece críticas. Se o pedido versa sobre direitos disponíveis e é feito consensualmente por partes maiores e

²⁴⁷ CAHALI, Francisco José. A súmula 377 e o novo Código Civil e a mutabilidade do regime de bens. *Revista do Advogado*, ano XXIV, nº 76, jun. 2004.

²⁴⁸ Eis a ementa, no que aqui importa: “DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO [...] ALTERAÇÃO. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. JUSTIFICATIVA DO PEDIDO. ENUNCIADO N. 113 (CJF). PREJUÍZO COMPROVADO. SÚMULA N. 7/STJ. 1. À luz da melhor interpretação do art. 1.639, § 2º, do CC/2002, são exigíveis justificativas plausíveis e provas concretas de que a alteração do regime de bens eleito para reger o matrimônio não prejudicará nenhum dos cônjuges, nem terceiros interessados. 2. Incidência do enunciado nº 113 na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: ‘É admissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com a ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade’. 3. No caso em exame, a alteração patrimonial foi pleiteada consensualmente por ambos os cônjuges ora recorrentes com base na justificativa genérica de independência financeira e patrimonial do casal, demonstrando a ausência de violação de direitos de terceiros. 4. As instâncias ordinárias, todavia, negaram a alteração do regime patrimonial por reputarem que a mera vontade de preservação e individualização dos patrimônios dos cônjuges não configura justo motivo, requisito legal indispensável. 5. Ademais, o Tribunal de origem, visando a proteção de um dos cônjuges, assentou que a modificação ‘equivaleria à doação do patrimônio a um dos interessados, exclusivamente, mascarando desta forma, uma divisão que poderia prejudicar, sim, e inclusive, a eventual prole’. 6. Rever tais conclusões demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que é inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula nº 7/STJ. 7. Recurso especial não provido” (STJ, REsp nº 1.427.639/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 10.03.2015).

capazes, o indeferimento do pleito com fulcro na proteção aos interesses de um dos consortes é inadequado, especialmente porque inúmeras podem ter sido as razões que levaram à alteração do regime de bens, só cabendo ao casal ponderar que a mudança é benéfica, não apenas no âmbito econômico.

Atualmente, por conta da incidência cada vez mais ampla da concepção de intervenção estatal mínima nas relações familiares, tem-se garantido maior prestígio à autonomia dos integrantes do núcleo familiar, em contrapartida a uma fiscalização menos rígida das famílias pelo Poder Judiciário.²⁴⁹

Na mesma linha, situação hipotética pode ilustrar o dilema que a análise dos motivos pode gerar. Basta imaginar um caso em que os cônjuges são casados por regime de comunhão de bens. Um deles é oriundo de uma família abastada, ao passo que o outro tem origem bastante humilde. Durante a vida em comum, o casal passa a ser alvo de pressões da família afortunada e, para se livrar das intervenções em seu lar e demonstrar seu interesse exclusivamente afetivo no outro, o cônjuge menos endinheirado decide concordar com a alteração do regime de bens para a modalidade segregacionista.

Em um cenário como o suprarretratado, o grau de subjetividade da ponderação feita no seio familiar é tamanho que parece exceder aos limites da atividade judicante, devendo a opção do cônjuge com menores condições financeiras, mesmo que isso possa lhe representar queda em suas condições de vida, ser respeitada, sem que seja cabível a perquirição da justiça dos motivos, a determinar a explicitação dos ajustes estabelecidos pelo casal na prática.

Aqueles que defendem a intervenção estatal nos motivos que levaram os cônjuges a postularem judicialmente a mudança do regime de bens têm argumentos variados para sustentar esse entendimento e, não raro, vacilam com relação à abrangência do dever. Tudo se resume, entretanto, à concepção institucionalista da família, sem que

²⁴⁹ Na contramão da tendência de não intervenção estatal no âmbito familiar, merecem ser lembradas as legislações específicas que garantem proteção especial a determinados integrantes dos núcleos familiares em razão de suas características, as quais lhes colocam em situação de presumida hipossuficiência. É o que se depreende do Estatuto da Criança e do Adolescente, da Lei Maria da Penha, do Estatuto do Idoso e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que, à luz da Constituição Federal de 1988, asseguram a proteção integral a estes sujeitos de direito. Mais do que uma participação ativa por parte do Estado na vida familiar, as previsões legais específicas a respeito da convivência familiar têm caráter tutelar em relação a esses sujeitos de direito, garantindo-lhes proteção integral, com a promoção da igualdade e o exercício de direitos e liberdades, o que passa por sua convivência em família. Nesses casos, o papel da família é reforçado como instrumento indispensável para os indivíduos, o que, em última análise, justifica a especial proteção estatal às famílias, consoante previsão do artigo 226 da Constituição Federal.

seja feita a divisão dos efeitos pessoais e patrimoniais do casamento. Embora se reconheça que o regime de bens seja consequência do vínculo pessoal e ostente natureza de negócio jurídico de Direito de Família, o controle da causa de alteração é excessivo, porque se trata de campo sobre o qual há incidência do princípio da autonomia privada.

A preocupação com a preservação do interesse da família não pressupõe a indicação do motivo, até porque aquele pode não estar ligado às razões para a alteração, especialmente diante da subjetividade que a questão envolve, além de a família não se resumir a um arranjo econômico. Se assim não fosse, ao juiz só seria dado o controle do interesse do casal se o motivo fosse declarado, quando, na realidade, é a análise da manifestação de vontade que se faz necessária, sendo razoável perquiri-la apenas se houver fundada dúvida a esse respeito. É dizer, portanto, que a comprovação das razões ensejadoras do pedido modificativo deve ser a exceção, não a regra.

Merece igualmente ser considerado que nem sempre o interesse familiar é um interesse coletivo, devendo ser admitida a possibilidade de questão individual se sobrepor aos demais integrantes daquele núcleo e, mesmo assim, representar o interesse da família. Como DÉBORA VANESSA CAÚS BRANDÃO pondera, admitida a necessidade de justificativa, deve-se analisar a questão sob o enfoque da proporcionalidade, sopesando os valores envolvidos, a fim de que prevaleça o interesse mais favorável à família, sem que haja sacrifício excessivo por parte dos demais.²⁵⁰

Deve ser ponderado, ainda, que, a partir da entrada em vigor da Lei nº 11.441/2007, como o divórcio pode ser obtido pela via extrajudicial, não precisa ser invocada razão para a falência do vínculo conjugal. Além disso, ao eliminar a discussão de culpa pelo término do casamento, a Emenda Constitucional nº 66/2010 referendou a opção legislativa pela redução da intervenção estatal na esfera particular das famílias, autorizando uma análise mais objetiva sobre o vínculo conjugal. O magistrado continuou com a tarefa de modular alguns efeitos jurídicos do divórcio em que há em jogo interesse de incapaz, mas perdeu a função de investigar a intimidade dos núcleos familiares.

Essas alterações aprofundaram a divergência entre a matriz conceitual do Código Civil de 2002 no tocante à alteração do regime de bens – reproduzida pelo artigo 734, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015 – e a que foi adotada no Direito brasileiro,

²⁵⁰ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regime de bens no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 84-85.

de garantir autonomia aos cônjuges,²⁵¹ evitando intromissão na intimidade dos indivíduos. Por isso, não se vislumbram razões para que o Poder Judiciário tenha que avaliar os motivos que levaram o casal a solicitar autorização judicial para alteração do estatuto patrimonial de seu casamento quando foi excluída da esfera estatal a discussão das razões que levaram os cônjuges a decidir pelo fim do matrimônio, medida muito mais drástica, porquanto o divórcio acarreta a extinção do vínculo conjugal, ao passo que a alteração do estatuto patrimonial do casamento se restringe às relações econômicas do casamento.

Se os cônjuges buscam tão somente o redimensionamento das convenções antenupciais, sendo que o vínculo conjugal permanecerá hígido, menos razão ainda há para a análise da causa do pedido, seja porque a manutenção do vínculo faz presumir a convergência ainda mais clara das vontades, seja porque o direito em questão é disponível, seja, ainda, porque o tratamento conferido pelo ordenamento à família garante maior autonomia aos integrantes do núcleo familiar.

Externar o que conduziu o casal ao pedido de alteração do regime de bens ou ao divórcio pode gerar evitável constrangimento aos consortes. SILMARA JUNY DE ABREU CHINELLATO destaca que o Código Civil determina que se aleguem situações que “serão suficientes para embasar o pedido de alteração do regime de bens, mas também o serão para repercutir negativamente no relacionamento do casal”. Diante disso, a exigência da apresentação de minúcias sobre o casal configuraria desrespeito ao direito à intimidade, resguardado tanto pelo artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal quanto pelos artigos 11 a 21 do Código Civil.²⁵²

Por isso, “o simples fato de ser requerida, em via judicial, a alteração do regime de bens já indica que algum motivo relevante há para os autores do pedido e para a vida pessoal deles”.²⁵³ Desse modo, para se evitar invasão na vida privada da família, é descabida a exigência de que o pedido de mudança seja acompanhado de justificativa,

²⁵¹ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; PAIVA, Francisca Juliana Castello Branco Evaristo de. A disciplina da mutabilidade do regime de bens no direito civil brasileiro: conciliação entre exercício da autonomia privada dos cônjuges e visão institucionalista do casamento. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 42, nº 139, p. 87-112, dez. 2015.

²⁵² CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Comentários ao Código Civil: parte especial do Direito de Família: filiação; adoção poder familiar; regime de bens (comunhão universal; comunhão parcial; participação final nos aquestos; separação); alimentos; usufruto e administração dos bens de filhos menores (arts. 1.591 a 1.710)*. Antonio Junqueira de Azevedo (Coord.). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 18, p. 286.

²⁵³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 7. ed. Salvador: JusPodium, 2015. p. 227, v. 6.

ressaindo claro que a exigência de motivação do pedido de alteração do regime de bens deve ser vista com uma conotação subjetiva, tendo em vista as inúmeras razões internas e externas que podem levar um casal a optar pela alteração do regime de bens.²⁵⁴

Se é reconhecido que as convenções patrimoniais da família se inserem no âmbito da convivência de seus integrantes, os motivos do pedido modificativo só dizem respeito aos cônjuges. Prova disso é a previsão do artigo 1.513 do Código Civil, que torna defeso interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Um dos julgados precursores no enfrentamento da questão foi proferido pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nos autos da Apelação Cível nº 70042401083. O magistrado de primeiro grau entendeu que a alegação de que o regime de bens escolhido por ocasião do matrimônio já não mais atendia aos anseios do casal seria insuficiente para a mudança. Reformando a sentença da origem, a Corte gaúcha convenceu-se de que houve “indevida e injustificada ingerência na autonomia de vontade das partes”, sendo suficiente que “os requerentes afirmem que o novo regime escolhido melhor atende seus anseios pessoais que se terá por preenchida a exigência legal”.²⁵⁵

No julgamento do Recurso Especial nº 1.119.462/MG, o Superior Tribunal de Justiça consolidou posicionamento que desobriga o par a declinar justificativas excessivas ou provas do dano que a manutenção do regime de bens imporia ao casal, a fim de evitar devassa na privacidade dos cônjuges. A interpretação do dispositivo legal, segundo as

²⁵⁴ TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre regime de bens no Novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, ano IX, nº 2, p. 5-21, fev.-mar. 2008.

²⁵⁵ “APELAÇÃO CÍVEL. REGIME DE BENS. MODIFICAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.639, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL. DISPENSA DE CONSISTENTE MOTIVAÇÃO. 1. Estando expressamente ressalvados os interesses de terceiros (art. 1.639, § 2º, do CCB), em relação aos quais será ineficaz a alteração de regime, não vejo motivo para o Estado Juiz negar a modificação pretendida. Trata-se de indevida e injustificada ingerência na autonomia de vontade das partes. Basta que os requerentes afirmem que o novo regime escolhido melhor atende seus anseios pessoais que se terá por preenchida a exigência legal, ressalvando-se, é claro, a suspeita de eventual má fé de um dos cônjuges em relação ao outro. Três argumentos principais militam em prol dessa exegese liberalizante, a saber: 1) não há qualquer exigência de apontar motivos para a escolha original do regime de bens quando do casamento; 2) nada obstará que os cônjuges, vendo negada sua pretensão, simulem um divórcio e contraiam novo casamento, com opção por regime de bens diverso; 3) sendo atualmente possível o desfazimento extrajudicial do próprio casamento, sem necessidade de submeter ao Poder Judiciário as causas para tal, é ilógica essa exigência quanto à singela alteração do regime de bens. [...] 3. Em se tratando de feito de jurisdição voluntária, invocável a regra do art. 1.109 do CPC, para afastar o critério de legalidade estrita, decidindo-se o processo de acordo com o que se repute mais conveniente ou oportuno (critério de equidade). DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME” (TJRS, AC nº 70042401083, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. em 28.07.2011).

Cortes Superiores, deve se dar à luz da Constituição Federal, que erigiu à categoria de garantias fundamentais a intimidade e a privacidade.²⁵⁶

No caso analisado pelo Superior Tribunal de Justiça, amparado pelas regras do Direito societário, o juiz de primeiro grau julgou não ser possível a modificação do regime de bens diante da motivação declinada judicialmente – a constituição de uma sociedade limitada por um dos cônjuges. A sentença foi mantida pelo Tribunal de Justiça mineiro e só foi reformada pelo Superior Tribunal de Justiça, sob o fundamento de que não cabe ao Poder Judiciário pretender saber *melhor* que os cônjuges o mais adequado para o seu patrimônio ou desconsiderar o seu legítimo interesse em estabelecer uma solução jurídica própria, não vedada pela legislação.

Ao exigir a exposição de motivos para que se proceda à alteração do regime de bens, o legislador demonstrou apenas que a escolha do regime de bens é negócio jurídico causal,²⁵⁷ de modo que o seu objeto é juridicamente relevante, não os motivos que levaram

²⁵⁶ Eis a ementa, no que aqui importa: “DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CELEBRADO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. REGIME DE BENS. ALTERAÇÃO. POSSIBILIDADE. EXIGÊNCIAS PREVISTAS NO ART. 1.639, § 3º, DO CÓDIGO CIVIL. JUSTIFICATIVA DO PEDIDO. DIVERGÊNCIA QUANTO À CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA POR UM DOS CÔNJUGES. RECEIO DE COMPROMETIMENTO DO PATRIMÔNIO DA ESPOSA. MOTIVO, EM PRINCÍPIO, HÁBIL A AUTORIZAR A MODIFICAÇÃO DO REGIME. RESSALVA DE DIREITOS DE TERCEIROS. 1. O casamento há de ser visto como uma manifestação vicejante da liberdade dos consortes na escolha do modo pelo qual será conduzida a vida em comum, liberdade essa que se harmoniza com o fato de que a intimidade e a vida privada são invioláveis e exercidas, na generalidade das vezes, em um recôndito espaço privado também erguido pelo ordenamento jurídico à condição de ‘asilo inviolável’. 2. Assim, a melhor interpretação que se deve conferir ao art. 1.639, § 2º, do CC/02 é a que não exige dos cônjuges justificativas exageradas ou provas concretas do prejuízo na manutenção do regime de bens originário, sob pena de se esquadriñar indevidamente a própria intimidade e a vida privada do consortes. 3. No caso em exame, foi pleiteada a alteração do regime de bens do casamento dos ora recorrentes, manifestando eles como justificativa a constituição de sociedade de responsabilidade limitada entre o cônjuge varão e terceiro, providência que é acauteladora de eventual comprometimento do patrimônio da esposa com a empreitada do marido. A divergência conjugal quanto à condução da vida financeira da família é justificativa, em tese, plausível à alteração do regime de bens, divergência essa que, em não raras vezes, se manifesta ou se intensifica quando um dos cônjuges ambiciona everedar-se por uma nova carreira empresarial, fundando, como no caso em apreço, sociedade com terceiros na qual algum aporte patrimonial haverá de ser feito, e do qual pode resultar impacto ao patrimônio comum do casal. [...] 5. Recurso especial parcialmente provido” (STJ, REsp nº 1.119.462/MG, 4º Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 26.02.2013).

²⁵⁷ Segundo FRANCESCO GALGANO, a causa do negócio jurídico é a função econômico-social que caracteriza o tipo desse negócio como fato de autonomia privada e lhe determina o conteúdo mínimo necessário (GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico*. 2. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2002. p. 99). São causais os negócios jurídicos em que a causa é manifesta e reconhecível, pela sua estrutura, servindo como influência direta para lhes determinar o tratamento e os efeitos. A causa, assim, está incorporada ao próprio negócio, bastando a verificação da existência de todos os elementos para se estar seguro de que existe também a causa. Quando faltar causa ou esta for deficiente, o direito não é idôneo para gerar efeitos típicos. A indicação da causa vai além de mencioná-la na celebração do negócio jurídico, mas saber se as partes podem omitir o interesse típico que se reflete na situação concreta que determina a sua celebração (BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. t. 1, p. 381-384). Assim, na hipótese em estudo, a vontade dos cônjuges parece ser indispensável e declarada no

as partes a buscarem a alteração do regime de bens. Ainda assim, no artigo 734 do Código de Processo Civil de 2015, constou expressamente a necessidade de serem expostas “razões que justificam a alteração”.

Nesse contexto, tem prevalecido, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a visão de que a autonomia das partes deve ser suficiente para o pedido, baseado na conveniência do casal, sempre em conformidade com os direitos fundamentais de proteção à intimidade e à vida privada, previstos constitucionalmente.²⁵⁸ Basta, pois, que “o casal alegue conveniência das partes embasada na experiência da vida em comum”,²⁵⁹ inclusive porque medida em sentido contrário imporia verdadeiro esvaziamento da norma.²⁶⁰

A toda a evidência, seria desarrazoado impor barreiras excessivas à alteração do regime de bens, mormente se for considerada a existência de inúmeros subterfúgios, vindo os cônjuges a utilizarem vias oblíquas para contornar a impossibilidade de alteração do regime de bens, como o divórcio seguido de casamento com o mesmo cônjuge,²⁶¹ a

pedido modificativo, não encontrando amparo o entendimento de que devem ser explicitados os motivos que conduziram ao pedido modificativo.

²⁵⁸ A doutrina diverge a respeito do conceito e da abrangência da intimidade e da vida privada e, inclusive, sobre a intersecção ou a relação de continência entre ambas. Respeitados os limites metodológicos deste trabalho, impende referir que a determinação do âmbito de ambos os termos depende do caso concreto, não raro se percebendo a sua utilização como sinônimos. Contudo, segundo TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, para quem a intimidade integra a vida privada, “a intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum). Já a vida privada envolve a proteção de formas exclusivas de convivência. Trata-se de situações em que a comunicação é inevitável (em termos de alguém com alguém que, entre si, trocam mensagens), das quais, em princípio, são excluídos terceiros” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, p. 77-90, 1992, especialmente p. 79). Desse modo, a intimidade não guarda ligação com a vida social, enquanto a vida privada pode incluir a vida em sociedade, com reflexos na esfera jurídica de outras pessoas. É o caso, por exemplo, do regime de bens, que deve ser levado ao conhecimento de terceiros.

²⁵⁹ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Comentários ao Código Civil: parte especial do direito de família: filiação; adoção poder familiar; regime de bens (comunhão universal; comunhão parcial; participação final nos aquestos; separação); alimentos; usufruto e administração dos bens de filhos menores (arts. 1.591 a 1.710)*. Antonio Junqueira de Azevedo (Coord.). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 18. p. 287.

²⁶⁰ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *A mutabilidade dos regimes de bens*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI2295,101048A+mutabilidade+dos+regimes+de+bens>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

²⁶¹ É oportuno mencionar o entendimento isolado de DÉBORA GOZZO no sentido de que, “estabelecendo os ex-cônjuges nova união entre si, mediante pedido de reconciliação ou de novo casamento, o negócio jurídico pactício havido entre eles anteriormente voltará a produzir os seus efeitos como se o casamento nunca tivesse sido desfeito” (GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 141), com o que não se pode concordar, uma vez que o fim da relação extingue o regime de bens, não se podendo falar em reprecinação de seus efeitos.

simulação de contratos onerosos e dívidas entre cônjuges casados pelo regime da separação de bens e a realização de transações bancárias entre os consortes.²⁶²

O entendimento dominante prestigia a liberdade negocial e a autonomia privada, cingindo-se a procedência das razões à constatação da real intenção das partes, livres de induzimento, constrangimento, vício ou engano,²⁶³ além da verificação do preenchimento dos requisitos formais dos negócios jurídicos. A motivação serve para permitir o controle formal, não substancial, sendo a assinatura da inicial pelos cônjuges suficiente para a expressão de sua vontade.

Como a escolha do regime de bens se insere na esfera de direitos disponíveis, cabendo apenas aos cônjuges tanto a sua eleição – salvo nos casos de imposição legal – quanto as implicações que isso gerar, salta aos olhos que as razões que levaram ao pedido de mudança se inserem na esfera privada das partes, cuja autonomia deve ser respeitada. Uma vez declinado o interesse dos cônjuges na alteração e diante da ausência de prejuízos a terceiros, é razoável o deferimento da pretensão.

De qualquer forma, consoante já foi dito, a exigência legal de motivação merece ser mitigada e não há um rol de justificativas para o pedido de alteração do regime de bens. Ainda assim, dois casos merecem especial atenção no presente trabalho em razão da relevância da discussão a seu respeito, como se passa a demonstrar.

b.1) Alteração do regime da separação obrigatória de bens

Conforme já mencionado²⁶⁴, o artigo 1.641 do Código Civil impõe a adoção do regime da separação obrigatória de bens nos casos de os cônjuges contraírem as núpcias com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento, previstas no artigo 1.523 do Código Civil, um deles ser maior de 70 (setenta) anos ou, ainda, um deles depender de suprimento judicial para casar.

²⁶² BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regime de bens no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 64-65.

²⁶³ CAHALI, Francisco José. A súmula 377 e o novo Código Civil e a mutabilidade do regime de bens. *Revista do Advogado*, ano XXIV, nº 76, jun. 2004.

²⁶⁴ A esse respeito, ver item a.1 do capítulo I, *supra*.

Se, no artigo 167 do Anteprojeto de Código Civil de Orlando Gomes, foi prevista a impossibilidade de alteração do regime da separação obrigatória,²⁶⁵ o legislador de 2002 deixou de abordar a questão, surgindo o questionamento quanto à possibilidade de os cônjuges postularem a alteração do regime de bens mandatório, na hipótese de superação da causa determinante para a imposição do regime de bens.

Examinando a doutrina, percebe-se ser pacífico o entendimento de que a imposição legal não pode ser afastada sem que a causa decisiva para a incidência do regime de bens esteja superada, sob pena de configurar burla à lei. Nesse sentido, é o posicionamento da Quinta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo no julgamento da Apelação Cível nº 0009004-91.2010.8.26.0008, em que se entendeu ser descabida a alteração do regime da separação obrigatória porque um dos cônjuges, viúvo, não procedera à partilha dos bens deixados por sua primeira esposa, finada, com a prole decorrente do casamento.²⁶⁶

Por outro lado, há divergência em relação ao pedido de modificação do estatuto patrimonial do casamento após a cessação do motivo que acarretou a determinação legal.

Doutrinadores como HELOÍSA HELENA BARBOZA,²⁶⁷ JOSÉ ANTONIO ENCINAS MANFRÉ,²⁶⁸ MARIA HELENA DINIZ²⁶⁹ e PAULO LÔBO²⁷⁰ entendem que os cônjuges não podem alterar voluntariamente o regime obrigatório, sob o fundamento de que se trata de

²⁶⁵ No Anteprojeto de 1963, a redação era a seguinte: “Art. 167 – Alteração do regime matrimonial – Ressalvados os direitos de terceiros, o regime de bens do casamento, exceto o de separação obrigatória, poderá ser modificado em qualquer tempo, a requerimento dos cônjuges, havendo decisão judicial permissiva, que será transcrita no registro próprio.” No ano seguinte, houve a revisão do Anteprojeto, passando a constar, do artigo 158, a seguinte redação, sem nenhuma alteração substancial de conteúdo: “Art. 158 – Alteração do regime de bens – Ressalvados os direitos de terceiros, o regime de bens no casamento, exceto o de separação obrigatória, poderá ser alterado, em qualquer tempo, mediante requerimento dos cônjuges e decisão judicial transcrita no registro próprio.”

²⁶⁶ “PEDIDO DE ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS – Partes que se casaram pelo regime da separação legal de bens em razão da idade dos nubentes e de causa suspensiva de casamento – Alegação de que o casal vivia anteriormente em união estável – Indeferimento da inicial – Inconformismo – Desacolhimento – Autor que é viúvo e ainda não realizou a partilha dos bens do primeiro casamento com os filhos dessa união – Causa suspensiva de casamento que impede a alteração do regime de bens do atual relacionamento – Interpretação dos arts. 1.641, inc. I, e 1.523, inc. I, do Código Civil – Sentença mantida – Recurso desprovido” (TJSP, AC nº 0009004-91.2010.8.26.0008, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. J. L. Mônaco da Silva, j. em 19.02.2014).

²⁶⁷ BARBOZA, Heloísa Helena. Alteração do regime de bens e o art. 2.039 do Código Civil. *Anais – IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

²⁶⁸ MANFRÉ, José Antonio Encinas. *Regime patrimonial de bens no novo Código Civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 49.

²⁶⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5, p. 180. v. 5.

²⁷⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial*: arts. 1.591 a 1.693. São Paulo: Atlas, 2003. v. 16, p. 235.

imposição legal de ordem pública. Para essa corrente, as causas da aplicação do regime obrigatório de bens são observadas no momento do casamento, não podendo ser posteriormente afastadas, ainda que o ordenamento jurídico admita a mutabilidade, pois se trata de imposição que visa a evitar a prática do ato.

No entanto, tal posicionamento é equivocado, tendo em vista que a cominação de um regime de bens claramente representa verdadeira restrição de direito aos cônjuges, razão pela qual, desaparecida a causa da separação obrigatória de bens, a modificação do estatuto patrimonial é possível. Não há fundamento jurídico para obrigar que os cônjuges continuem casados sob um regime imposto se eles assim não desejarem, até porque a conjuntura que diferenciava dos demais casais foi extinta.

Filiam-se a essa corrente JOSÉ FERNANDO SIMÃO,²⁷¹ MARIA BERENICE DIAS,²⁷² ROSA MARIA DE ANDRADE NERY²⁷³ e SILVIO RODRIGUES.²⁷⁴ Tal posicionamento é reforçado pelo Enunciado nº 262, da III Jornada de Direito Civil Conselho da Justiça Federal, o qual prevê que “a obrigatoriedade da separação de bens nas hipóteses previstas nos incs. I e III do art. 1.641 do Código Civil não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs”.

Nesses termos, quando restar suplantada a causa determinante do regime da separação obrigatória de bens, deve ser garantida a prerrogativa de escolha do regime de bens àqueles que deixaram de observar as causas suspensivas ou que contaram com suprimento para casar, em resguardo aos princípios da igualdade e do livre planejamento familiar, conforme já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 821.807/PR, realizado pela Terceira Turma.²⁷⁵

²⁷¹ SIMÃO, José Fernando. *Mutabilidade do regime da separação obrigatória* – Decisão surpreendente! Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/mutabilidade-do-regime-da-separacao-obrigatoria---decisao-surpreendente/2379>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

²⁷² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 331.

²⁷³ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de direito civil: família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 501.

²⁷⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 151. v. 6.

²⁷⁵ Eis a ementa no que aqui importa: “Direito civil. Família. [...] – Assim, se o Tribunal Estadual analisou os requisitos autorizadores da alteração do regime de bens e concluiu pela sua viabilidade, tendo os cônjuges invocado como razões da mudança a cessação da incapacidade civil interligada à causa suspensiva da celebração do casamento a exigir a adoção do regime de separação obrigatória, além da necessária ressalva quanto a direitos de terceiros, a alteração para o regime de comunhão parcial é permitida. – Por elementar questão de razoabilidade e justiça, o desaparecimento da causa suspensiva durante o casamento e a ausência de qualquer prejuízo ao cônjuge ou a terceiro, permite a alteração do regime de bens, antes obrigatório, para o eleito pelo casal, notadamente porque cessada a causa que

Em uma primeira análise, isso parece não se aplicar à hipótese do inciso II do artigo 1.641, pois o critério etário é insuperável, sendo que o tempo apenas torna mais distante a sua possibilidade de eleição do regime de bens.²⁷⁶ No entanto, precedente da Nona Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo autorizou a alteração de regime de bens para cônjuges unidos pela separação obrigatória de bens que se casaram em 2008, quando o marido tinha mais de 60 anos, e postularam a modificação do estatuto impositivo após a entrada em vigor da Lei 12.344/2010, a qual passou a exigir a separação obrigatória de bens apenas na hipótese de casamento de pessoa maior de 70 anos,²⁷⁷ o que se mostra plenamente possível, apesar da excepcionalidade do caso.²⁷⁸

Há mais, todavia, JOSÉ FERNANDO SIMÃO²⁷⁹ ressalta o acerto em precedente da Quinta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, no qual, por meio de uma interpretação teleológica, entendeu-se que o fato de se tratar de regime compulsório não afasta a possibilidade de alteração do regime, na medida em que a

exigia regime específico. [...]” (STJ, REsp nº 821.807/PR, 3ª Turma, Relª. Minª. Nancy Andrichi, j. em 19.10.2006).

²⁷⁶ Em sentido contrário, MARIA BERENICE DIAS deixa a análise do pedido modificativo deduzido por idoso ao arbítrio do Poder Judiciário, afirmando que “como a justificativa para a restrição é a possível indução do idoso a erro, como o pedido de alteração é formulado em juízo, cabe ao magistrado verificar a real intenção dos cônjuges e indeferir a pretensão, caso flagre a possibilidade de ocorrência de dano enorme a um dos requerentes” (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 331), com o que não se pode concordar, não só em razão do conteúdo da disposição legal que torna obrigatório o regime da separação de bens a quem casar contando mais de setenta anos, norma cogente, mas também porque abre brecha para um casuismo excessivo.

²⁷⁷ Eis a ementa: “REGIME DE BENS DO CASAMENTO – MODIFICAÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA PARA O DA COMUNHÃO UNIVERSAL – POSSIBILIDADE, EM FACE DA ALTERAÇÃO QUE A LEI 12.344/2010 IMPÔS AO INCISO II DO ART. 1.641 DO CC – ENUNCIADO 262 DO CEJ – PRECEDENTE -EFEITOS RETROATIVOS À DATA DO CASAMENTO, RESGUARDADOS OS DIREITOS DE TERCEIROS E OS ATOS JURÍDICOS PERFEITOS – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA – RECURSO PROVIDO” (TJSP, AC nº 0057768-89.2011.8.26.0100, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Theodureto Camargo, j. em 27.01.2015).

²⁷⁸ Em sentido diverso equivocadamente entendeu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no julgamento da Apelação Cível nº 70052798303, no qual as partes se casaram antes da entrada em vigor da Lei nº 12.344/2010, contando um dos consortes 68 anos naquela época, o que foi determinante para a aplicação do regime obrigatório. No entanto, aumentado o critério etário e observando que preenchiam os requisitos para a livre estipulação do regime de bens, os consortes postularam a modificação do regime de bens, o que foi negado pela Corte gaúcha, sob fundamento de que se trata de norma cogente e, por isso, inviável de ser afastada, diante do fato de que o varão atualmente já conta mais de 70 anos, em julgado assim ementado: “AGRAVO. ALTERAÇÃO REGIME DE BENS. CÔNJUGE COM MAIS DE 70 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. I – Cabível o julgamento na forma do art. 557 do CPC, em face do entendimento da Câmara sobre a matéria. II – Não cabe a alteração de regime de bens do casamento pretendida, em razão do que preconiza o art. 1.641, inc. II, do CC, pois é obrigatório o regime de separação de bens de pessoa com mais de 70 anos de idade. RECURSO DESPROVIDO” (TJRS, Agravo nº 70053128088, 7ª Câmara Cível, Relª. Desª. Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. em 27.02.2013)

²⁷⁹ SIMÃO, José Fernando. *Mutabilidade do regime da Separação Obrigatória – Decisão surpreendente!* Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/mutabilidade-do-regime-da-separacao-obrigatoria---decisao-surpreendente/2379>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

formalidade não se justifica frente à legislação vigente, “até porque impõe tutela excessiva do Estado sobre pessoa considerada maior e capaz plenamente para todos os atos da vida civil”. Além disso, como o casal vivia em união estável há mais de uma década, julgou-se por bem aplicar o artigo 45 da Lei do Divórcio,²⁸⁰ afastando seu caráter de direito intertemporal “até porque há aceitação de que a vida em comum não é restrita ao ano de 1977, como ali indicado”, pois a *mens legis* da obrigatoriedade do regime obrigatório de bens, o *golpe do baú*, estaria sepultada porque o casal já convivía há mais de dez anos.²⁸¹

b.2) Sociedade entre cônjuges – artigo 977 do Código Civil

Firmando posição em antigo dissenso doutrinário e jurisprudencial a respeito da questão, o legislador de 2002 proibiu as sociedades formadas por cônjuges casados pela comunhão universal ou pela separação obrigatória de bens, no intuito de evitar a fraude ao regime de bens e a possibilidade de confusão patrimonial.

Desde então, surgiu debate sobre o efetivo alcance da vedação, porquanto, mais uma vez, o legislador pecou pela objetividade. A questão é relevante para o objeto do presente trabalho, pois não raro é utilizada como fundamento para o pedido de modificação.

A preocupação legislativa é alvo de inúmeras críticas, sendo considerada “um inexplicável retrocesso”.²⁸²

Inicialmente, impende referir que a vedação legal não abrange as sociedades anônimas. Isso porque, consoante o artigo 1.089 do Código Civil, esse tipo societário é regulamentado por lei especial (Lei nº 6.404/1976), a qual não impede que pessoas casadas sob os regimes previstos no artigo 977 do Código Civil constituam uma S/A.

De qualquer forma, quando se trata do regime comunitário, cada cônjuge é titular do patrimônio comum, por meio de sua meação, não individualizada na vigência do regime de bens.

²⁸⁰ “Art. 45. Quando o casamento se seguir a uma comunhão de vida entre os nubentes, existentes antes de 28 de junho de 1977, que haja perdurado por 10 (dez) anos consecutivos ou da qual tenha resultado filhos, o regime matrimonial de bens será estabelecido livremente, não se lhe aplicando o disposto no artigo 258, parágrafo único, nº II, do Código Civil”.

²⁸¹ TJSP, AC nº 540.808/0-00, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Benedito Silvério Ribeiro.

²⁸² FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da; SZTAJN, Rachel. *Código Civil comentado: direito de empresa*: arts. 887 a 926 e 966 a 1.195. São Paulo: Atlas, 2008. p. 121. v. 16.

Já, no caso da separação obrigatória de bens, também não se verifica o risco de burla ao regime imposto, porque o patrimônio da sociedade não se confunde com o de seus sócios, observado o princípio da intangibilidade do capital social e a impossibilidade de se presumir a má-fé dos cônjuges. Ainda que cônjuge casado sob tal regime venda todo seu patrimônio e integralize na pessoa jurídica, os patrimônios permanecerão apartados.²⁸³

Além disso, ao integralizarem o capital social que devem subscrever, os sócios recebem parcela do capital social equivalente àquilo que foi imobilizado para o desempenho da atividade empresarial. Há uma troca de ativos, que se transformam em quotas, as quais respondem por dívidas contraídas pelos sócios.²⁸⁴

Também não se pode desconsiderar poderem os consortes casados pela separação obrigatória de bens adquirir bens em condomínio, não se podendo presumir a fraude, já que um dos cânones principiológicos do Código Civil é a boa-fé. Se a pessoa jurídica tiver sua finalidade desviada, a desconsideração de sua personalidade tem espaço.

De toda sorte, há vedação à constituição de sociedades integradas por cônjuges casados pela comunhão universal ou pela separação obrigatória de bens. Resta saber, porém, qual é sua dimensão.

A fim de dirimir as dúvidas que surgiram após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o Enunciado nº 204 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal limita o âmbito de incidência da previsão legal, orientando que apenas as sociedades constituídas após a entrada em vigor do diploma civilista deveriam ser atingidas pela vedação legal. O posicionamento é razoável, sob pena de afronta ao ato jurídico

²⁸³ Nesse sentido, são as considerações de NEWTON DE LUCCA, ROGERIO MONTEIRO, J. A. PENALVA SANTOS e PAULO PENALVA SANTOS: “Parece-nos possível a formação da sociedade empresarial também entre cônjuges casados sob o regime da separação total de bens. Primeiro porque o art. 1.642 deste CC é claro ao afirmar que qualquer que seja o regime de casamento, tanto o marido quanto a mulher podem praticar todos os atos de disposição e de administração necessários ao desempenho de sua profissão, e porque, nos moldes do art. 1.647, a autorização do outro cônjuge é desnecessária, como sói acontecer no caso de matrimônio regulado pelo regime da separação total de bens. Segundo, porque a separação de bens ocorre apenas no âmbito da sociedade conjugal e não no da sociedade empresarial. Enquanto naquela a parcela do patrimônio de um dos cônjuges não aproveita ao do outro, na sociedade empresarial ambos os patrimônios somam-se na formação do patrimônio da empresa, no caso, o capital. Como a integralização do capital pode ser feita pelo sócio em dinheiro, bens e direitos, os sócios, ainda que casados sob o regime da separação completa, possuem obrigações societárias que são pessoais e independentes e que podem se cumpridas com seus esforços pessoais ou com seu patrimônio pessoal. O patrimônio aportado pela mulher, assim reverterá em quotas em sociedade que serão de sua exclusiva propriedade, ocorrendo o mesmo com o marido, após sua integralização de sua parcela no capital” (LUCCA, Newton de et al. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 127-128).

²⁸⁴ CARNEIRO, Rafael Jabur. *Sociedade entre cônjuges no Código Civil (artigo 977)*. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.

perfeito e ao direito adquirido, incidindo nesses casos o artigo 2.035 do Código Civil, pois a sociedade foi constituída na vigência da legislação anterior, quando o cônjuge adquiriu o direito de ser sócio, e não pode a lei obrigar que a sociedade seja desfeita ou que os sócios alterem seu regime de bens.²⁸⁵

O Enunciado nº 205 da mesma Jornada sugere, ainda, que o artigo em questão seja interpretado no sentido de que “a vedação à participação de cônjuges casados nas condições previstas no artigo refere-se unicamente a uma mesma sociedade”, assim como que “o artigo abrange tanto a participação originária (na constituição da sociedade) quanto a derivada, isto é, fica vedado o ingresso de sócio casado em sociedade de que já participa o outro cônjuge”. A justificativa para tanto é que o patrimônio dos cônjuges acabaria integrando o da sociedade: sendo ambos sócios, cada um teria parte do capital e cada parte representaria parcela dos bens do casal, o que acabaria transformando o regime, ao menos com relação àqueles bens, em comunhão parcial.²⁸⁶

No tocante à hipótese de dois sócios resolverem se casar, MARIA HELENA DINIZ entende que deverão observar a previsão do artigo 977 do Código Civil,²⁸⁷ o que parece justificável em se tratando da comunhão universal de bens, já que é regime convencional.

Todavia, tratando-se de separação obrigatória de bens, tal posicionamento não se sustenta, uma vez que a aplicação do regime de bens decorre de imposição legal. Note-se que a hipótese de cônjuges sócios não está prevista nas causas impeditivas do matrimônio, de modo que nenhum óbice há para o casamento, assim como não é causa de dissolução da

²⁸⁵ Nesse sentido, é o precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo: “MANDADO DE SEGURANÇA SOCIEDADE REGULARMENTE REGISTRADA NA JUNTA COMERCIAL ENTRE MARIDO E MULHER SUPERVENIÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 – ARTIGO 977 A PROIBIR SOCIEDADE ENTRE CASADOS NO REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL OU NO DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA – DIREITO ADQUIRIDO DOS SÓCIOS – SEGURANÇA CONCEDIDA – APELO DA FAZENDA DESPROVIDO CÓDIGO CIVIL – ART. 977 DESNECESSIDADE DE ADOÇÃO DE REGIME DIVERSO DE CASAMENTO – § 20 DO ARTIGO 1.639 DO CC OU DE DESFAZIMENTO DA SOCIEDADE OU DO MATRIMÔNIO, PARA CUMPRIR O PRECEITO DO ARTIGO 977 – DIREITO ADQUIRIDO DOS CÔNJUGES QUE FORMARAM SOCIEDADE ANTES DA VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO CIVIL – APELO DA FAZENDA DESPROVIDO A vedação do artigo 977 do CC não se aplica às sociedades registradas anteriormente à vigência da nova lei, mas incide apenas para as sociedades a serem constituídas após 11.1.2003. O artigo 2031 do CC não incide sobre sociedades entre cônjuges cujos atos constitutivos sejam anteriores ao advento da nova normatividade, pois a eles socorre o direito adquirido> de índole fundante e de ênfase explicitada na Constituição de 1988, a partir da alteração topográfica do capítulo dos direitos e garantias individuais” (TJSP, AC em MS nº 9075621-45.2003.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. José Renato Nalini, j. em 18.04.2006)

²⁸⁶ MARTINS, Ronaldo Álvaro Lopes. A imutabilidade do regime de bens do casamento. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, nº 24, p. 277-284, 2003.

²⁸⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de empresa*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 133. v. 8.

pessoa jurídica.²⁸⁸ A previsão do artigo 977 do Código Civil cria, portanto, um impasse jurídico.

É, ainda, de se convir que seria desarrazoada a vedação do artigo 977 do Código Civil a cônjuges que não são sócios entre si e exercem suas atividades profissionais com independência, estando à frente da sociedade de acordo com a parcela do capital social que detêm, importando o regime de bens, se da comunhão universal, apenas para o momento de eventual dissolução do vínculo conjugal. Medida em sentido contrário acarretaria inegável óbice ao exercício da atividade profissional.

Assim, diante da previsão do artigo 977 do Código Civil, conquanto o dispositivo legal seja alvo de críticas, deve ser reconhecida como justa causa para o pedido a constituição de sociedade entre cônjuges casados pelo regime da comunhão universal ou separação obrigatória de bens, especialmente se a sociedade foi constituída depois da entrada em vigor do Código Civil de 2002 e a participação dos cônjuges se dê na mesma sociedade ou caso os cônjuges pretendam constituir uma pessoa jurídica entre si.²⁸⁹

c) Autorização judicial

O legislador adotou o regime de autorização para mudança do regime de bens, não de homologação judicial da alteração.²⁹⁰ Isso indica que a liberdade de escolha do regime de bens, quando se trata de alterá-lo, submete-se à intervenção judicial. A redação do artigo 1.639, § 2º, do Código Civil e a do artigo 734, § 1º, do Código de Processo Civil expressamente vedaram a alternativa de o casal buscar a modificação do estatuto patrimonial de seu casamento pela via administrativa.

²⁸⁸ Art. 1.033. Dissolve-se a sociedade quando ocorrer: I – o vencimento do prazo de duração, salvo se, vencido este e sem oposição de sócio, não entrar a sociedade em liquidação, caso em que se prorrogará por tempo indeterminado; II – o consenso unânime dos sócios; III – a deliberação dos sócios, por maioria absoluta, na sociedade de prazo indeterminado; IV – a falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias; V – a extinção, na forma da lei, de autorização para funcionar.

²⁸⁹ Nesse sentido, é o parecer jurídico nº 125/2003 do Departamento Nacional de Registro do Comércio: “[...] A norma do artigo 977 do CC proíbe a sociedade entre cônjuges tão somente quando o regime for o da comunhão universal de bens (art. 1.667) ou da separação obrigatória de bens (art. 1.641). Essa restrição abrange tanto a constituição de sociedade unicamente entre marido e mulher, como destes junto a terceiros, permanecendo os cônjuges como sócios entre si. De outro lado, em respeito ao ato jurídico perfeito, essa proibição não atinge as sociedades entre cônjuges já constituídas quando da entrada em vigor do Código, alcançando, tão somente, as que viessem a ser constituídas posteriormente. Desse modo, não há necessidade de se promover alteração do quadro societário ou mesmo da modificação do regime de casamento dos sócios-cônjuges, em tal hipótese.”

²⁹⁰ CAHALI, Francisco José. A Súmula 377 e o novo Código Civil e a mutabilidade do regime de bens. *Revista do Advogado*, ano XXIV, nº 76, jun. 2004.

A questão, porém, é complexa, pois, de um lado, a judicialização da questão se mostra excessiva e, de outro, a publicidade garantida pelo sistema extrajudicial pode nem sempre ser satisfatória. FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA desenham com propriedade o desafio a esse respeito:

Na verdade, ou assenta numa produção de prova abundante e, neste caso, constitui uma intromissão indesejável na família, desvia os juízes das funções que lhes são próprias e burocratiza penosamente o exercício da faculdade legal; ou, pelo contrário, baseia-se numa prova insuficiente e acaba por não satisfazer os propósitos de cautela para que foi prevista. Por outro lado, a publicidade indispensável para a tutela dos credores – tanto nos sistemas referidos como em Espanha, onde constitui a base do regime – nunca é tão eficaz como seria desejável e as melhorias neste particular obtêm-se sempre à custa de um aumento de Serviços de Registro e de actos administrativos que oneram os particulares e a Administração pública.²⁹¹

Na hipótese brasileira, foi adotada a via judicial para autorização do pedido de mudança do regime de bens, na contramão de outros ordenamentos jurídicos. Isso se explica porque, na época em que entrou em vigor o Código Civil, ainda não se cogitava que alterações no regramento familiar pudessem ocorrer na via administrativa. Mesmo assim, a exigência legal foi alvo de críticas desde a origem no Direito brasileiro.

ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO criticou a frequente exigência da presença de juiz desde o Anteprojeto de Código Civil, observando que, para a situação da alteração do regime de bens, a escritura pública e o registro eram suficientes para acautelar os direitos de terceiros.²⁹² Com o passar do tempo, essas críticas foram ecoando na doutrina, encontrando seu cume na edição da Lei nº 11.441/2007, diante da realidade do Judiciário brasileiro, assolado por um grande volume de processos. No entanto, a exigência de intervenção judicial foi referendada pelo recente Código de Processo Civil, fruto da cultura de que a presença do magistrado chancelaria o procedimento.

Examinando a realidade estrangeira, percebe-se que, na Espanha,²⁹³ na Itália²⁹⁴ e na Argentina,²⁹⁵ a alteração do regime de bens é feita administrativamente.

²⁹¹ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de direito da família*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 499. v. 1.

²⁹² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Retrocesso no direito de família. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 93, p. 111-114, jan.-dez. 1998.

²⁹³ “Artículo 1327. Para su validez, las capitulaciones habrán de constar en escritura pública”. Em tradução livre, “Artigo 1.327. Para sua validade, os pactos antenupciais deverão constar em escritura pública”.

LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS concorda com a exigência do pedido judicial “ante a relevância da medida, pois visa a resguardar os interesses dos cônjuges como de terceiros, evitando possíveis abusos que teriam melhor chance de prosperar”.²⁹⁶ Contudo, esse entendimento, proferido antes da entrada em vigor da Lei nº 11.441/2007, tem se tornado cada vez mais insulado na doutrina.

Como referido *supra*, desde a entrada em vigor da Lei que autorizou divórcios e inventários extrajudiciais, a dissolução consensual do casamento pode ser obtida extrajudicialmente, surgindo incoerência na legislação vigente a respeito do tratamento das questões matrimoniais. Ora, “se para a própria dissolução do vínculo conjugal, é factível a adoção da via extrajudicial, esta possibilidade também poderia ser adotada para a regulação das questões patrimoniais durante a vigência da relação conjugal”.²⁹⁷

No parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara de Deputados, o fundamento para a aprovação do Projeto de Lei nº 6.416/2005, que posteriormente originaria a Lei nº 11.441/2007, o Relator, Deputado MAURICIO RANDS, considerou que a atuação do Poder Judiciário estaria limitada à ratificação de acordo celebrado entre as partes – cônjuges ou herdeiros –, inexistindo conflito a justificar a intervenção judicial, a qual, uma vez dispensada, auxilia as partes, na medida em que recebem a chancela estatal de forma mais célere e simplificada. A simplificação do procedimento valoriza o caráter voluntário da demanda.

²⁹⁴ “Art. 163 Modifica delle convenzioni. Le modifiche delle convenzioni matrimoniali, anteriori o successive al matrimonio, non hanno effetto se l'atto pubblico non è stipulato col consenso di tutte le persone che sono state parti nelle convenzioni medesime, o dei loro eredi.” Em tradução livre: “Art. 163. Mudança das convenções. As mudanças no pacto antenupcial, anteriores ou posteriores ao casamento, não têm efeito se o ato público não é concluído com o consentimento de todas as pessoas que foram partes no pacto anterior ou os seus herdeiros”.

²⁹⁵ “Artículo 449. Modificación de régimen. Después de la celebración del matrimonio, el régimen patrimonial puede modificarse por convención de los cónyuges. Esta convención puede ser otorgada después de un año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública.” Em tradução livre, “Artigo 449. Modificação de regime. Depois da celebração do matrimônio, o regime patrimonial pode modificar-se por convenção dos cônjuges. Esta convenção pode ser outorgada depois de um ano de aplicação do regime patrimonial, convencional ou legal, mediante escritura pública.”

²⁹⁶ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *A mutabilidade dos regimes de bens*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI2295,101048A+mutabilidade+dos+regimes+de+bens>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

²⁹⁷ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; PAIVA, Francisca Juliana Castello Branco Evaristo de. A disciplina da mutabilidade do regime de bens no direito civil brasileiro: conciliação entre exercício da autonomia privada dos cônjuges e visão institucionalista do casamento. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 42, nº 139, p. 87-112, dez. 2015.

Esse posicionamento parece se aplicar como uma luva para a alteração do regime de bens, dado o caráter negocial e, conseqüentemente, consensual da alteração, muito embora o legislador não tenha ampliado a extensão da norma.

O descompasso é tamanho que, antes do casamento – salvo nas hipóteses de imposição do regime legal –, os cônjuges têm a liberdade de eleger o regime de bens que melhor lhes convenha, sendo descabido que, para alterá-lo, precisem passar por um procedimento judicial, inclusive porque dispõem da via transversa do divórcio – em muitos casos, extrajudicial –, seguido de novo casamento, para dar efeito ao estatuto patrimonial que desejam fazer vingar.²⁹⁸

O controle judicial não tem razão jurídica de ser. Ele é atentatório à liberdade e à responsabilidade dos cônjuges, negando o seu direito de autodeterminação dentro do seio familiar. Mais do que o juiz, são os próprios consortes que têm melhores condições de aferir a necessidade da alteração, haja vista que são eles que vivenciam a realidade familiar, não se podendo desconsiderar, ainda, que o controle judicial pode variar de magistrado para magistrado, havendo soluções díspares para problemas idênticos.²⁹⁹

Ao exigir a autorização judicial, o legislador deixa claro que a preocupação com a segurança jurídica foi privilegiada em detrimento de valores como celeridade na mudança, desburocratização do procedimento e menor custo para os cônjuges, justificadores da via extrajudicial. Não se mostra razoável, pois, o impedimento da alteração administrativa, apostando FABIANA DOMINGUES CARDOSO que, “com o amadurecimento da nova ideia trazida por aquela legislação de 2007 junto da boa prática vivenciada pela sociedade traga, em breve, a alteração legislativa nesse caminhar”.³⁰⁰

Sob o enfoque notarial, percebe-se que o atual procedimento poderia ser substituído pela via administrativa, “intervenção estatal, por meio de um agente delegado,

²⁹⁸ A respeito da simulação no divórcio, ROLF MADALENO destaca que não se trata de ato *sério*, porque a vontade real não é a de dissolver a sociedade conjugal, mas de se valer deste meio para outros fins, como a alteração indireta do regime de bens ou para dispor dos bens do casal. Mesmo assim, entende não ser possível anular o divórcio simulado, porque deixaria a descoberto e impunes verdadeiras fraudes, mesmo diante da evidência de os divorciados continuarem de fato com a sua vida conjugal, porque o atos são válidos na sua substância e na forma, o que não impede a parte lesada de “promover a correção da lesão e manter íntegros os legítimos interesses, especialmente frente à imprescritibilidade da simulação (CC, art. 167), com seu ingresso no campo das nulidades do artigo 169 do Código Civil” (MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 721).

²⁹⁹ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regime de bens no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 90.

³⁰⁰ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método, 2010. p. 68.

na esfera de desenvolvimento voluntário do direito, proporcionando o cumprimento adequado deste, e evitando o surgimento do conflito de interesses”.³⁰¹ Examinando os requisitos legais para a alteração, nenhum óbice se verifica para tanto.

Primeiramente, a alteração administrativa do regime de bens não eximiria o Estado de responsabilidade, tendo em vista que as atividades notarial e registral são um serviço público delegado a particulares, com responsabilidade do ente público, cabendo a sua fiscalização ao tabelião de notas. Ademais, como o notário só atua onde não há lide, não há impedimento para lavratura da escritura pública de alteração do regime de bens, sobretudo porque é exigido o mútuo consentimento dos consortes para a modificação.³⁰²

Com relação à motivação, uma primeira análise indica a impossibilidade de o tabelião fazê-lo. Porém, tal exigência é descabida, devendo a autonomia privada preponderar. De qualquer forma, sendo possível a alteração extrajudicial, caberia ao notário a preservação da ordem pública e dos direitos de terceiros, independentemente da verificação de um justo motivo, sendo que a alteração administrativa permaneceria ineficaz contra terceiros prejudicados,³⁰³ o que decorre da própria natureza do ato jurídico.

Por isso, ao confirmar a necessidade de ação judicial para a mudança do regime de bens, o recente Código de Processo Civil já nasceu desatualizado diante de outras projeções mais avançadas e da posição da doutrina dominante.³⁰⁴ Na exigência legal, há prevalência da postura clássica, que pretende preservar o que foi ajustado anteriormente no âmbito patrimonial da família, por conta da importância do casamento para a sociedade.

Ainda assim, no âmbito legislativo, já foram apresentados projetos de lei pretendendo a regulamentação da mudança extrajudicial do regime de bens. O Estatuto das Famílias (PL nº 470/2013) prevê a possibilidade de a alteração do regime de bens se dar por escritura pública, firmada por ambos os cônjuges, a ser averbada na certidão de casamento, no registro de imóveis dos bens do casal e, se um ou ambos os cônjuges forem empresários, na Junta Comercial e no registro público de empresas mercantis. O Projeto de Lei nº 69/2016, revogando o artigo 1.639, § 2º, do Código Civil e o artigo 734 do Código de Processo Civil, pretende acrescentar o artigo 1.639-A ao Código Civil, para fazer

³⁰¹ BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 152.

³⁰² CAMARGO NETO, Mario de Carvalho. *Alteração administrativa de regime de bens, mediante escritura pública. estatuto das famílias*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Alter%C3%A7%C3%A3o%20Regime%20M%C3%A1rio.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2016.

³⁰³ Idem, *ibidem*.

³⁰⁴ TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1.249.

constar que a mudança no estatuto patrimonial do casamento pode se dar por escritura pública, independentemente de motivação do pedido, desde que atendidos os requisitos legais, como averbação da escritura nos mesmos registros hoje previstos.³⁰⁵

Ambas as propostas estão em consonância com o atual momento social, em que inúmeras soluções são perseguidas na tentativa de desburocratizar nosso sistema jurídico e desafogar o Poder Judiciário. O divórcio, o inventário e a partilha extrajudiciais foram apenas algumas das alternativas buscadas. Não há motivos para a intervenção judicial na pretensão de duas pessoas capazes, que desejam mudar seu regime de bens. A via administrativa é viável, sobretudo porque entrega a prestação estatal de forma inegavelmente mais célere e fácil.

A esse respeito, oportunas é a lição de JOSÉ TADEU NEVES XAVIER, em consonância com o procedimento recomendável para o pedido modificativo:

[...] poderia a codificação civil ter repassado este procedimento, de perfil eminentemente administrativo, para a via extrajudicial, como ocorre em relação à modificação incidental do regime patrimonial na união estável. Levando-se em consideração a capacidade civil dos cônjuges, o caráter disponível de suas relações patrimoniais e a total ausência de controvérsia

³⁰⁵ Eis a redação sugerida pelo PL 69/2016: “Art. 1.639-A. É admissível alteração do regime de bens, mediante escritura pública, ressalvados os direitos de terceiros. § 1º A alteração do regime de bens do casamento será feita por meio de requerimento assinado conjuntamente pelos cônjuges dirigido ao tabelião de notas, que, atendidos os requisitos legais, lavrará a escritura pública independentemente da motivação do pedido. § 2º O requerimento será acompanhado de: I – certidão de casamento atualizada; II – pacto antenupcial, se houver; III – declaração de domicílio atual do casal. § 3º Os requerentes devem ser assistidos por advogado comum ou advogados separados, cuja qualificação e assinatura constarão da petição e do ato notarial. § 4º Em se tratando de cônjuges casados sob o regime de separação obrigatória de bens, o tabelião de notas somente lavrará a escritura de alteração de regime de bens se provada a superação das causas que o ensejaram. § 5º O tabelião extrairá edital a ser publicado na rede mundial de computadores durante trinta dias previamente à lavratura da escritura. § 6º Os terceiros interessados poderão opor as causas suspensivas que obstam a alteração do regime da separação de bens, por meio de declaração escrita e assinada, instruída com as provas do fato alegado, ou com a indicação do lugar onde possam ser obtidas. § 7º Se houver apresentação de causa suspensiva, o tabelião dará ciência do fato aos requerentes, para que indiquem em três dias prova que pretendam produzir, e remeterá os autos a juízo. § 8º Recebidos os autos, o juiz determinará a produção de provas pelo oponente e pelos requerentes, no prazo de dez dias, com ciência do Ministério Público, e ouvidos os interessados e o órgão do Ministério Público em cinco dias, decidirá o juiz em igual prazo. § 9º No caso previsto no parágrafo anterior, a mudança de regime se dará com o trânsito em julgado da decisão que a autorizar. § 10. Imediatamente após a alteração pretendida, os cônjuges deverão promover a sua averbação perante os cartórios de registro civil e de imóveis e, caso qualquer dos cônjuges seja empresário, junto ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins. § 11. A alteração do regime de bens pode ter efeitos retroativos ou não, a depender da vontade dos cônjuges, ressalvado o direito de terceiros.” Como se pode ver, o texto do Projeto de Lei avança no sentido de valorizar a autonomia privada dos cônjuges e dispensar a intervenção judicial. No entanto, ainda se mostra muito aquém do esperado. Claramente peca ao exigir a extração de edital e admitir a oposição de terceiros ao pedido, o que poderá provocar a judicialização da questão e a intervenção do Ministério Público, o que, como será visto adiante, não se mostra o mais correto.

sobre a intenção de adoção de novo regime patrimonial do casal, caberia perfeitamente que essa alteração do estatuto econômico do casamento ocorresse exclusivamente na via cartorária, de forma, portanto, extrajudicial, ou que pelo menos fosse facilitar aos cônjuges esta possibilidade como alternativa a via jurisdicional, como ocorre atualmente em relação ao divórcio e ao inventário. Estas hipóteses estariam em perfeita consonância com o ideal de um Direito Civil atualizado e em compasso com as aspirações de um sistema jurídico que combine a forma e a eficiência.³⁰⁶

Assim, augura-se que, no futuro, o pedido modificativo possa ser feito extrajudicialmente, como política judiciária, tal qual ocorreu na Lei nº 11.441/2007.

c.1) Procedimento judicial

Independentemente da discordância com o procedimento imposto pelo legislador processualista, impende analisar o procedimento exigido para a alteração do regime de bens, já que a participação estatal no pedido modificativo processado pela via judicial é obrigatória para a validade da alteração. A par disso, essa questão só foi sedimentada com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, ainda que seja alvo de inúmeras críticas, pois as disposições já nasceram ultrapassadas.

No pedido judicial, é necessária a assinatura da petição inicial pelos cônjuges, junto de seu advogado, a quem cabe prestar-lhes todos os esclarecimentos jurídicos, responsabilizando-se por isso. Após, os autos deverão ser encaminhados ao Ministério Público, bem como determinada a publicação de edital, com prazo de 30 (trinta) dias, ou a divulgação da pretensão por meio alternativo, diligências desnecessárias diante da natureza do pedido e da proteção ao direito de terceiros.

A competência para processar o pedido de alteração do regime de bens é da Justiça Estadual, devendo tramitar perante as varas de família, se houver, de acordo com as normas administrativas de distribuição de competência.

No atual sistema legal, o exame judicial deve se ater à convergência da manifestação consensual e conjunta dos consortes, garantindo o equilíbrio do negócio a ambos os cônjuges, não o conteúdo das cláusulas propriamente ditas, bem como a ausência de vícios, porque é defeso ao magistrado ponderar a justiça da pretensão, assim como

³⁰⁶ XAVIER, José Tadeu Neves. Questões relevantes sobre a mutabilidade do regime de casamento. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais *on-line*, v. 52, p. 193-228, out.-dez. 2012.

manifestar-se sobre a necessidade da alteração do regime de bens. Não está na esfera da legalidade que o juiz se pronuncie sobre o que seria melhor para as partes, porque é prerrogativa apenas dos cônjuges analisar as razões que as levaram a requerer a modificação e a adequação da alteração, que versa sobre direitos disponíveis.

A atuação judicial deve, portanto, cingir-se à verificação de que a manifestação de vontade é idônea e não gera lesão os direitos de uma ou de ambas as partes, bem como se a causa da alteração é moral e lícita, justificando-se pelo fato de que “mesmo na esfera obrigacional, o vínculo negocial pode estar sujeito ao controle judicial, em face de cláusulas gerais, como a que veda o abuso de direito e o princípio da boa-fé”.³⁰⁷

A par do entendimento de LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS³⁰⁸ e de CHRISTIANO CASSETTARI³⁰⁹ a respeito da realização de audiência de ratificação, a questão parece ter restado superada, porque, desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, a aferição da manifestação de vontade dos cônjuges ocorre na aposição de suas firmas na inicial, o que torna prescindível a audiência.

Todavia, o magistrado não está adstrito a formalidades na condução do procedimento, uma vez que o pedido tem natureza de jurisdição voluntária, merecendo ser observados os fins sociais a que a norma se dirige e as exigências do bem comum, nos termos do artigo 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

A sentença proferida tem natureza constitutiva e mandamental, pois autoriza a alteração do regime de bens e ordena a expedição de mandados aos órgãos competentes, a fim de que seja garantida ampla publicidade à modificação. A eficácia *inter partes* da alteração será verificada a partir do momento em que formada a coisa julgada, ao passo que a eficácia *erga omnes* decorrerá da averbação da mudança nos registros competentes, o que certamente só será possível após a formação da coisa julgada.

³⁰⁷ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; PAIVA, Francisca Juliana Castello Branco Evaristo de. A disciplina da mutabilidade do regime de bens no direito civil brasileiro: conciliação entre exercício da autonomia privada dos cônjuges e visão institucionalista do casamento. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 42, nº 139, p. 87-112, dez. 2015.

³⁰⁸ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *A mutabilidade dos regimes de bens*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI2295,101048A+mutabilidade+dos+regimes+de+bens>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

³⁰⁹ CASSETTARI, Christiano. *Elementos de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 594.

A sentença proferida em procedimento de alteração de regime de bens pode ser impugnada pela via da apelação, recurso cabível nos termos do artigo 724 do Código de Processo Civil, não cabendo a intervenção de terceiros.³¹⁰

c.1.1) Intervenção do Ministério Público

Como se disse anteriormente, o Código de Processo Civil de 2015 entrou em vigor já obsoleto no que se refere à alteração do regime de bens. A necessidade de intervenção do Ministério Público é a situação que, com maior clarividência, demonstra isso.

No Código de Processo Civil de 1973, o artigo 82, inciso II, previa ser obrigatória, sob pena de nulidade, a intervenção do representante do Ministério Público em processos envolvendo o “casamento”.³¹¹ Corroborava tal fundamento a disposição do artigo 1.105 da legislação revogada, que eivava de nulidade os procedimentos de jurisdição voluntária em que não houvesse a participação do representante do Ministério Público. Para ARNALDO RIZZARDO, a obrigatoriedade da intervenção ministerial decorreria da condição de “guardião da lei” do Ministério Público.³¹²⁻³¹³

A par disso, a necessidade de participação do *Parquet* nos pedidos de alteração de regime de bens no casamento nunca foi pacífica. A preocupação com a pretensão modificativa não diz exatamente com a preservação do vínculo matrimonial, mas com as razões que levaram os cônjuges a buscar a mudança e se isso não causaria prejuízo a terceiros e se estaria de acordo com a efetiva vontade dos consortes.

O fundamento da necessidade de intervenção do Ministério Público sempre residiu no fato de o regime de bens estar atrelado ao casamento. Foi nessa linha que o legislador previu, no artigo 734, § 1º, do Código de Processo Civil, a necessidade de ser

³¹⁰ Sobre isso, ver item d desta seção, *infra*.

³¹¹ O Código Civil ainda prevê a possibilidade de o Ministério Público promover ação judicial visando à decretação da nulidade do casamento por infringência de impedimento matrimonial, nos termos do artigo 1.549 do Código Civil.

³¹² RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 630.

³¹³ No mesmo sentido posicionava-se boa parte da doutrina, como se extrai das lições de EUCLIDES DE OLIVEIRA (OLIVEIRA, Euclides de. Alteração do regime de bens no casamento. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2003. p. 393. v. 1) e FRANCISCO JOSÉ CAHALI (CAHALI, Francisco José. A súmula 377 e o novo Código Civil e a mutabilidade do regime de bens. *Revista do Advogado*, ano XXIV, nº 76, jun. 2004) entre outros.

determinada a intimação do Ministério Público por ocasião do recebimento da inicial do pedido de modificação do regime de bens.

No entanto, com isso não se pode concordar, porque a exigência legal acaba configurando uma intervenção estatal excessiva, além de desconsiderar a existência de dois núcleos do Direito de Família.

Se a preocupação legal é com a família, a intervenção ministerial se mostra descabida, porquanto o casamento dos postulantes permanece hígido após a alteração, mudando tão somente os efeitos patrimoniais decorrentes do casamento. Embora seja obrigatória a presença fiscalizadora do Ministério Público nas causas concernentes ao casamento, disso não decorre a obrigatoriedade da intervenção ministerial em todo e qualquer procedimento relacionado com a sociedade matrimonial.

A atuação do Ministério Público em causas envolvendo direitos disponíveis e individuais de maiores e capazes, mesmo sob a égide da legislação revogada, não se justificava, inclusive porque contrária às atribuições previstas pela Constituição Federal. O artigo 127 da Carta Magna define o *Parquet* como sendo “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, além de o artigo 129 atribuir ao Ministério Público funções institucionais prevalentes de órgão agente.

No mesmo sentido, o artigo 176 do Código de Processo Civil em vigor guarda intensa relação com a preocupação constitucional de garantir ao Ministério Público uma atuação em consonância com a sua verdadeira função de promover os interesses sociais, de modo que o foco da Instituição não é e não pode ser manifestar-se em pedidos que tutelem interesses patrimoniais exclusivamente individuais, em relação aos quais não há nenhum interesse coletivo. Nesse sentido, o artigo 721 do Código de Processo Civil atual, correspondente ao artigo 1.105 da codificação anterior, tornou prescindível a intervenção do Ministério Público nos procedimentos de jurisdição voluntária, o que reforçou o entendimento de que a intervenção ministerial nos procedimentos de alteração do regime de bens no casamento é injustificável.

A Recomendação nº 34/2016 do Conselho Nacional do Ministério Público, reconhecendo “a necessidade de otimizar a atuação do Ministério Público no Processo Civil, notadamente em função da utilidade e efetividade da referida intervenção em benefício dos interesses sociais, coletivos e individuais indisponíveis”, recomenda priorizar

“II – a avaliação da relevância social dos temas e processos em que atuem; III – a busca da efetividade em suas ações e manifestações; IV – a limitação da sua atuação em casos sem relevância social para direcioná-la na defesa dos interesses da sociedade.”

Há algum tempo, antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, o Ministério Público de São Paulo, pelo Procurador-Geral de Justiça e pelo Corregedor do Ministério Público, editou em 2003 o Ato nº 313/03-PGJ-CGMP, que, fundamentado na “utilidade e efetividade da referida intervenção em benefício dos interesses sociais, coletivos e individuais indisponíveis” dispôs, no artigo 3º, a intervenção do Órgão nas causas de Direito de Família que não envolvessem incapazes.³¹⁴ Mais recentemente, tal posicionamento foi referendado por outros órgãos ministeriais, podendo-se mencionar que a Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul editou a Recomendação nº 01/2016 no mesmo sentido.

A participação ministerial em feitos dessa natureza foge do escopo de atribuições do *Parquet*. Segundo FLAVIO TARTUCE, a exigência denota o temor do legislador com a possibilidade de fraudes, preocupação que é excessiva e desatualizada, especialmente pelo fato de que a alteração envolve interesses privados,³¹⁵ não se podendo presumir que a parte que firmou a inicial do pedido, orientada por advogado, não estivesse ciente do pedido e de suas consequências jurídicas.

Igualmente não há que se cogitar a existência de qualquer interesse estatal nas decisões tomadas pelo casal em seu âmbito econômico, porque isso diz respeito exclusivamente a eles, assim como não se pode exigir a intervenção ministerial para evitar, de antemão, a prática de alguma fraude. Nesse passo, GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA ensina que a lei ou a norma não servem para coibir as práticas ilícitas e as operações camufladas, da onde a busca por um desmesurado cuidado parece excesso de racionalidade. Os atos viciados estão presentes na realidade negocial e na esfera econômica

³¹⁴ “Art. 3º – Perfeitamente identificado o objeto da causa e respeitado o princípio da independência funcional, fica facultada a intervenção ministerial nas seguintes hipóteses: I – Separação judicial e divórcio, onde não houver interesse de incapazes; II – Ação declaratória de união estável e respectiva partilha de bens; III – Ação ordinária de partilha de bens, envolvendo casal sem filhos menores ou incapazes; IV – Ação de alimentos e revisional de alimentos, bem como ação executiva de alimentos fundada no artigo 732 do CPC, entre partes capazes; V – Ação relativa às disposições de última vontade, sem interesse de incapazes, excetuados a aprovação, o registro e a anulação do testamento ou a que envolver reconhecimento de paternidade, legado de alimentos ou nas quais figurem como beneficiárias entidades fundacionais” [Redação dada pelo Ato Normativo nº 541/2008-PGJ-CGMP-CPJ, de 10 de junho de 2008] VI – Procedimento de jurisdição voluntária em que inexistir interesse de incapazes ou não envolver matéria alusiva aos registros públicos; [...]”.

³¹⁵ TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1.253.

dos homens, “quer a norma jurídica seja mais dura ou mais rígida, quer a opção legislativa tenda para um lado ou para outro, nas considerações mais polemizadas”,³¹⁶ tendo pouco o Ministério Público a acrescentar nos feitos dessa natureza.

Atualmente a intervenção do Ministério Público está condicionada ao interesse público ou social, o qual deve coincidir com interesses coletivos, podendo ser presumido em algumas situações, como ocorre quando a relação processual é integrada por um incapaz. Nesse caso, a atuação do *Parquet* para tutelar o interesse de uma única pessoa encontra amparo no interesse social,³¹⁷ o que não se verifica na hipótese de alteração do regime de bens envolvendo pessoas capazes, mesmo se o casal tiver filhos menores, uma vez que a prole possui mera expectativa de direito em relação à pretensão.

Nesse contexto, em que pese a previsão do artigo 734, § 1º, do Código de Processo Civil, diante da autonomia e independência funcional de que gozam os membros do Ministério Público, nenhum óbice há para que Promotores e Procuradores possam se abster de se manifestar quanto ao pedido modificativo.³¹⁸ Isso, porém, não atenua mais um equívoco do legislador quanto ao procedimento de alteração do regime de bens.

c.2) Limites à alteração de regime de bens

No direito estrangeiro, alguns ordenamentos jurídicos preveem um limite temporal mínimo para a alteração. O artigo 1.397 do Código Civil francês determina que seja aguardado prazo de dois anos após o casamento ou a homologação da última mudança para que haja nova modificação no regime de bens. Além disso, na França, a alteração no

³¹⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Casamento e regime de bens. In: ARRUDA ALVIM; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro Joé Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

³¹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.) *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 552-554.

³¹⁸ As Promotorias de Família e Sucessões da capital paulista têm declinado de atuar nas ações de alteração do regime de bens no casamento, sob o fundamento de que, não se tratando de causa que verse sobre a subsistência do vínculo conjugal, a intervenção somente se justifica nas hipóteses previstas em lei (ação de alimentos, guarda de filhos menores etc.). No entanto, nos termos do artigo 235, inciso III, do “Manual de Atuação do Ministério Público de São Paulo”, “o Promotor de Justiça deve intervir [...] III – nas ações de mudança de regime de bens,²² se houver interesse de incapaz, devendo ser solicitadas certidões dos requerentes junto à Justiça Federal, Estadual, Trabalhista e Cartório de Protestos” (Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/home/banco_imagens/flash/ManualAtuacao/liv6tit3.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2018), com o que não se pode concordar, conforme já se expôs anteriormente, pois é inviável a alteração do regime de bens no caso de pessoas portadoras de deficiência (sobre o tema, ver Seção II, item a, deste capítulo, *supra*).

regime de bens matrimonial só será oponível a terceiros passados três meses da averbação.³¹⁹ Na Argentina, a modificação pode ser feita após um ano da aplicação do regime patrimonial a ser alterado.³²⁰

O prazo, nesses casos, claramente visa a garantir ao casal tempo suficiente para testar na prática os efeitos do regime de bens eleito, a fim de que não sejam tomadas decisões precipitadas, prevenindo mudanças relegadas ao bel-prazer dos consortes. Da mesma forma, o tempo seria suficiente para que fosse garantida a devida publicidade à modificação. Trata-se de proteção à segurança jurídica, diante da relevância da escolha do regime de bens e dos efeitos que isso representa no tráfego jurídico.

No Direito brasileiro, não foi previsto prazo mínimo de vigência do regime de bens anterior para a mudança. Também não foi feita qualquer restrição à quantidade de alterações do regime de bens. Se, neste caso, a doutrina é unânime quanto às infinitas possibilidades de alteração do regime de bens, o mesmo não se pode dizer quanto àquele.

Alguns doutrinadores defendem a existência de um prazo mínimo para a alteração, utilizando por analogia a previsão do artigo 1.574 do Código Civil.³²¹ Para essa corrente, assim como deveria ser aguardado um ano para a homologação da separação por mútuo consentimento, é recomendável esperar um ano, a contar do casamento ou da última alteração, para buscar a alteração.³²²

O argumento, porém, não subsiste, porquanto tal prazo desapareceu do Direito brasileiro com a Emenda Constitucional nº 66/2010. Isso porque, ainda que haja relevante

³¹⁹ “Article 1.397. Après deux années d'application du régime matrimonial, les époux peuvent convenir, dans l'intérêt de la famille, de le modifier, ou même d'en changer entièrement, par un acte notarié. [...] Les créanciers sont informés de la modification envisagée par la publication d'un avis dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans l'arrondissement ou le département du domicile des époux. Chacun d'eux peut s'opposer à la modification dans les trois mois suivant la publication.” Em tradução livre, “Artigo 1.397. Depois de dois anos de aplicação do regime matrimonial, os cônjuges podem acordar modificá-lo no interesse da família ou mesmo alterá-lo inteiramente, por ato notarial. [...] Os credores serão informados da alteração proposta pela publicação de um aviso em um jornal habilitado a receber anúncios legais no distrito ou no departamento do domicílio dos cônjuges. Cada um deles pode se opor à alteração dentro de três meses após a publicação.”

³²⁰ “Artículo 449. Modificación de régimen [...] Esta convención puede ser otorgada después de un año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública.” Em tradução livre, “Artigo 449. Modificação de regime. [...] Esta convenção pode ser outorgada depois de um ano de aplicação do regime patrimonial, convencional ou legal, mediante escritura pública”.

³²¹ Cumpre esclarecer que, muito embora não se desconheça o debate referente à permanência do instituto da separação no Direito brasileiro, tal questão extrapola o limites da presente dissertação de mestrado, razão pela qual a divergência não será enfrentada neste trabalho.

³²² BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regime de bens no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 116.

discussão a respeito da exclusão da separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro,³²³ os prazos o foram, não havendo como se defender a analogia com um instituto revogado.

Mesmo se assim não fosse, a analogia igualmente se mostra equivocada diante da ausência de semelhança entre a separação judicial e a alteração do regime de bens. A primeira representava o fim do casamento, enquanto, na segunda, o matrimônio permanece hígido, havendo tão somente alteração nos seus efeitos patrimoniais. Além disso, a modificação se ampara em razões supervenientes ao casamento, de modo que, sobrevindo alterações circunstanciais, o pedido de alteração do regime de bens pode ser formulado a qualquer tempo, observado que a mudança tem eficácia *ex nunc*.³²⁴

Se não bastasse isso, caso houvesse limite temporal ou de quantidade de alterações, isso deveria ser expressamente previsto em lei, porque claramente configuraria uma restrição ao direito do casal de pretender a mudança no estatuto econômico de seu casamento. Como isso não ocorreu, os únicos limites para a modificação, ainda que passíveis de críticas, são aqueles previstos nos artigos 1.639, § 2º, do Código Civil e no artigo 734 do Código de Processo Civil.

³²³ O Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento de que a Emenda Constitucional nº 66/2010 não extinguiu a separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro, tendo tão somente suprimido o requisito temporal para a dissolução do vínculo conjugal. Facilitou, assim, aos cônjuges o direito de se divorciar sem ter que aguardar qualquer prazo, até porque, como “a separação é uma medida temporária e de escolha pessoal dos envolvidos, que podem optar, a qualquer tempo, por restabelecer a sociedade conjugal ou pela sua conversão definitiva em divórcio para dissolução do casamento”. Eis a ementa do julgado: “RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/10. DIVÓRCIO DIRETO. SEPARAÇÃO JUDICIAL. SUBSISTÊNCIA. 1. A separação é modalidade de extinção da sociedade conjugal, pondo fim aos deveres de coabitação e fidelidade, bem como ao regime de bens, podendo, todavia, ser revertida a qualquer momento pelos cônjuges (Código Civil, arts. 1.571, III e 1.577). O divórcio, por outro lado, é forma de dissolução do vínculo conjugal e extingue o casamento, permitindo que os ex-cônjuges celebrem novo matrimônio (Código Civil, arts. 1.571, IV e 1.580). São institutos diversos, com conseqüências e regramentos jurídicos distintos. 2. A Emenda Constitucional nº 66/2010 não revogou os artigos do Código Civil que tratam da separação judicial. 3. Recurso especial provido” (STJ, REsp nº 1.247.098/MS, 4ª Turma, Relª. Minª. Maria Isabel Gallotti, j. em 14.03.2017). No mesmo sentido, os Enunciados 514 a 517 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “514 – Art. 1.571: A Emenda Constitucional nº 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial. 515 – Art. 1.574, caput: Pela interpretação teleológica da Emenda Constitucional nº 66/2010, não há prazo mínimo de casamento para a separação consensual. 516 – Art. 1.574, parágrafo único: Na separação judicial por mútuo consentimento, o juiz só poderá intervir no limite da preservação do interesse dos incapazes ou de um dos cônjuges, permitida a cindibilidade dos pedidos com a concordância das partes, aplicando-se esse entendimento também ao divórcio. 517 – Art. 1.580: A Emenda Constitucional nº 66/2010 extinguiu os prazos previstos no art. 1.580 do Código Civil, mantido o divórcio por conversão.”

³²⁴ Sobre isso, ver Seção V, item a, deste capítulo, *infra*.

Justamente por isso é que não se pode dizer que o ordenamento jurídico facilite a modificação do regime de bens. O procedimento rígido previsto pelo legislador, com o preenchimento de critérios muitas vezes excessivos fala por si, demonstrando todas as dificuldades para obtenção da alteração.

Assim, conquanto, de fato, a mudança do regime de bens deva ser uma medida amadurecida pelos cônjuges, diante dos efeitos que ela representa à economia familiar, não há limite de modificações do estatuto patrimonial durante o casamento, desde que haja mútuo consentimento para tanto, assim como não há prazo mínimo, contado do casamento ou da última mudança, para apresentação de novo pedido. O que deve imperar, portanto, é o bom senso e a vontade inequívoca dos consortes.

Outra questão que se põe com relação aos limites da autorização para alteração do regime de bens diz respeito aos aspectos não patrimoniais previstos no pacto antenupcial.³²⁵ Nesse sentido, não há qualquer impedimento para que se proceda à alteração das cláusulas estranhas aos regimes de bens que foram apostas no pacto antenupcial pelos cônjuges, sem a necessidade de preenchimento dos requisitos previstos em lei, inclusive com relação à autorização judicial, desde que haja consentimento de ambos os cônjuges. A proteção se restringe aos regimes de bens, diante da possibilidade de lesar o direito dos cônjuges e de terceiros. Compactuam desse entendimento FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA.³²⁶

A pertinente lição de ZENO VELOSO, anterior à superação paradigmática do princípio da imutabilidade, corrobora isso ao afirmar que os elementos estranhos do pacto antenupcial, não relativos ao regime de bens, apostos na escritura pré-nupcial, não se sujeitavam ao princípio da imutabilidade, regendo-se por sua respectiva lei, a não ser que estejam subordinadas à regra de irrevogabilidade, como no caso de um reconhecimento de filiação, ou que o negócio jurídico inserido no pacto antenupcial estivesse sujeito à celebração do casamento, tornando-se definitivo e irrevogável a partir das núpcias,³²⁷ porquanto claramente se tratam de negócios jurídicos coligados.

³²⁵ Sobre isso, ver Seção V, item d, do capítulo I, *supra*.

³²⁶ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de direito da família*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 1, p. 491-492.

³²⁷ VELOSO, Zeno. Regimes matrimoniais de bens. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

Nesses casos, se os cônjuges estiverem de acordo com a alteração de cláusula pactícia de caráter pessoal, o procedimento de alteração do regime de bens não é a via adequada, porque o procedimento é específico para mutabilidade do regime de bens, o único objeto do pacto antenupcial propriamente dito. Por isso, havendo concordância acerca da alteração de um aspecto pessoal, é suficiente que a mudança seja feita entre ambos sem intervenção judicial, sendo possível, se as circunstâncias recomendarem, a formalização da mudança pela mesma via adotada anteriormente, qual seja, o documento público, de caráter meramente declaratório.

d) Proteção aos direitos de terceiros

Ao longo da vida em comum, a família mantém relações econômicas com pessoas estranhas ao seu núcleo, surgindo daí obrigações aos membros que contrataram com esses terceiros. Para garantia dos compromissos assumidos, responde o patrimônio da parte obrigada, o que, não raro, inclui bens cuja titularidade não é exclusivamente sua, mas também de seu cônjuge, em decorrência de seu direito de meação.

Historicamente, a irrevogabilidade do pacto antenupcial estava amparada na segurança que a imutabilidade do regime de bens oferecia não só aos cônjuges, mas também aos terceiros. O Código Civil de 1916 estatuiu um modelo familiar patriarcal, com funções hierarquizadas e notória desigualdade de direitos entre marido e mulher. Refletia a família da época de sua entrada em vigor, o que justificava a preocupação de que não houvesse a influência do cônjuge varão sobre o virago.

No entanto, no contexto inaugurado pela Constituição Federal de 1988, a preocupação de proteção ao cônjuge perdeu, de certa forma, sua relevância, embora a estabilidade econômica familiar ainda chame a atenção estatal. Assim, não há mais, em tese, cônjuge hipossuficiente,³²⁸ cujos direitos patrimoniais precisem ser tutelados.

³²⁸ Um exemplo claro disso é o fim do foro privilegiado para a mulher casada com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015. Analisando a questão, JOSÉ FERNANDO SIMÃO destaca que o princípio da igualdade entre os gêneros é apenas formal, pois reflete uma tendência, não uma realidade, na medida em que “a situação da mulher frente ao homem tem evoluído para se afastarem discriminações e injustiças”, citando os exemplos da diferença de remuneração entre ambos e da maioria sensível de mulheres que se dedicam às lides domésticas, reduzindo seu tempo para atividades fora do lar (SIMÃO, José Fernando. *Foro privilegiado da mulher casada e sua não manutenção pelo novo CPC – Parte 2*. Disponível em: <<http://www.cartafortense.com.br/conteudo/colunas/foro-privilegiado-da-mulher--casada-e-sua-nao-manutencao--pelo-novo-cpc---parte-2/15406>>. Acesso em: 10 mar. 2017).

Por outro lado, a alteração do regime de bens pode afetar eventuais interesses de terceiros³²⁹ que contrataram com os cônjuges, a exigir especial atenção. Isso porque o patrimônio pessoal do devedor serve de garantia à satisfação da sua dívida, consoante o artigo 391 do Código Civil, daí por que “os terceiros que contratarão com pessoas casadas têm o direito de saber quem são e quais as garantias, no caso de eventual execução”.³³⁰

A solução dada pelo legislador para essa questão foi a ressalva expressa, contida no artigo 1.639, § 2º, do Código Civil, aos interesses de terceiros, em função da relatividade da alteração. Entretanto, não foi apontado de que modo essa reserva deve ser feita, quais os direitos que os terceiros podem opor frente ao pedido e quem tem legitimidade para suscitar prejuízo diante do pedido de modificação, dando azo ao surgimento de uma das maiores celeumas a respeito do tema em estudo.

Em um primeiro momento, é de se pensar em uma situação hipotética em que o devedor seja casado pela comunhão universal de bens, fiando-se o credor no fato de que a massa patrimonial comum e indivisível do casal poderá ser utilizada para pagamento de seu crédito em eventual inadimplemento voluntário. No entanto, já em mora, o devedor obtém a autorização judicial para alteração do regime de bens para a separação convencional e, ato contínuo, procede à partilha de bens, por meio da qual a parte mais significativa do ativo patrimonial fica para o outro cônjuge, o que reduz a garantia geral sobre o seu patrimônio. Sem bens para excutir, o credor amargaria os prejuízos sofridos.

Nesse cenário, a cautela do legislador se justifica por dois motivos: evitar a fraude contra credores e, diretamente ligada a isso, a necessidade de proteção ao tráfego jurídico. Em nome do convívio social, não raro torna-se necessário impor limites ao exercício de direitos subjetivos, por meio de uma das funções da boa-fé objetiva, a restrição do exercício de direitos, a qual veda a prática inadmissível de direitos.³³¹

A declaração negocial, inclusive com relação às garantias do devedor, é geradora de confiança no outro. Isso significa que a forma de autodeterminação contratual garante ao destinatário da declaração o direito de confiar no exato cumprimento da

³²⁹ Conforme PAULO LÔBO, terceiros são aqueles que estejam de boa-fé e possam ser atingidos em seus patrimônios ou créditos com a alteração do regime de bens (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 324).

³³⁰ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regime de bens no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 103.

³³¹ SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela de confiança e venire contra factum proprium*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 90.

obrigação assumida. O ato de autonomia, nascido da autorregulamentação dos próprios interesses e da garantia de liberdade de iniciativa, gera expectativas legítimas, o que importa autorresponsabilidade, a contrapartida da autonomia.³³²

A estabilidade das relações negociais decorre de ordem jurídica pré-determinada, existente nas relações obrigacionais entre as partes. Desse modo, os negócios feitos pelos cônjuges com terceiros serão realizados de acordo com as garantias oferecidas. O credor haverá de saber com quem está contratando, visando a assegurar a satisfação de seu crédito. PONTES DE MIRANDA salienta que, como quem deve é o sujeito passivo da relação jurídica, a confiança que ele inspira pesa no crédito que ele merece, uma vez que, se ele inadimplir, deve-se executá-lo, “e o patrimônio, que ele tem, a sua fortuna, confirma ou afirma a sua solvabilidade”.³³³

MAURICIO BUNAZAR destaca que, nos elementos essenciais da relação jurídica obrigacional, encontram-se a posição jurídica ativa do credor, a posição jurídica passiva do devedor e o objeto em torno do qual ambas situam-se, a prestação. Não havendo “mutilação”, a posição jurídica do credor contém o direito à prestação, a pretensão à prestação, que obriga o devedor e a ação que o compele a prestar se opuser resistência em atender à pretensão.³³⁴ Como essa prestação do devedor deve representar uma vantagem à esfera jurídica do credor, ela é juridicamente relevante e, por isso, passível de tutela.

Defendendo que, apesar das críticas à teoria dualista, esta é a que melhor explica a noção de vínculo jurídico de acordo com o Código Civil de 2002, JOSÉ FERNADO SIMÃO destaca o conceito binário da obrigação, dividida em débito (*Shuld*) – o dever de a pessoa obrigada a cumprir a prestação – e a responsabilidade (*Haftung*) – a sujeição dos bens do devedor a fim de garantir a satisfação coativa do direito em favor do credor, esclarecendo que

[...] o primeiro elemento consiste no dever de prestar, na necessidade de observar certo comportamento e o segundo na sujeição dos bens do devedor ou do terceiro aos fins próprios da execução, ou seja, na relação de sujeição que pode ter por objeto, tanto a pessoa do devedor (antigo direito romano) como uma coisa ou complexo de coisas do devedor ou terceiro.

³³² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 230-231.

³³³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial: direito das obrigações: obrigações e suas espécies de obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. t. 22, p. 25.

³³⁴ BUNAZAR, Mauricio. *Obrigação propter rem: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 36.

Enquanto a dívida consiste no dever de prestar, a responsabilidade é prerrogativa conferida ao credor de tomar bens do devedor para a satisfação da dívida.³³⁵

Assim, do lado ativo, isso corresponde ao direito de obter a satisfação por meio da agressão ao patrimônio do devedor, o que conduz à conclusão de que “no patrimônio do devedor encontra-se a garantia dos credores, na medida em que tal patrimônio responde pelas obrigações assumidas pelo seu titular em caso de inadimplemento voluntário”.³³⁶ Em função disso, YUSSEF SAID CAHALI sustenta a existência de um princípio geral de responsabilidade atrelado ao fato de que os bens do devedor respondem por suas obrigações no momento da execução,³³⁷ havendo uma obrigação negativa para o devedor de não alterar a solidez de seu patrimônio, no fito de satisfazer os interesses de seus credores. Não devem os devedores permanecer, pois, à mercê de credores que, agindo de má-fé, podem desviar seus bens da garantia geral a que estavam destinados.³³⁸

A proteção aos terceiros também pode ser fundamentada na boa-fé *in executis*, que auxilia a indicar o modo correto de executar a prestação e de exigir o seu cumprimento; a preencher, integrativamente, lacunas que só se farão sentir no momento executivo; e a estabelecer a fronteira entre o exercício lícito e o ilícito dos poderes, direitos e faculdades exurgentes do vínculo contratual.³³⁹ Isso pode ser determinante para a configuração do abuso de direito do cônjuge que busca alterar o regime de bens para prejudicar terceiro, prevalecendo a regra da *fraus omnia corrumpit* para o desfazimento do negócio fraudulento e lesivo a direitos.³⁴⁰

No afã de proteger as expectativas razoáveis de terceiros, na esteira das legislações estrangeiras, o legislador pátrio acertou ao prever que, se a mudança de regime de bens acarretar lesão aos direitos de contratantes ou credores dos cônjuges, estará configurada a fraude, a repercutir no plano da eficácia do negócio jurídico. É dizer, pois, que, caso terceiros sejam prejudicados, a alteração será válida e eficaz entre o casal, mas

³³⁵ SIMÃO, José Fernando. A teoria dualista do vínculo obrigacional e sua aplicação ao direito civil brasileiro. In: PAULA, Fernanda Pessoa Chuahy de; MENEZES, Iure Pedroza; CAMPELLO, Nalva Cristina Barbosa. *Direito das obrigações: reflexões no direito material e processual*. São Paulo: Método, 2011. p. 239-254. p. 241.

³³⁶ CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 22-24.

³³⁷ Idem, p. 25.

³³⁸ Idem, p. 46.

³³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 431.

³⁴⁰ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 721.

não produzirá qualquer efeito perante os terceiros prejudicados,³⁴¹ os quais não podem permanecer à mercê da simples boa-fé do devedor, cabendo ao direito assegurar um remédio que tutele os interesses dos credores, conforme se extrai da previsão do artigo 1.639, § 2º, do Código Civil, de modo que “o risco de prejuízo está muito mais próximo de causar dano a um dos cônjuges do que em relação a terceiros”.³⁴²

Os terceiros não podem ficar ao alvedrio de alterações de regime que poderão afetar as relações obrigacionais e a insegurança no tráfego jurídico. Cuida-se da incidência do “princípio da incolumidade das esferas jurídicas”, o qual veda que a eficácia de um negócio jurídico atinja as esferas jurídicas de quem não o celebrou ou não é beneficiado pelo negócio, não podendo atingir terceiro para imputar-lhe uma obrigação.³⁴³

Disso decorre a tutela garantida pelo legislador a terceiros que possam vir a ser prejudicados pela alteração do regime de bens. Em relação a eles, a alteração lesiva é ineficaz. Porém, nesse contexto, a questão que se coloca é saber em qual medida o direito dos terceiros pode influenciar no pedido modificativo formulado pelos cônjuges.

Para SILVIO RODRIGUES, como são “totalmente estranhos à pretensão” e estão imunes a eventuais efeitos nocivos da alteração, os terceiros,³⁴⁴ inclusive aqueles que haviam contratado com base no regime anterior, não podem intervir no procedimento de alteração, até porque a ineficácia os exime de qualquer providência, já que o ato não produz efeitos. A ineficácia, segundo o doutrinador, pode ser apreciada nos próprios autos em que o terceiro busca o cumprimento de sua obrigação.³⁴⁵

³⁴¹ Herdeiros necessários não são terceiros interessados em razão de possível esvaziamento da legítima. Isso porque, de acordo com o princípio da *saisine*, os direitos hereditários configuram mera expectativa de direitos até a morte do autor da herança. Se o herdeiro não tem legitimidade para impugnar os atos jurídicos praticados por pessoa maior e capaz que importem em redução de seu patrimônio, também não pode ele impugnar o esvaziamento de sua eventual legítima em virtude da modificação do regime de bens como direito de terceiro prejudicado, se não restar comprovada a fraude (CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. *A mutabilidade do regime de bens no casamento*. Dissertação (Mestrado em Direito). Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2006).

³⁴² MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 716.

³⁴³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 202.

³⁴⁴ No espectro deste estudo, merece destaque que os herdeiros necessários não se encaixam na definição de terceiros interessados, porque os direitos hereditários são mera expectativa de direitos. Não há direito de herdeiro a ser tutelado se, por exemplo, uma pessoa maior e capaz aliena onerosamente parte ou todo o seu patrimônio, porque foi praticado ato legítimo. A abertura da sucessão só se dá com a morte (CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. *A mutabilidade do regime de bens no casamento*. Dissertação (Mestrado em Direito). Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2006).

³⁴⁵ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6, p. 151.

Por conta disso, a prerrogativa de pedir a alteração do regime de bens é exclusiva dos cônjuges e se insere no âmbito dos direitos potestativos. O exercício do direito depende exclusivamente do arbítrio de seu titular, no seio de uma relação jurídica anterior, não cabendo às demais pessoas impedir que as mudanças jurídicas sejam produzidas como manifestação de vontade de quem detém essa prerrogativa.³⁴⁶

Essa questão reforça a bilateralidade do negócio jurídico de eleição do regime de bens, porque os efeitos se limitam às partes, corolário da autonomia privada no sentido de regular os interesses próprios. Estão excluídos os prejuízos a terceiros, mas também a oponibilidade a eles dos efeitos produzidos entre as partes, o que induz à conclusão de que só elas são legitimadas a definir o seu conteúdo, o seu alcance e, também, a sua substituição.³⁴⁷

Portanto, se o casamento não foi realizado de acordo com a vontade de terceiros, o regime de bens não está condicionado a esses interesses, de modo que as pretensões desses credores “não estão dotadas de tal magnitude que possam enrustir na coluna dorsal do matrimônio, em sua dimensão econômica”.³⁴⁸

O devedor não pode encontrar óbice à disposição em relação aos seus bens livres, desde que não pratique atos fraudulentos, capazes de garantir aos credores o direito de controlar os atos de disponibilidade patrimonial do devedor.³⁴⁹ Essa situação leva à constatação de que, se não podem impedir, os credores devem ter seus direitos tutelados para que não venham a amargar danos a que não deram causa. Em função disso, a lei criou o instrumento da ineficácia para resguardá-los.

Em assim sendo, a relatividade perante terceiros possui um aspecto positivo e um negativo: de um lado, os terceiros não podem ser prejudicados pelo novo arranjo estabelecido entre os cônjuges; de outro, devem respeitar a pretensão dos consortes, uma vez que a escolha do regime de bens é prerrogativa exclusivamente sua.³⁵⁰

³⁴⁶ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 57-58.

³⁴⁷ BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. t. 1, p. 75-76.

³⁴⁸ CARVALHO, João Andrades. *Regime de bens*. Rio de Janeiro: AIDE, 1996. p. 29.

³⁴⁹ CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 47.

³⁵⁰ JOÃO ANDRADES CARVALHO destaca que “se o casamento não foi instituído à luz do interesse de terceiros, também não pode o regime de bens estar submetido a tais interesses. As pretensões de terceiros não estão dotadas de tal magnitude que possam enrustir na coluna dorsal do matrimônio, em sua dimensão econômica. Para proteger os interesses de terceiros, máxime dos credores, preservando-os contra eventuais conluíus dos cônjuges, a lei lhes empresta instrumentos próprios, põe-lhes à disposição institutos específicos como a fraude à execução, a fraude contra credores etc. O devedor, dentro ou fora

Contudo, essa visão não é absoluta. FERNANDO NORONHA destaca que a figura do terceiro se aplica às pessoas estranhas a uma relação jurídica que se encontram em posição que pode beneficiá-las ou prejudicá-las, sem negar que tais pessoas não estejam totalmente imunes aos efeitos da obrigação.³⁵¹ Em adição a isso, CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY obtempera a soberania da relatividade dos efeitos contratuais, defendendo que o referido princípio seja lido à luz da *eficácia social do contrato*, na medida em que as avenças interferem cada vez mais no âmbito jurídico de terceiros e não podem ser consideradas indiferentes à sociedade.³⁵² Sugere, então, que, apesar de não se tornar parte contratante, o terceiro pode opor seu direito em face das partes, dada a interferência que isso pode gerar na sua esfera jurídica, o que justifica a busca pela tutela de seus interesses. Cabe às partes observar o dever de cuidado em relação a terceiros, pois os contratos podem ter uma eficácia de proteção que os inserem em um contexto social mais amplo do que o âmbito *inter partes*, não se diferenciando dos indivíduos não contratantes.³⁵³

Na lição de LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO, muito embora seja aquele cuja vontade não contribuiu para a declaração negocial e, por isso, não se torna parte do negócio jurídico, não podendo, em tese, sofrer os efeitos contratuais, o terceiro pode, em determinado momento temporal, ingressar como parte da relação jurídica no plano eficaz, dado o interesse no seu conteúdo, diante da possibilidade de ser afetado pelos seus efeitos, tornando-se, então, *terceiro interessado*.³⁵⁴

A doutrina contemporânea, como se pode ver, não só admite que os efeitos decorrentes dos negócios jurídicos possam repercutir na esfera jurídica de pessoas estranhas ao vínculo negocial, como também que, em determinadas situações, é impossível tutelar, ao mesmo tempo, todas as posições jurídicas, mesmo que anexas à relação, cabendo à ordem jurídica a proteção de apenas uma delas, quando incompatíveis entre si: ou os interesses das partes, ou o direito de terceiros.

da sociedade conjugal, tem tratamento igual. Em nada se diferencia o devedor casado do devedor condômino. O devedor casado não tem mais ou menos privilégios do que o devedor solteiro (CARVALHO, João Andrades. *Regime de bens*. Rio de Janeiro: AIDE, 1996. p. 29).

³⁵¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 19.

³⁵² GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 135-136.

³⁵³ Idem, p. 145-146.

³⁵⁴ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 35-38.

No espectro do tema em estudo, ao decidir pela possibilidade de mutação do regime de bens, o legislador reconheceu que a alteração no estatuto econômico do casamento pode causar danos a terceiros, em função do que optou por tutelar quem não compõe o vínculo negocial, modulando os efeitos dessa modificação. Isso gera um privilégio aos interesses de terceiros diante da possibilidade de virem a ser prejudicados, sem que haja restrição à autonomia dos cônjuges, na medida em que a mudança do regime de bens pode ser feita mesmo assim, sendo válida e eficaz entre os cônjuges.

Essa opção se mostra acertada. Se os terceiros não podem se insurgir quanto à modificação, os efeitos dela não podem lhes causar prejuízos. A própria redação legal aponta que a mudança de regime de bens dispõe de eficácia de proteção perante terceiros, amparada na relação obrigacional que os cônjuges mantêm com quem não é parte do vínculo matrimonial.

Em assim sendo, os prejuízos patrimoniais a terceiros, efeito indireto do comportamento dos cônjuges, são o fundamento da tutela em questão. Mesmo podendo não ser credor de nenhuma prestação direta acerca do regime de bens, o terceiro possui “direitos derivados de um espectro negativo da obrigação como processo”, o que importa reconhecer a existência de um dever da parte de não prejudicar a pessoa ou o seu patrimônio no cumprimento de sua obrigação.³⁵⁵ Se assim não fosse, deveria ser permitido que pessoas estranhas ao vínculo conjugal pudessem não concordar com a modificação do estatuto patrimonial do casamento, o que seria um enorme contrassenso.

Assim, a expressa tutela, por sua ineficácia, aos interesses de terceiros tem toda a razão de ser e encontra fundamento na ordem jurídica. A perspectiva de satisfação de seu crédito e mesmo o risco de lesão ao seu direito legitima a necessidade de conservação do patrimônio do devedor. Ademais, mesmo que o fundamento da ineficácia da alteração perante terceiros juridicamente interessados seja eminentemente econômico, não se pode desconsiderar, ainda, que a opção do legislador encontra amparo na boa-fé objetiva.

Dito isso, não há como se deixar de concluir que a manifestação de terceiros é indevida diante da pretensão de modificação do regime de bens. A resposta dada pelo ordenamento jurídico à questão é no sentido de que a ineficácia é satisfatória para a

³⁵⁵ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 178-181.

proteção de seus direitos, daí por que a solução de intervenção no pedido não lhes deve ser disponibilizada, porque carecedores de interesse na simples mudança.

Não é o caso de se autorizar que credores dos cônjuges possam se manifestar quanto à pretensão visando a uma declaração de ineficácia previamente à alteração do regime de bens, porque carecedores de ação. De antemão, não há nem sequer ameaça de lesão ao seu direito, o que inclusive justifica a desnecessidade de ajuizamento de ação pauliana, porquanto a alteração lesiva é ineficaz perante terceiros.

Se não bastasse isso, caso fosse possível a oposição de terceiros, seria necessário oportunizar a dilação probatória a fim de se averiguar o impacto da alteração do regime de bens na esfera jurídica de terceiros, para comprovação de que o terceiro seria de fato juridicamente interessado. Contudo, o procedimento de alteração do regime de bens não comporta a produção de tal prova.

Como a alteração do regime de bens dispõe de eficácia *ex nunc*, a alteração de regime de bens não acarreta, por si só, a mudança de titularidade de bens anteriores a ela e, por conseguinte, não tem o condão de prejudicar os direitos de terceiros que contrataram com os cônjuges. O ato que pode importar redução das garantias em decorrência da mudança de titularidade de bens pertencentes ao casal e, assim, gerar lesão aos interesses de terceiros é a partilha, que não se trata de uma consequência automática do deferimento do pedido, mormente porque eventuais danos só seriam sentidos na esfera jurídica alheia após a ulatimação de uma partilha lesiva aos interesses de credores.

No tocante ao direito de terceiros, por questão metodológica, os meios de proteção aos interesses de quem não é parte da pretensão modificativa serão enfrentados em separado, ainda que guardem relação entre si.

d.1) Publicidade

Uma das principais finalidades do procedimento de alteração do regime de bens no curso do casamento previsto na legislação vigente é dar conhecimento a terceiros que possam ter interesse na mudança. Já que o regime de bens transcende a “órbita interna” do casal, isso repercute na esfera jurídica de terceiros, justificando-se a publicidade.³⁵⁶

³⁵⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. Madrid: Tecnos, 2008. v. 4, p. 152.

Todavia, a ânsia de garantir publicidade à modificação no curso do procedimento modificativo se mostra equivocada, tendo em vista ser defeso a terceiros a oposição quanto à mudança no regime de bens, que só gera efeitos perante si após o amplo registro da modificação. O conhecimento da alteração do regime de bens deve ser posterior ao deferimento do pleito.

O trânsito em julgado da sentença que autoriza a mudança do regime de bens dá efeitos ao novo regime entre o casal e seus herdeiros, apenas. Contra terceiros, a mudança só será eficaz e gerará efeitos após ser dada a devida publicidade à modificação. Antes disso, as cláusulas do regime de bens anterior não serão eficazes perante terceiros.

A importância da publicidade se justifica na medida em que o regime de bens tem influência direta no patrimônio dos cônjuges, uma garantia dos credores. Por isso, para que a mudança goze de eficácia *erga omnes*, a publicidade deve ser ampla: o comando modificativo deverá ser averbado na certidão de casamento, conforme dispõe o artigo 70, 7º, da Lei de Registros Públicos; no registro de imóveis do domicílio dos cônjuges,³⁵⁷ consoante prevê o artigo 1.657 do Código Civil; e na matrícula dos imóveis de propriedade dos consortes, de acordo com o artigo 167, inciso I, alínea 12, e inciso II, alínea 1, da Lei de Registros Públicos.³⁵⁸ Caso um dos cônjuges seja empresário, a alteração deverá ser arquivada na Junta Comercial, nos termos do artigo 979 do Código Civil.³⁵⁹

³⁵⁷ LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS observa com propriedade que, na hipótese de já ter ocorrido o registro de um pacto antenupcial no álbum imobiliário do registro do primeiro domicílio conjugal e se encontre o casal em outro domicílio, impositivo novo registro, no domicílio atual, além de averbar-se no registro original a alteração levada a efeito (SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *A mutabilidade dos regimes de bens*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI2295,101048A+mutabilidade+dos+regimes+de+bens>>. Acesso em: 11 nov. 2015).

³⁵⁸ Como a Lei de Registros Públicos é anterior à entrada em vigor do Código Civil de 2002, a legislação notarial é silente quanto à averbação da alteração do regime de bens. Ainda assim, é cabível a interpretação analógica do artigo 167, inciso II, nº 1, da Lei de Registros Públicos, em conjunto com o artigo 1.657 do Código Civil, que exige a averbação do pacto antenupcial como condição de eficácia do regime de bens, porquanto evidentemente se trata do início dos efeitos do regime de bens *erga omnes*.

³⁵⁹ Nesse sentido, reforçam PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO que “Tratando-se de cônjuge empresário (titular de firma individual), o seu regime de bens interfere, indubitavelmente, nas relações negociais que venha a travar com terceiros, uma vez que estes têm no seu patrimônio a garantia geral das eventuais dívidas contraídas. Se tiver havido uma alteração do regime, sem a devida referência no Registro de Empresas, eventuais credores, inscientes do fato, poderão vir a ser prejudicados. E tanto isso é verdade que o art. 968 exige, para a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas (Junta Comercial), que o requerimento contenha: ‘I – o seu nome, nacionalidade, domicílio, estado civil e, se casado, o regime de bens’. Nota-se, portanto, a obrigatoriedade de o empresário casado informar o seu regime de bens, sob pena de lhe ser negado o reconhecimento oficial de sua atividade. Ora, e se assim o é, é lógica a conclusão de que a eventual alteração do regime de bens deve ser averbada no mesmo Registro Público, sob pena de não gerar efeitos *erga omnes*, devendo os Juízes das Varas de Família ficar atentos para esse aspecto” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. . v. 6, p. 335).

Com relação aos registros imobiliários, as exigências de cunho registral no domicílio decorrem da previsão do Código Civil no sentido de que o domicílio da pessoa natural é o local onde ela pode ser localizada, pois é o centro de atividade no mundo jurídico-social, servindo de garantia de estabilidade das relações jurídicas.

Contudo, em um mundo globalizado, não raro contratos são firmados em locais distintos do domicílio das partes contratantes. Assim, como destacado por FLAVIO TARTUCE, a solução para a questão da publicidade da alteração do regime de bens é a criação de um sistema registral eficiente e unificado, tanto do pacto antenupcial, quanto de suas posteriores modificações, a fim de garantir a devida publicidade das relações patrimoniais entre os cônjuges e terceiros e a produção de efeitos,³⁶⁰ cuja natureza é publicitária, restando inalterados todos os negócios posteriormente praticados.

Isso não foi observado pelo legislador pátrio, que claramente adotou uma postura de cautela com relação à mutabilidade do regime de bens. Em manifesto contrassenso, a proteção buscada pelo legislador pátrio se destina não àqueles que virão a contratar com os cônjuges, mas aos que já possuem algum vínculo obrigacional com um dos consortes, ainda que a mudança seja ineficaz perante os credores e sempre tenha efeitos prospectivos. É o que se extrai da redação do artigo 734, §§ 1º e 3º, do Código de Processo Civil, já que, previamente à modificação, sem razão, foi determinado que seja ordenada a citação de terceiros que poderiam sofrer prejuízos com a alteração para que se manifestem sobre uma mudança que pode não gerar qualquer efeito contra eles.

Aliado a isso, após o trânsito em julgado, com razão, devem ser expedidos mandados aos órgãos registrares responsáveis por garantir publicidade aos atos civis, porque, nessa circunstância, a mudança já foi autorizada e pode repercutir na esfera jurídica de outras pessoas que venham a contratar com os consortes.

Nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, não se verifica a necessidade de chamamento de terceiros para integrarem o pedido modificativo, a menos que tenham participado do pacto antenupcial.³⁶¹ A razão para isso é que os efeitos só serão sentidos após proceder-se aos registros públicos posteriores à mudança.

³⁶⁰ TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1252.

³⁶¹ Nesse sentido, o artigo 163 do Código Civil italiano prevê o seguinte: “Le modifichie delle convenzioni matrimoniali, anteriori o successive al matrimonio, non hanno effetto se l'atto pubblico non è stipulato col consenso di tutte le persone che sono state parti nelle convenzioni medesime, o dei loro eredi.” Em tradução livre: “As mudanças no pacto antenupcial, anteriores ou posteriores ao casamento, não têm

No Direito alemão, o § 1.412 do BGB prevê os limites da eficácia do princípio da liberdade da pactuação do regime de bens quanto a terceiros de acordo com a publicidade dispensada ao ato. Se o contrato for levado a registro, presume-se o conhecimento de terceiros; se não for, a prova do conhecimento por parte do terceiro interessado é imprescindível.³⁶²

Dessa forma, um sistema eficiente de publicidade, posterior à alteração, parece estar em maior consonância com a natureza jurídica da alteração do regime de bens e com os direitos envolvidos, além de ser mais efetivo à proteção dos interesses de terceiros do que a publicidade garantida previamente à modificação, já que a mudança poderá ser passível de ineficácia. Isso, porém, contraria o Enunciado 113 da I Jornada de Direito Civil da Justiça Federal, o qual, em função do silêncio legal, previu a publicidade do pedido de alteração do regime de bens e a comprovação da inexistência de débitos em nome dos cônjuges antes do deferimento do pedido, entendimento adotado pela jurisprudência.

d.1.1) Publicação de editais e a utilização de outras formas de veiculação do pedido modificativo

Logo que o Código Civil de 2002 entrou em vigor, as corregedorias de alguns Tribunais de Justiça estaduais editaram provimentos determinando a publicação de editais

efeito se o ato público não é concluído com o consentimento de todas as pessoas que foram partes no pacto anterior ou os seus herdeiros”. Não difere disso, o artigo 1.331 do Código Civil espanhol: “Para que sea válida la modificación de las capitulaciones matrimoniales deberá realizarse con la asistencia y concurso de las personas que en éstas intervinieron como otorgantes si vivieren y la modificación afectare a derechos concedidos por tales personas”. Em tradução livre, “Para que seja válida, a modificação do pacto antenupcial deverá realizar-se com a assistência e o concurso das pessoas que nele intervieram como outorgantes se viverem e a modificação afetar os direitos concedidos por tais pessoas”.

³⁶² “§ 1412. Wirkung gegenüber Dritten. (1) Haben die Ehegatten den gesetzlichen Güterstand ausgeschlossen oder geändert, so können sie hieraus einem Dritten gegenüber Einwendungen gegen ein Rechtsgeschäft, das zwischen einem von ihnen und dem Dritten vorgenommen worden ist, nur herleiten, wenn der Ehevertrag im Güterrechtsregister des zuständigen Amtsgerichts eingetragen oder dem Dritten bekannt war, als das Rechtsgeschäft vorgenommen wurde; Einwendungen gegen ein rechtskräftiges Urteil, das zwischen einem der Ehegatten und dem Dritten ergangen ist, sind nur zulässig, wenn der Ehevertrag eingetragen oder dem Dritten bekannt war, als der Rechtsstreit anhängig wurde. (2) Das Gleiche gilt, wenn die Ehegatten eine im Güterrechtsregister eingetragene Regelung der güterrechtlichen Verhältnisse durch Ehevertrag aufheben oder ändern.” Em tradução livre, “§ 1.412. Efeito contra terceiros. (1) Se os cônjuges excluíram ou alteraram o regime de bens, podem derivar disso objeções de terceiros a uma transação legal entre um deles e o terceiro se o contrato de casamento estiver registrado no tribunal distrital competente ou se era conhecido do terceiro quando a transação foi feita; objeções a um julgamento final e absoluto havido entre um dos cônjuges e o terceiro são admissíveis somente se o contrato de casamento foi registrado ou era conhecido pelo terceiro no momento em que a disputa estava pendente no tribunal. (2) O mesmo se aplica se os cônjuges extinguirem ou alterarem, por contrato de casamento, uma previsão patrimonial inscritos no registro público”.

e a juntada de certidões negativas em nome dos consortes,³⁶³ a par do absoluto silêncio legal a esse respeito. Assim o fizeram porque o edital é um instrumento para dar ciência a eventuais terceiros que possam, de alguma forma, ter interesse na questão em discussão e, assim, chamá-los a se manifestarem sobre a pretensão deduzida.³⁶⁴

No entanto, a exigência de publicação de editais se mostra desarrazoada, conforme o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou, no julgamento do Recurso Especial nº 776.455/RS. Na ocasião, entendeu-se que se tratava de “providência da qual não cogita a legislação aplicável”.³⁶⁵

Esse julgado data de 2012, antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que exige expressamente a necessidade de publicação de edital para a mudança do regime de bens. Ressalve-se que tal requisito pode ser afastado se as partes adotarem outro procedimento que garanta ciência a terceiros do pedido modificativa.

Na tentativa de facilitar o procedimento, o legislador autorizou a possibilidade de os próprios cônjuges proporem forma alternativa da divulgação da pretensão modificativa, tentando otimizar o procedimento,³⁶⁶ o que não deixa de ser um reconhecimento de que a publicação representa o retardamento do desfecho da questão.

³⁶³ A título exemplificativo, veja-se o artigo 1º do Provimento nº 024/03-CGJ-TJRS: “A modificação do regime de bens do casamento decorrerá de pedido manifestado por ambos os cônjuges, em procedimento de jurisdição voluntária, devendo o juízo competente publicar edital com prazo de trinta (30) dias, a fim de imprimir a devida publicidade à mudança, visando resguardar direitos de terceiros”.

³⁶⁴ Na linha do Enunciado 113 da I Jornada de Direito Civil, PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO destacam ser “recomendável” a determinação da publicação de edital, a fim de garantir a mais ampla publicidade ao ato (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6, p. 335)

³⁶⁵ “CIVIL. FAMÍLIA. MATRIMÔNIO. ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS DO CASAMENTO (CC/2002, ART. 1.639, § 2º). EXPRESSA RESSALVA LEGAL DOS DIREITOS DE TERCEIROS. PUBLICAÇÃO DE EDITAL PARA CONHECIMENTO DE EVENTUAIS INTERESSADOS, NO ÓRGÃO OFICIAL E NA IMPRENSA LOCAL. PROVIMENTO N. 24/03 DA CORREGEDORIA DO TRIBUNAL ESTADUAL. FORMALIDADE DISPENSÁVEL, AUSENTE BASE LEGAL. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. Nos termos do art. 1.639, § 2º, do Código Civil de 2002, a alteração do regime jurídico de bens do casamento é admitida, quando procedentes as razões invocadas no pedido de ambos os cônjuges, mediante autorização judicial, sempre com ressalva dos direitos de terceiros. 2. Mostra-se, assim, dispensável a formalidade emanada de Provimento do Tribunal de Justiça de publicação de editais acerca da alteração do regime de bens, mormente pelo fato de se tratar de providência da qual não cogita a legislação aplicável. 3. O princípio da publicidade, em tal hipótese, é atendido pela publicação da sentença que defere o pedido e pelas anotações e alterações procedidas nos registros próprios, com averbação no registro civil de pessoas naturais e, sendo o caso, no registro de imóveis. 4. Recurso especial provido para dispensar a publicação de editais determinada pelas instâncias ordinárias” (STJ, REsp 776.455/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. em 17.04.2012).

³⁶⁶ Até o presente momento, a plataforma virtual do Conselho Nacional de Justiça e do site dos Tribunais de Justiça estaduais, forma prevista pelo legislador de 2015 no artigo 257, inciso II, para a publicação de editais, ainda não foi implementada, o que tem obrigado as partes a invariavelmente procederem à intimação de eventuais terceiros interessados pela velha forma dos editais.

Contudo, a prescindibilidade da publicação, inclusive por meios alternativos, reside, sobretudo, no fato de a publicação do deferimento do pedido modificativo e as anotações e alterações procedidas nos registros próprios terem o condão de garantir amplo conhecimento posterior da alteração, não se justificando a adoção de mais uma medida, custosa e demorada,³⁶⁷ previamente ao deferimento do pedido, para garantir a publicidade de ato que só terá efeitos prospectivos perante terceiros após os devidos registros públicos.

Ademais, não se pode desconsiderar que a publicação de editais representa retardamento do desfecho do deferimento do pedido de alteração. Há um evidente choque com o princípio da celeridade processual.

Não se está a discutir a necessidade de se assegurar a terceiros o direito de saber de quais garantias dispõem para eventual execução futura. O direito à informação é fundamental para a boa-fé e a socialidade das relações entre pessoas casadas e seus credores,³⁶⁸ o que justifica a ampla publicidade, não a necessidade de publicação de editais ou de outros meios de veiculação do pedido modificativo.

Nessa ordem de ideias, conquanto a atual legislação processual preveja a publicação de editais, a ciência de terceiros quanto à pretensão modificativa é excessiva, seja porque a alteração de regime de bens pode ser considerada um direito potestativo dos cônjuges, seja porque os direitos de terceiros estarão sempre tutelados e qualquer possibilidade de prejuízo será ineficaz. O maior equívoco daqueles que defendem a indispensabilidade dos editais é justamente o argumento do prejuízo a terceiros.³⁶⁹

Em assim sendo, a intervenção de terceiros na pretensão de alteração do regime de bens não se justifica. Não é autorizada a oposição de quem quer que seja no procedimento para alteração do regime de bens, porque os cônjuges ostentam legitimidade

³⁶⁷ A doutrina critica o fato de os prazos para publicação de edital retardarem consideravelmente o desfecho da alteração do regime de bens, mormente porque o artigo 734, § 1º, do Código de Processo Civil obriga o magistrado a publicar edital com prazo de 30 (trinta) dias que garanta, findo o trintídio, prazo não delimitado para manifestação de terceiros, podendo, ainda, o juiz ampliar o termo de trinta dias com base no modelo de flexibilização procedimental do artigo 139, inciso VI, do Código de Processo Civil (GUEDES, Jefferson Carús. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 719 ao 770*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 363, v. 11). Isso importa dizer que a manifestação de terceiros poderá atrasar ainda mais o desfecho do pedido modificativo.

³⁶⁸ SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Regimes de bens no casamento e na união familiar estável*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 102.

³⁶⁹ GUEDES, Jefferson Carús. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 719 ao 770*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 363, v. 11.

exclusiva para formular o pedido. Possíveis terceiros que eventualmente busquem impedir a mudança serão, portanto, carentes de interesse de agir.

No plano da eficácia, é dado ao casal decidir qual é o melhor estatuto patrimonial atende aos seus interesses sem prejudicar terceiros. Desse modo, não cabe chamar pessoas estranhas ao vínculo conjugal, por meio de editais, a declinarem sua concordância em relação à modificação, sob pena de configurar verdadeira usurpação de uma prerrogativa do par. No efeito *inter partes*, se ambos os consortes estiverem de acordo com a alteração, eles devem poder mudar o seu regime de bens.

Admitindo-se como necessária a publicação de editais, caso os terceiros juridicamente interessados não se manifestassem quanto ao pedido de alteração, seja por desconhecimento da pretensão, seja por inércia, o seu direito permaneceria hígido frente aos consortes.³⁷⁰ Bastaria que, demonstrado o dano, posteriormente à alteração, postulassem o reconhecimento judicial da ineficácia do ato contra si. Seria dispensável a tomada de outra providência, contemporânea ao pedido de modificação, a fim de garantir a efetividade de seus direitos.³⁷¹

Nesse cenário, é descabida a publicação de editais, a uma, porque a publicidade que deve ser garantida é posterior à modificação; a duas, porque o conhecimento de terceiros é assegurado de outras formas, as quais deverão obrigatoriamente ser realizadas,

³⁷⁰ Nesse sentido, é inaplicável à alteração do regime de bens a previsão contida no artigo 259, inciso III, do Código de Processo Civil, a qual dispõe sobre a publicação de edital “em qualquer ação em que seja necessária, por determinação legal, a provocação, para participação no processo, de interessados incertos ou desconhecidos”, uma vez que os terceiros não são parte no processo, assim como não há determinação no artigo 1.639, § 1º, do Código Civil ou no artigo 734 do Código de Processo Civil acerca da obrigatoriedade dos terceiros se insurgirem contra a modificação. Não se pode confundir a obrigatoriedade de garantir a publicidade prévia a terceiros, antes do deferimento do pedido – com o que não se concorda – com a obrigatoriedade de manifestação de terceiros, até porque não decaí de seu direito se nada fizer.

³⁷¹ Ressalve-se o entendimento de LUIZ FERNANDO VALLADÃO NOGUEIRA e LUCILA CARVALHO VALLADÃO, para quem a publicação de editais e citação de credores, que poderão inclusive produzir provas, são precauções recomendadas para evitar a usurpação de interesses. Após o julgamento do pedido, os terceiros prejudicados poderão requerer a modificação da sentença, pois, em procedimentos de jurisdição voluntária, não há coisa julgada material; ajuizar ação anulatória, se verificada ocorrência de simulação, vício de consentimento ou preterição de requisito formal, sendo incabível ação rescisória por falta de coisa julgada material; pleitear o reconhecimento da fraude contra credores, se os bens do cônjuge devedor forem, dissimuladamente e em virtude do novo regime de bens, adquiridos em nome do outro ou para ele transferidos; requerer a penhora de bens do cônjuge não devedor, no curso da execução, caso comprove que a dívida em nome do outro cônjuge beneficiou aquele (NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão; NOGUEIRA, Lucila Carvalho Valladão. A mutabilidade do regime de bens sob a ótica das novas regras constitucionais (após EC 66/10). In: NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. *Regime de bens: direito de família e sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 119-140).

como a averbação em certidão de casamento e no Registro de Imóveis; a três, porque o direito de terceiros será sempre tutelado, independentemente da modificação.³⁷²

Andou mal, portanto, o legislador ao tornar obrigatória a publicação de editais ou a adoção de outro meio de divulgação da pretensão modificativa no artigo 734, § 1º, do Código de Processo Civil, pois nenhum efeito imediato essa intervenção causará a terceiros.

d.2) Inexistência de dívidas

Ainda que o direito de terceiros seja expressamente imune a qualquer lesão pela alteração do regime de bens, parte da jurisprudência³⁷³ entende que a existência de dívidas pode configurar óbice à alteração do regime de bens.

Contudo, tal entendimento não merece prevalecer. A existência de débitos não afasta a possibilidade de alteração do regime de bens no curso do casamento, uma vez que a mudança dispõe de efeitos constitutivo, modificativo e prospectivo.

Desse modo, a exigência de comprovação da inexistência de débito se mostra desproporcional, uma vez que a alteração jamais poderá frustrar o crédito de terceiros junto aos cônjuges. Nessa conjuntura, dívidas anteriores à mudança deverão ser suportadas pelos cônjuges na exata dimensão de responsabilidades que o antigo regime lhes impunha, sob pena de afronta ao ato jurídico perfeito.³⁷⁴

Assim, como não há receio de eventuais danos causados a terceiros titulares de direitos oponíveis ao casal, é desprocurado perquirir sobre a existência de dívidas.³⁷⁵ Se os direitos de terceiros estão resguardados nos termos da lei e a alteração sempre ostenta eficácia *ex nunc*, não há razão para se determinar a produção de provas capazes de indicar

³⁷² CHRISTIANO CASSETTARI sublinha que o fato de os editais serem publicados e os credores serem citados não inviabiliza que não se possa posteriormente discutir os direitos de terceiros (CASSETTARI, Christiano. *Elementos de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 594).

³⁷³ A título de ilustração, é o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “APELAÇÃO CÍVEL. CASAMENTO. ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS. DESCABIMENTO. É possível a alteração do regime de bens adotado no casamento, para tanto é necessário processo judicial, consenso dos cônjuges na postulação, motivação e ressalva do direito de terceiros. Verificado que tramita ação indenizatória em face dos apelantes e que a alteração do regime de bens de comunhão universal de bens para comunhão parcial pode causar prejuízo a terceiros, descabe o acolhimento do pedido. Apelação cível desprovida” (TJRS, AC nº 70075200485, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Jorge Luís Dall’Agnol, j. em 12.12.2017).

³⁷⁴ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regime de bens no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 103.

³⁷⁵ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 716.

a inexistência de dívidas, já que essa averiguação não tem o condão de impedir a alteração do regime, pois nenhum prejuízo será amargado por terceiros diante de eventual desvio patrimonial cometido pelos cônjuges.³⁷⁶

No âmbito do Tribunal de Justiça paulista, conquanto seja reconhecido que a alteração do regime de bens será ineficaz contra credores, quando os cônjuges possuem dívidas em seu nome, a jurisprudência condiciona a autorização da modificação à existência de patrimônio suficiente para garantir a satisfação de crédito.³⁷⁷ A exigência é incoerente, uma vez que, para perquirição da possibilidade de frustração do crédito diante de eventual insolvência, invariavelmente é preciso demonstrar a existência de dívida, a sua extensão e, mais ainda, o patrimônio existente em nome dos consortes.

Mais radical ainda é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que aplicando o Enunciado nº 113 da I Jornada de Direito Civil,³⁷⁸ promovido pelo Conselho da Justiça Federal, exige a comprovação de inexistência de dívidas, com a juntada de certidões negativas como requisito para o deferimento da alteração do regime de bens. É o que se depreende do julgamento do Agravo Interno no Recurso Especial nº

³⁷⁶ Nesse sentido, é o precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGISTROS PÚBLICOS. ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS. INEXISTÊNCIA DE BENS E DÍVIDAS. JUNTADA DE CÓPIA DAS ÚLTIMAS DECLARAÇÕES DE BENS E RENDIMENTOS. DESNECESSIDADE. Admite-se alteração do regime de bens, quando há consenso entre ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros. Tendo a lei resguardado os direitos de eventuais credores, é despicienda a juntada de cópias das últimas declarações de rendimentos do casal, a fim de comprovar a inexistência de dívidas, pois a modificação preconizada ressalva eventuais direitos de terceiros que pudessem ser atingidos, não produzindo efeitos em relação a eles. NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO” (TJRS, AI nº 70027662279, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, j. em 26.11.2008).

³⁷⁷ É o que se extrai dos seguintes julgados: “MODIFICAÇÃO DE REGIME DE BENS – Comunhão parcial para universal – Coautor marido que, com a alteração, pretende resguardar patrimonialmente a coautora, esposa – Improcedência – Insurgência – Cabimento – Existência de execução de alimentos em trâmite que não tem o condão de impedir a alteração pretendida – Declaração de mudança de regime de bens que tem efeitos ex nunc – Direito creditício de terceiro ressalvado, nos termos do art. 1.639, § 2º, do CC – Execução de pequena monta – Princípio da boa-fé que é preceito de ordem pública – Recurso provido” (TJSP, AC nº 0000992-07.2015.8.26.0140, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Miguel Brandi, j. em 14.03.2017) e “Casamento – Pedido de alteração de regime de bens com efeitos ‘ex tunc’ [...] Sentença que indeferiu o pedido diante de ações cíveis movidas em face dos autores e das empresas da qual os apelantes são sócios – Inexistência de indícios de fraude – Possibilidade da alteração do regime de bens, com efeitos ‘ex nunc’, ressalvados os direitos de terceiros, nos exatos termos do § 2º do art. 1.639 do Novo Código Civil – Recurso parcialmente provido” (TJSP, AC nº 0003507-50.2014.8.26.0075, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Fábio Quadros, j. em 21.07.2016).

³⁷⁸ “É admissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade.”

1.379.728/SP³⁷⁹ e do Recurso Especial nº 1.119.462/MG,³⁸⁰ dos quais se extrai que a Corte ignora o seu entendimento sedimentado no sentido da ineficácia da alteração perante credores e os efeitos *ex nunc* da medida.

No caso específico de dívidas sobre imóveis dos cônjuges, é ainda mais descabida a pretensão de que dívidas possam obstar a modificação, porquanto se trata de obrigação *propter rem*,³⁸¹ em que o próprio bem responde pelos débitos, consoante já se manifestou a Décima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da Apelação Cível nº 3000355-18.2012.8.26.0299.³⁸²

Portanto, embora a inexistência de dívida possa parecer uma maior tranquilidade a eventuais credores, isso não pode configurar óbice à alteração do regime de bens, pois, quando muito, ela será eficaz *inter partes*, ainda que o regime anterior seja aplicável *erga omnes*.

Não é demais reprimir que a alteração do regime de bens, por si só, não representa qualquer alteração na titularidade dos bens, sendo que eventual direito de

³⁷⁹ Eis a ementa no que aqui importa: “PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. RAZÕES QUE NÃO ENFRENTAM O FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS. REQUISITOS DO ARTIGO 1639, § 2º, DO CC. EXIGÊNCIA DE CERTIDÕES. POSSIBILIDADE. ENUNCIADO N. 113, DA I JORNADA DE DIREITO CIVIL. TESE DO RECURSO ESPECIAL QUE DEMANDA REEXAME DE CONTEXTO FÁTICO E PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA N. 7/STJ. [...] 2. Nos termos do Enunciado nº 113, da I Jornada de Direito Civil/CJF, ‘é admissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade’, de modo que possível a exigência de documentos pelo Tribunal de origem. [...]” (STJ, AgInt no REsp nº 1379728/SP, 4ª Turma, Relª. Minª Maria Isabel Gallotti, j. em 08.08.2017).

³⁸⁰ Eis a ementa do julgado: “DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CELEBRADO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. REGIME DE BENS. ALTERAÇÃO. POSSIBILIDADE. EXIGÊNCIAS PREVISTAS NO ART. 1.639, § 3º, DO CÓDIGO CIVIL. JUSTIFICATIVA DO PEDIDO. DIVERGÊNCIA QUANTO À CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA POR UM DOS CÔNJUGES. RECEIO DE COMPROMETIMENTO DO PATRIMÔNIO DA ESPOSA. MOTIVO, EM PRINCÍPIO, HÁBIL A AUTORIZAR A MODIFICAÇÃO DO REGIME. RESSALVA DE DIREITOS DE TERCEIROS. [...] 4. Portanto, necessária se faz a aferição da situação financeira atual dos cônjuges, com a investigação acerca de eventuais dívidas e interesses de terceiros potencialmente atingidos, de tudo se dando publicidade (Enunciado nº 113 da I Jornada de Direito Civil CJF/STJ). 5. Recurso especial parcialmente provido” (STJ, REsp nº 1119462/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 26.02.2013).

³⁸¹ A respeito do tema: BUNAZAR, Maurício. *Obrigação propter rem: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Atlas, 2014.

³⁸² “Alteração de regime de bens. Fato de o varão figurar como parte em ações de execução fiscal municipal que não impede a concessão do pedido. Direito tributário que incide sobre o próprio imóvel. Obrigação propter rem. Alteração de regime de bens que não representa risco à Fazenda Pública Municipal. Procedência da ação decretada. Recurso provido” (TJSP, AC nº 3000355-18.2012.8.26.0299, Décima Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Araldo Telles, j. em 10.05.2016).

terceiros é preservado pelos bens já integrantes do patrimônio do casal. A cautela verificada na jurisprudência será justificável apenas se for admitida a possibilidade de partilha de bens, porque a divisão pode impor uma situação em que o devedor não tem condições de satisfazer as pretensões de seus credores.³⁸³

d.3) *Necessidade de novo pacto para alteração do regime de bens no casamento*

Outra questão que surge quanto à proteção aos interesses de terceiros é a necessidade ou não de se lavrar uma escritura pública do que seria um *pacto nupcial*, contendo as regras do novo regime. Se, na Espanha, a lavratura de um documento público descrevendo o regime de bens é requisito de validade para a alteração do estatuto econômico do casamento, conforme os artigos 1.326³⁸⁴ e 1.327³⁸⁵ do Código Civil, no Brasil o legislador silenciou a esse respeito, contribuindo para longo debate doutrinário.

Os defensores da necessidade de lavratura da escritura pública sustentam que, na hipótese de escolha de regime de bens diverso do supletivo ou obrigatório, os nubentes devem mandar lavrar pacto antenupcial por meio de escritura pública, sob pena de nulidade, consoante o artigo 1.653 do Código Civil.³⁸⁶ A escritura pública seria, portanto, elemento da substância do ato de eleição do estatuto patrimonial do casamento, de modo que, na hipótese de alteração do regime de bens, também não pode ser mitigada, pois a publicidade do novo regime adotado pelos cônjuges é tão importante quanto a publicidade do regime a ser adotado pelos nubentes. Só assim é que estariam observados os princípios da publicidade e da segurança jurídica, visto que apenas a escritura pública poderia garantir o conhecimento de todos a respeito da alteração do regime de bens, não sendo a simples menção em sentença eficaz para proteger o direito de terceiros.³⁸⁷

³⁸³ Essa questão será vista na Seção V, item b, deste capítulo, *infra*.

³⁸⁴ “Artículo 1.326. Las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio”. Em tradução livre, “Artigo 1.326. Os pactos antenupciais poderão ser outorgados antes ou depois de celebrado o casamento”.

³⁸⁵ “Artículo 1.327. Para su validez, las capitulaciones habrán de constar en escritura pública”. Em tradução livre, “Artigo 1.327. Para sua validade, os pactos antenupciais deverão constar em escritura pública”.

³⁸⁶ GOZZO, Débora. Patrimônio no casamento e na união estável. *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

³⁸⁷ PAIVA, João Pedro Lamana; PINHEIRO, Daniela Beling. *Da necessidade ou não da escritura pública de pacto (ante) nupcial por ocasião da alteração do regime de bens*. Disponível em: <<http://registroimovei.slzona.com.br/?p=218>>. Acesso em: 19 jan. 2016.

Em linha intermediária, há quem defenda que, se a petição inicial ou a própria sentença homologatória descrever as regras do regime atípico, bastará a averbação de mandado e a transcrição das regras nos registros necessários. Porém, se as regras do regime personalizado não constarem de forma clara, deverá ser elaborado pacto.³⁸⁸ ZENO VELOSO destaca que, havendo motivos justificáveis, é recomendável, por questão de cautela aos interesses de terceiros, a lavratura de *pactos nupciais* a respeito da alteração do regime de bens na constância do matrimônio.³⁸⁹

Contudo, mais lúcido é o posicionamento que afasta a lavratura da escritura pública. A simples leitura do artigo 1.639, § 2º, do Código Civil e do artigo 734, § 2º, do Código de Processo Civil não conduz à necessidade do documento público.

Como o legislador previu a autorização judicial, sem se reportar ao pacto, LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS defende que a exigência se trata de “absurda superfetação”,³⁹⁰ com o que se deve concordar. No pedido de alteração do regime de bens, os cônjuges devem indicar os termos do estatuto patrimonial que pretendem adotar. Se ele for um dos regimes típicos, a mera indicação de qual deles passa a vigor é suficiente; se for um regime atípico, ao formularem o pedido modificativo, os cônjuges devem apresentar detalhadamente as regras do novo estatuto, porque, se assim não for, a inicial será inepta, nos termos do artigo 330, § 1º, inciso II, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, EUCLIDES DE OLIVEIRA afirma que a decisão judicial se sobrepõe à escritura pública, servindo o mandado judicial para averbação nos competentes registros, o que garante a publicidade da sentença e sua eficácia *erga omnes*.³⁹¹ A obrigatoriedade de mandar lavrar *pacto nupcial* acarretaria a prática de atos que produziriam os mesmos efeitos práticos,³⁹² entendimento comungado pela jurisprudência dos Tribunais de Justiça de São Paulo³⁹³ e do Rio Grande do Sul.³⁹⁴

³⁸⁸ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método, 2010. p. 73.

³⁸⁹ VELOSO, Zeno. Regimes matrimoniais de bens. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

³⁹⁰ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *A mutabilidade dos regimes de bens*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI2295,101048A+mutabilidade+dos+regimes+de+bens>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

³⁹¹ OLIVEIRA, Euclides de. Alteração do regime de bens no casamento. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2006. v. 1, p. 393.

³⁹² Apesar de, na prática, os efeitos serem os mesmos, há diferença entre a mudança de regime por sentença e a autorização para que a mudança ocorra pelo pacto antenupcial. Isso porque, em se lavrando pacto nupcial, a configuração do novo regime de bens é feita pelos cônjuges, ao passo que, se a mudança se dá

Se não bastasse isso, o artigo 1.640, parágrafo único, do Código Civil é específico quanto à exigência de pacto apenas no processo de habilitação para o casamento, que é extrajudicial, no objetivo de dar publicidade à pretensão. Isso, porém, é completamente diferente da alteração do regime de bens, que, ao menos por ora, é judicial.

Mesmo se vier a ser admitida a possibilidade de alteração de regime de bens pela via extrajudicial, a escritura pública de alteração de regime de bens poderia perfeitamente ser averbada nos registros necessários para garantia da publicidade do ato, em substituição ao mandado judicial, sem a necessidade de um segundo documento, para encaminhamento aos devidos registros. Essa forma de proceder é uma realidade, por exemplo, nos casos de divórcios extrajudiciais, em que a escritura pública serve como instrumento para averbação do divórcio no assento de casamento.

Ademais, se o *pacto nupcial* fosse exigível para a alteração do regime de bens, ele deveria estar expressamente previsto em lei, como ocorre com o pacto antenupcial. Nosso sistema jurídico adotou a forma livre como regra para os negócios jurídicos, devendo a forma solene ser expressamente prevista, enquanto exceção que é.

Todavia, se porventura as partes lavrarem novo *pacto* para alteração do regime de bens, a escritura pública terá força de mero elemento prova da alteração do novo regime. Isso porque, de acordo com a ordem jurídica vigente, a escritura pública teria o condão de publicizar a vontade de ambos os nubentes, mas não serve como requisito da mutação. O *pacto nupcial* é, pois, medida desnecessária, mas não vedada.

Mesmo assim, dispensar a lavratura de escritura pública na alteração do regime de bens significa economia aos consortes, pois, caso a exigência fosse correta, o casal

em sede sentencial, há intervenção judicial, o que parece estar mais de acordo com o modelo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro para a mudança do regime de bens no curso do casamento.

³⁹³ “CASAMENTO. REGIME PATRIMONIAL. MODIFICAÇÃO. SENTENÇA QUE PRODUZ, COMO REGRA, EFEITOS ‘EX NUNC’. RETROATIVIDADE ADMISSÍVEL APENAS NAS HIPÓTESES DE CONVERSÃO A REGIME DE BENS MAIS FAVORÁVEL AOS CREDORES DO CASAL, O QUE NÃO É O CASO. INEXIGIBILIDADE, ADEMAIS, DE LAVRATURA DE PRÉVIA ESCRITURA PÚBLICA PARA A ALTERAÇÃO. SUFICIÊNCIA DA EXPEDIÇÃO DE MANDADO JUDICIAL À UNIDADE NOTARIAL. DECISÃO ALTERADA APENAS EM PARTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO” (TJSP, AC nº 0003585-74.2011.8.26.0002, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Vito Guglielmi, j. em 15.03.2012).

³⁹⁴ “APELAÇÃO CIVIL. CASAMENTO. ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS. IMPOSSIBILIDADE. ALEGAÇÕES INSUFICIENTES. Segundo o art. 1.639, § 2º, do CCB, admite-se a alteração do regime de bens do casamento quando, submetido o pedido à autorização judicial, admite o magistrado pela relevância da fundamentação apresentada, ressalvados direitos de terceiros, procedendo o termo judicial a registro, restando desnecessária a lavratura de escritura pública de pacto nupcial, não exigida em lei para tal desiderato. APELAÇÃO DESPROVIDA” (TJRS, AC nº 70043295542, 7ª Câmara Cível, Rel. Dr. Roberto Carvalho Fraga, j. em 02.04.2012).

deveria arcar com despesas notariais.³⁹⁵ É descabida, pois, a exigência de *pacto nupcial* para alteração do regime de bens, sendo suficiente para garantia da publicidade o registro da alteração na certidão de casamento.

SEÇÃO V – EFICÁCIA DA ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS

Um dos mais áridos debates sobre a mutabilidade do regime de bens condiz com os efeitos, retroativos ou não, da alteração. Trata-se, novamente, de ponto sobre o qual o legislador deveria ter sido claro, mas acabou economizando nas palavras.

A questão é relevante, especialmente diante da exequibilidade do regime de bens, tanto entre cônjuges, quanto em relação a terceiros. Daí decorre a discussão acerca da necessidade de liquidação do regime de bens e a situação jurídica de eventuais bens comuns surgida entre a alteração do regime de bens e a partilha.

a) Irretroatividade da alteração do regime de bens

Parte da doutrina e da jurisprudência firmou posicionamento no sentido de que a resolução da questão está no âmbito da autonomia privada dos cônjuges, devendo ser observado o pedido formulado pelo casal e os termos da decisão proferida. EUCLIDES DE OLIVEIRA³⁹⁶ e FABIANA DOMINGUES CARDOSO³⁹⁷ aduzem que normalmente os efeitos se operam *ex nunc*, a fim de preservar as disposições patrimoniais estabelecidas de comum acordo pelo casal, mas que, por outro lado, não se pode desconsiderar a possibilidade de retroatividade do regime de bens, situação a exigir maior cautela, diante da proteção dos direitos dos consortes e de terceiros.

Nessa linha, JOSÉ ANTONIO ENCINAS MANFRÉ³⁹⁸ e MARIA BERENICE DIAS³⁹⁹ destacam que a retroação dos efeitos da sentença à data da celebração do casamento é

³⁹⁵ NUNES, Lydía Neves Bastos Telles. A alteração do regime de bens autorizada judicialmente: como proceder para que ela produza efeitos? *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, nº 44, p. 369-378, set.-dez. 2005.

³⁹⁶ OLIVEIRA, Euclides de. Alteração do regime de bens no casamento. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2006. v. 1, p. 398.

³⁹⁷ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método, 2010. p. 77.

³⁹⁸ MANFRÉ, José Antonio Encinas. *Regime patrimonial de bens no novo Código Civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 48.

³⁹⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 333.

possível, conforme vontade dos cônjuges, para incluir bens anteriores ao casamento ou ao pedido modificativo, porque não há óbice legal quanto a isso. Sendo permitido o que não é proibido, a única ressalva é garantir a proteção ao direito de terceiros.

Comungando de tal entendimento, SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA sublinha que a ressalva aos direitos de terceiros só se justifica se for admitida a possibilidade de retroação, porque, se assim não fosse, a previsão não precisaria constar do dispositivo legal, pois os efeitos futuros não afetariam terceiros.⁴⁰⁰

TULA WESENDONCK ainda considera que a possibilidade de escolha do regime de bens durante o casamento, desde que não caracterizado ato abusivo, inclui a modulação, pelos cônjuges, dos efeitos da mutabilidade.⁴⁰¹ Pela posição da autora, haveria uma ampliação da autonomia privada dos cônjuges, com o que não se pode concordar, tendo em vista a necessidade de se ponderar os interesses em jogo, não parecendo adequado que a autonomia privada em relação ao patrimônio dos consortes se sobreponha aos interesses de terceiros, mormente porque a boa-fé objetiva, o ato jurídico perfeito e a segurança jurídica resguardam o patrimônio do terceiro.

CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON ROSENVALD, por sua vez, defendem que, em relação aos cônjuges, a retroatividade do regime de bens está de acordo com a alteração a ser verificada no caso concreto. Citam que, se a modificação for de um regime comunitário para um regime segregacionista, os efeitos serão *ex nunc*; se a modificação for para um regime patrimonial mais amplo, a eficácia será *ex tunc*. Isso não impediria o casal de requerer a retroação da eficácia do comando sentencial. No entanto, a eficácia perante terceiros seria sempre prospectiva.⁴⁰²

Por outro lado, PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO entendem que a eficácia da alteração será sempre retroativa, pois, “quando os cônjuges pretendem modificar o seu regime, o patrimônio atingido, que sofrerá a incidência do novo regramento é, por óbvio, aquele existente até a data da sentença da mudança”, motivo pelo qual os bens adquiridos antes da mudança seriam obrigatoriamente atingidos por ela, submetendo-se ao novo estatuto patrimonial do casamento. Para fundamentar sua visão, os

⁴⁰⁰ PEREIRA, Sérgio Gischkow. O direito de família e o novo Código Civil: alguns aspectos polêmicos ou inovadores. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, nº 18, jun.-jul. 2003.

⁴⁰¹ WESENDONCK, Tula. *Direito patrimonial de família: disciplina geral do regime de bens no Código Civil*. São Paulo: Elsevier, 2011. p. 118-119.

⁴⁰² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 7. ed. Salvador: JusPodium, 2015. v. 6, p. 290-291.

autores citam equivocadamente a hipótese de um casal que altera o regime de bens da separação para a comunhão parcial de bens, incidindo a sentença sobre o patrimônio para que os bens exclusivos de cada um dos consortes passem a integrar a massa incommunicável do novo regime,⁴⁰³ o que, na realidade, decorre da característica separatista do regime de bens anterior e dos limites do novo estatuto econômico do casamento.

Segundo PAULO NADER, se não fosse aplicado o efeito retroativo, haveria mutação parcial e o casamento seria regido por dois regimes de bens, servindo o trânsito em julgado da sentença como verdadeiro “divisor de águas: os bens anteriormente existentes continuariam sob o regime adotado no casamento, enquanto os adquiridos posteriormente, sob novo regime”,⁴⁰⁴ o que, para CHRISTIANO CASSETTARI, corresponderia a um regime de bens misto,⁴⁰⁵ cabendo às partes pleitear a irretroatividade.⁴⁰⁶

Segundo LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, se for adotado um dos regimes típicos de bens, a retroatividade seria uma decorrência lógica, citando como exemplo a adoção da comunhão universal de bens, que só será universal se implicar comunicação de todos os bens, posteriores e anteriores à modificação.⁴⁰⁷

Todavia, não há como tal juízo vingar. Há vedação legal acerca da retroatividade da mudança, consubstanciada na necessidade de respeito ao ato jurídico perfeito, o qual encontra proteção constitucional. Se não bastasse isso, a parte final do artigo 1.639, § 2º, do Código Civil serve como óbice legal à retroação, na medida em que só há ressalva aos direitos de terceiros se as consequências da alteração repercutirem para o futuro. Os credores só possuem interesse na preservação de seus direitos se contrataram com os cônjuges previamente à alteração, pois aqueles que se vincularem aos consortes posteriormente estarão passíveis às implicações do novo regime de bens, desde que os devidos registros tenham sido feitos.

⁴⁰³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6, p. 336.

⁴⁰⁴ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 359-360.

⁴⁰⁵ A hipótese cogitada pelo autor é equivocada, na medida em que haveria a incidência de dois regimes de bens distintos, de acordo com o critério temporal, o que não se confunde com um regime híbrido de bens, no qual há a conjunção de regras extraídas de diferentes regimes típicos de bens. Se assim não fosse, toda e qualquer alteração de regime de bens importaria o surgimento de um regime híbrido de bens.

⁴⁰⁶ CASSETTARI, Christiano. *Elementos de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 596-597.

⁴⁰⁷ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Autonomia da vontade e os regimes matrimoniais de bens. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

Como os cônjuges mantêm relações econômicas entre si e com outras pessoas, a liberdade plena para o exercício de propriedade encontra barreira no direito do outro, que não pode ser prejudicado pelo ilimitado exercício da autonomia privada. Não haveria motivo para a previsão expressa de que os direitos de terceiros estão protegidos contra alterações feitas pelos consortes se os cônjuges pudessem deliberar acerca da extensão dos efeitos da modificação do regime de bens exclusivamente com base na autonomia privada e, muito menos, se a alteração fosse retroativa.

Nesse passo, os efeitos da alteração do regime de bens são *ex nunc*, a partir do trânsito em julgado da decisão, por uma questão de eficácia patrimonial. Somente dessa forma é que haverá proteção de direitos, tornando-se a comprovação de ausência de prejuízos a terceiros – não prevista em lei – prescindível. Além disso, admitindo-se a possibilidade de retroatividade, cessaria a eficácia do regime de bens anterior, o que atingiria o ato jurídico perfeito, constituído por vontade dos cônjuges.⁴⁰⁸⁻⁴⁰⁹

Em idêntica linha, PAULO LÔBO destaca que a regra para a alteração do regime de bens deve ser a de que a mudança tem efeito apenas para o futuro, não prejudicando os atos jurídicos perfeitos que não beneficiem os credores, pela ampliação das garantias patrimoniais, sob pena de caracterizar fraude contra seus interesses.⁴¹⁰

No mesmo norte vão as considerações de SILMARA JUNY CHINELLATO⁴¹¹ e de DÉBORA VANESSA CAÚS BRANDÃO, para quem a alteração do regime de bens só produz efeitos em relação aos cônjuges após o deferimento do pedido e, quanto a terceiros, após ser garantida publicidade à sentença, o que torna inalterados os negócios praticados e consumados na vigência do regime anterior, em respeito ao ato jurídico perfeito.⁴¹²

Com relação à mudança *inter partes*, JOSÉ FERNANDO SIMÃO chama a atenção para precedente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina em que foi reconhecida a

⁴⁰⁸ TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1253.

⁴⁰⁹ Sobre ato jurídico perfeito e direito adquirido, ver Seções V e VI do capítulo III, *infra*.

⁴¹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 323.

⁴¹¹ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Comentários ao Código Civil: parte especial do Direito de Família: filiação; adoção poder familiar; regime de bens (comunhão universal; comunhão parcial; participação final nos aquestos; separação); alimentos; usufruto e administração dos bens de filhos menores (arts. 1.591 a 1.710)*. Antonio Junqueira de Azevedo (Coord.). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 285. v. 18.

⁴¹² BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regime de bens no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 103.

possibilidade de retroação dos efeitos da alteração do estatuto patrimonial.⁴¹³ Na hipótese em análise, o casal vivia sob a comunhão parcial de bens e, durante o relacionamento, adquiriu um bem comum, integrando a meação e incorporando-se *ipso facto* a seu patrimônio, um direito adquirido. Posteriormente, o casal alterou o regime de bens para a separação convencional e o antigo bem comum passou a ser particular, em razão da retroatividade, configurando “perda de meação”. Entretanto, isso só pode ocorrer se a “retroatividade” for, na realidade, uma doação ou renúncia ao direito de propriedade sobre os bens, o que é inadmissível, tendo em vista que, “durante a comunhão a meação não pode ser transferida, pois não se trata de condomínio (em que se transfere a fração ideal)” e limitada à parte disponível de seus bens, sob pena de nulidade, assim como a renúncia

é ato unilateral, ou seja, existe e produz efeitos independentemente da concordância ou aceitação da outra parte. Se a “retroatividade” for entendida como renúncia, o companheiro não se torna automaticamente proprietário do bem sobre o qual o outro renunciou. A coisa passa a ser de ninguém, e para o outro companheiro se tornar proprietário deverá se valer das formas de aquisição da propriedade móvel (ocupação, por exemplo) ou imóvel (usucapião, por exemplo).⁴¹⁴

Portanto, sob o aspecto analisado, o fato de os direitos em questão serem disponíveis não torna juridicamente possível a “perda de meação” que poderia ocorrer na mudança de um regime comunitário para outro separatista, pois a figura não encontra amparo no Direito Civil.

Se a mudança de um regime comunitário para um regime separatista obrigaria a realização de um negócio jurídico inexistente no Direito Privado, tal hipótese não se cogita na via inversa, mas nem por isso a eficácia será *ex tunc* entre os cônjuges. Os seus efeitos são *ex legis*, não *ex voluntatis*, o que importa reconhecer que, no regime da comunhão parcial de bens, a comunicabilidade abrange o patrimônio adquirido desde sua entrada em vigor, ao passo que, na comunhão universal de bens, os efeitos repercutem sobre os bens presentes e futuros. Se assim não fosse, haveria perda ou aquisição de propriedade sobre bens passados, acarretando insegurança jurídica inclusive entre o par.

⁴¹³ Em que pese o artigo verse sobre união estável, a lição é perfeitamente aplicável ao casamento, diante da semelhança dos institutos em relação à alteração do estatuto patrimonial do relacionamento e a irretroatividade dos efeitos, diante das regras de Direito Civil aplicáveis a ambos.

⁴¹⁴ SIMÃO, José Fernando. *Retroagir ou não retroagir: eis a questão!* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-27/processo-familiar-retroagir-ou-nao-retroagir-eis-questao>>. Acesso em: 20 out. 2016.

Assim, os bens adquiridos antes da alteração do regime de bens devem remanescer sob as regras do regime de bens anteriormente estipulado, aplicando-se o novo regime somente em relação aos bens adquiridos e os negócios jurídicos realizados após o trânsito em julgado da decisão que deferir o pedido, com efeitos *ex nunc*, portanto.

O que se extrai do posicionamento que defende a aplicação da retroatividade do novo estatuto econômico do casal é que o casamento não poderia ser regido por dois estatutos patrimoniais durante a sua vigência. Tal entendimento, porém, mostra-se equivocado, na medida em que não há qualquer determinação legal a esse respeito, até porque a retroatividade não é regra em nosso sistema jurídico.

A indivisibilidade do regime de bens, tida por alguns doutrinadores como princípio do Direito patrimonial de Família, não tem essa dimensão. Essa característica apenas impõe que o mesmo regime de bens seja aplicado para ambos os cônjuges,⁴¹⁵ não podendo para um dos consortes ser aplicável, por exemplo, a comunhão parcial e, para o outro, a separação convencional de bens. Não há obrigatoriedade de que o regime de bens seja único ao longo do casamento, porque isso parece reforçar a já superada concepção de imutabilidade do regime de bens.

Embora não defendam expressamente a obrigatoriedade de um regime único para o casamento, MARIA LIGIA COELHO MATHIAS e JOSÉ LOURENÇO entendem ser “mais lógico que a unicidade do regime seja a tônica”, para evitar “confusão patrimonial”. A possibilidade de os cônjuges alterarem mais de uma vez o estatuto patrimonial de seu casamento poderia dar azo a uma situação inusitada, com vários regimes de bens dentro de um mesmo relacionamento, com a possibilidade de restar impossibilitada a delimitação precisa dos direitos patrimoniais de cada um dos cônjuges no momento da dissolução da sociedade, razão pela qual cada mudança deveria implicar a retroatividade e adequação do patrimônio ao novo regime.⁴¹⁶

O argumento não se sustenta e milita contrariamente à retroatividade, haja vista não ser razoável que, em prol de uma partilha de bens mais tranquila ao final da vida em comum, terceiros sejam expostos aos efeitos de inúmeras alterações com efeitos

⁴¹⁵ VELOSO, Zeno. Regimes matrimoniais de bens. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

⁴¹⁶ MATHIAS, Maria Ligia Coelho; LOURENÇO, José. Efeitos *ex tunc* e *ex nunc* na mudança de regime de bens no casamento e na união estável. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3, 2017, nº 1, p. 509-544, *on-line*.

retroativos, alterando sucessivamente as garantias de satisfação de seus créditos perante os consortes. Dessa forma, mais razoável é que, na partilha, a vida em comum seja dividida entre os diferentes regimes de bens vigentes durante o casamento, aplicando-se as regras cabíveis a cada um dos períodos.

Na jurisprudência, a irretroatividade da alteração do regime de bens está sedimentada no Superior Tribunal de Justiça. Em maio de 2014, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.300.036/MT, entendeu inexistir obrigatoriedade de unicidade do regime de bens ao longo da relação conjugal, devendo ser respeitado o ato jurídico perfeito e os interesses de terceiros que mantiveram relações negociais com os cônjuges e, por isso, poderiam ser surpreendidos com uma alteração no regime de bens do casamento.⁴¹⁷ O precedente em questão foi referendado pela Corte no julgamento do Recurso Especial nº 1.597.675/SP, quando foram utilizadas as mesmas razões de decidir, ainda que o caso versasse sobre união estável.⁴¹⁸

Nesse contexto, a ponderação de LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS acerca da retroatividade da mudança não se mostra acertada, pois os regimes de bens típicos podem perfeitamente ser aplicados para o futuro, sem que haja qualquer desvirtuamento de sua gênese, observando-se, contudo, a existência de dois regimes aplicáveis ao casamento: um

⁴¹⁷ Eis a ementa do julgado no que aqui importa: “RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO. ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS. TERMO INICIAL DOS SEUS EFEITOS. *EX NUNC*. [...] 1 – Separação judicial de casal que, após período de união estável, casou-se, em 1997, pelo regime da separação de bens, procedendo a sua alteração para o regime da comunhão parcial em 2007 e separando-se definitivamente em 2008. 2 – Controvérsia em torno do termo inicial dos efeitos da alteração do regime de bens do casamento (‘ex nunc’ ou ‘ex tunc’) e do valor dos alimentos. 3 – Reconhecimento da eficácia “ex nunc” da alteração do regime de bens, tendo por termo inicial a data do trânsito em julgado da decisão judicial que o modificou. Interpretação do art. 1.639, § 2º, do CC/2002. [...] 5 – Precedentes jurisprudenciais do STJ. 6 – RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO” (STJ, REsp nº 1300036/MT, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 13.05.2014)

⁴¹⁸ “RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. ESCRITURA PÚBLICA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS. ATRIBUIÇÃO DE EFICÁCIA RETROATIVA. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES DA TERCEIRA TURMA. 1. Ação de declaração e de dissolução de união estável, cumulada com partilha de bens, tendo o casal convivido por doze anos e gerado dois filhos. 2. No momento do rompimento da relação, em setembro de 2007, as partes celebraram, mediante escritura pública, um pacto de reconhecimento de união estável, elegendo retroativamente o regime da separação total de bens. 3. Controvérsia em torno da validade da cláusula referente à eficácia retroativa do regime de bens. 4. Consoante a disposição do art. 1.725 do Código Civil, ‘na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens’. 5. Invalidez da cláusula que atribui eficácia retroativa ao regime de bens pactuado em escritura pública de reconhecimento de união estável. 6. Prevalência do regime legal (comunhão parcial) no período anterior à lavratura da escritura. 7. Precedentes da Terceira Turma do STJ. 8. Voto divergente quanto à fundamentação. 9. Recurso especial desprovido” (STJ, REsp nº 1597675/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 25.10.2016).

vigente da data da celebração do casamento até, para os cônjuges, o trânsito em julgado da decisão que deferiu o pedido e, para terceiros, até a publicidade do ato modificativo; e outro, a contar daí em diante. As decorrências patrimoniais do casamento terão marcos temporais dentro do relacionamento, sem que isso desvirtue as características do regime de bens adotado. Não se trata de um regime misto,⁴¹⁹ pois há dois regimes sucessivos.

Com relação à separação convencional de bens, a segregação das esferas patrimoniais dos cônjuges ocorrerá a partir do termo inicial do regime de bens separatista. Antes disso, as regras referentes aos bens adquiridos na vigência do regime anterior serão por ele estabelecidos e as regras do regime típico de bens serão aplicadas a partir da sua entrada em vigor, formando, desde então, duas esferas patrimoniais distintas.

A separação de bens não acarreta obrigatoriamente a total segregação patrimonial entre os cônjuges, mas apenas dos bens adquiridos durante a vigência desse regime, porque inexistente o estado de mancomunhão. Isso não impede que bens sejam adquiridos por esforço comum, em condomínio, não *ex lege*, mas na medida da contribuição de cada cônjuge, ou que existam bens comuns anteriores à alteração, inclusive geradores de frutos que serão igualmente comuns.

Quanto à comunhão universal, em uma primeira análise, a alteração, que determina a comunicabilidade dos bens presentes e futuros do casal, poderia servir de fundamento para a corrente que defende a retroatividade dos efeitos da modificação, como se verifica na doutrina.⁴²⁰⁻⁴²¹ No entanto, isso se deve não a uma eficácia *ex tunc* da mudança, mas à característica primordial do regime de bens, de formação de um patrimônio único entre o casal, mesmo porque a retroação atinge situações anteriores e a comunhão universal abarca os bens presentes, jamais os anteriores. Tanto é assim que, por ocasião da celebração do casamento, os efeitos sobre o patrimônio dos consortes unidos por esse regime são exatamente os mesmos do aqui defendido, ainda que o vínculo jurídico entre o casal tenha surgido apenas com as núpcias, porque é de sua gênese que a comunhão universal gere *ex legis* a comunhão imediata.

⁴¹⁹ CASSETTARI, Christiano. *Elementos de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 596.

⁴²⁰ MATHIAS, Maria Ligia Coelho; LOURENÇO, José. Efeitos *ex tunc* e *ex nunc* na mudança de regime de bens no casamento e na união estável. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3, 2017, nº 1, p. 509-544, *on-line*.

⁴²¹ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Autonomia da vontade e os regimes matrimoniais de bens. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA citam hipótese em que um dos cônjuges contrai dívida sem outorga do outro; casados sob o regime da separação, por essa dívida, respondem todos os bens do esposo devedor; mas se, posteriormente, for adotado o regime da comunhão universal, admitidos os efeitos retroativos, os bens do marido tornam-se comuns e só a sua meação em relação a esse patrimônio responde pela dívida.⁴²² É exatamente a previsão do artigo 1.668, inciso III, do Código Civil brasileiro, o que prejudicaria as garantias de seus credores. No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo firmou entendimento no sentido de não admitir os efeitos retroativos na alteração para a comunhão universal.⁴²³

Nessa hipótese, mais do que o efeito não retroativo, pode-se falar em ineficácia contra terceiros, com notório caráter de proteção, na medida em que, entre os cônjuges, nesse caso, todos os bens presentes e futuros passam a ser comum.

Não se pode confundir o fato de a comunhão universal ter efeitos apenas para o futuro com a comunhão parcial de bens, porque isso é desconhecer os regimes típicos de bens. As regras são diversas. A título exemplificativo, se a mudança para a comunhão universal for deferida em 17 de outubro de 2019, os bens existentes nessa data são comunicáveis; porém, se a mudança em 17 de outubro for para a comunhão parcial, apenas os bens adquiridos no dia seguinte, 18 de outubro de 2019, serão considerados comuns. Ainda, na comunhão universal, o cônjuge do herdeiro é meeiro da herança recebida, o que não ocorre na comunhão parcial.

Por tudo isso, mostra-se equivocado afirmar que, para que haja mudança para o regime da comunhão universal de bens, os efeitos devem ser retroativos, sob pena de

⁴²² COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de direito da família*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 1, p. 496.

⁴²³ Nesse sentido, são os seguintes precedentes: “ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS – Comunhão parcial para comunhão universal – Modificação do regime de bens que possui eficácia *ex nunc* – Inteligência do art. 1.639, § 2º, do CC – Precedentes – Sentença mantida – Recurso desprovido” (TJSP, AC nº 1101798-22.2016.8.26.0100, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Moreira Viegas, j. em 27.09.2017); “Agravo de Instrumento. Alteração de regime de bens (comunhão parcial para universal). Decisão que determinou que a partilha dos bens deve obedecer ao regime de bens da comunhão universal devendo retroagir a data do casamento. Inconformismo. Cabimento. Modificação de regime de bens que possui eficácia *ex nunc*. Precedente desta Câmara. Decisão reformada. Agravo provido” (TJSP, AI nº 2937123-08.2017.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, j. em 22.08.2017); “CASAMENTO – ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS (separação total para comunhão universal) – Decreto de procedência – Recurso interposto pelos autores, pleiteando que a alteração retroaja à data da celebração do casamento – Inadmissibilidade – Modificação de regime de bens que possui efeito *ex nunc* – Inteligência do art. 1.639, § 2º, do Código Civil – Precedentes, inclusive do C. STJ – Sentença mantida – Recurso improvido” (TJSP, AC nº 1056413-22.2014.8.26.0100, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Salles Rossi, j. em 12.04.2016).

importar alteração para a comunhão parcial. A comunhão é universal, porém, apenas da alteração em diante, até porque ela admite exceções à unicidade patrimonial entre os consortes, o que pode ser estendido para a situação do casal que adota a comunhão universal ao longo da vida em comum. Se assim não fosse, o direito de eventuais terceiros interessados poderia não estar agasalhado.

No Direito espanhol, a irretroatividade da mudança de regime de bens é prevista em lei. No artigo 1.317 do Código Civil, restou assentado que a modificação do regime econômico do casamento realizada na sua constância não prejudica, em nenhum caso, os direitos adquiridos por terceiros.⁴²⁴ LUIS DíEZ-PICAZO e ANTONIO GULLÓN ressaltam que eventuais direitos de terceiros, a cuja tutela se quer por vezes endereçar a regra da imutabilidade, estão salvaguardados pelo impedimento dos efeitos retroativos de toda modificação.⁴²⁵

Não difere disso a experiência argentina. No artigo 475 do Código Civil argentino,⁴²⁶ constam como causas da extinção da comunidade a morte de um dos cônjuges, a anulação do matrimônio putativo, o divórcio, a separação judicial de bens e a modificação do regime matrimonial convencionado, sendo que o artigo 480⁴²⁷ dispõe que os efeitos da extinção do regime de bens são retroativos apenas nos casos de anulação, divórcio e separação judicial de bens.

Nesse contexto, em respeito à proteção aos interesses de eventuais terceiros, ao ato jurídico perfeito e à natureza dos regimes de bens, a eficácia de qualquer alteração no estatuto econômico do casamento deverá ser prospectiva.

⁴²⁴ “Artículo 1.317. La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros.” Em tradução livre, “Artigo 1.317. A modificação do regime de bens realizada durante o casamento não prejudicará, em nenhum caso, os direitos já adquiridos por terceiros”.

⁴²⁵ DíEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. Sistema de derecho civil. Madrid: Tecnos, 2008. v. 4, p. 136..

⁴²⁶ “Artículo 475. Causas. La comunidad se extingue por: a) la muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges; b) la anulación del matrimonio putativo; c) el divorcio; d) la separación judicial de bienes; e) la modificación del régimen matrimonial convenido.” Em tradução livre, “Artigo 475. Causas. A comunidade se extingue por: a) morte comprovada ou presumida de um dos cônjuges; b) anulação do matrimônio putativo; c) divórcio; d) separação judicial de bens; e) modificação do regime matrimonial convencionado”.

⁴²⁷ “Artículo 480. Momento de la extinción. La anulación del matrimonio, el divorcio o la separación de bienes producen la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges.” Em tradução livre, “Artigo 480. Momento da extinção. A anulação do matrimônio, o divórcio ou a separação de bens produzem a extinção da comunidade com efeito retroativo ao dia da notificação da demanda ou da petição conjunta dos cônjuges”.

b) Partilha de bens comuns

Não menos polêmica é a questão que envolve a liquidação do regime de bens anterior,⁴²⁸ contemporaneamente ao deferimento do pedido de alteração, para realização de partilha dos aquestos.⁴²⁹ Trata-se de mais um ponto em que o legislador poderia ter se manifestado e acabou silenciando, o que torna necessário verificar sua viabilidade no ordenamento jurídico nacional.

Doutrinadores como MARIA BERENICE DIAS⁴³⁰ e ROLF MADALENO⁴³¹ entendem que a divisão de bens entre os cônjuges é imperativa quando o novo regime implicar comunhão mais restrita, a fim de que não haja confusão patrimonial. Para tanto, seria necessária a liquidação do regime de bens anterior. Por outro lado, a jurisprudência oscila quanto ao descabimento da partilha ou ao prestígio da autonomia privada dos cônjuges em optar por partilhar ou não o patrimônio comum.

De início, a divergência surgiu, no Brasil, após a implementação das primeiras alterações de regime de bens. Antes disso, no plano teórico, isso não havia sido cogitado.

⁴²⁸ Segundo PONTES DE MIRANDA, a liquidação tem por fito apurarem-se o ativo e o passivo, solver-se esse, dividirem-se os elementos, se são divisíveis, ou partilharem-se sem divisão, inclusive extraindo-se-lhes o valor para ser partilhado. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral: eficácia jurídica. Determinações inexas e anexas. Diretos. Pretensões. Ações.* 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. p. 389, t. 5).

⁴²⁹ FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA observam que a partilha de bens efetiva não se confunde com a liquidação do regime de bens. Para que aquela seja alcançada, deve haver “a separação de bens próprios, como operação ideal preliminar; a liquidação do patrimônio comum, destinada a apurar o valor do ativo comum líquido, através do cálculo das compensações e da contabilização das dívidas a terceiros e entre os cônjuges; e a partilha propriamente dita” (*Curso de direito da família.* 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 1, p. 428-429). A liquidação do regime de bens visa a separar os bens exclusivos de cada um dos cônjuges, apurar o ativo comum líquido, com a satisfação de dívidas e obrigações atinentes à sociedade conjugal. Criar-se-á, segundo os autores portugueses, “uma espécie de conta-corrente entre o patrimônio comum e os patrimônios próprios, uma conta que se fecha apenas no momento da partilha” (Idem, p. 430). Somente após ser feito isso é que se procederá à partilha propriamente dita, com a adjudicação dos bens comuns que restarem da operação de liquidação do regime de bens, o ativo comum líquido.

⁴³⁰ Apesar de entender pela necessidade de partilha de bens na hipótese de alteração do regime de bens, a doutrinadora entende que, no caso da separação de fato, “é de todo irrelevante a ultimação da partilha para extremar com precisão a titularidade dos bens” (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 327), o que, de certa forma, se mostra contraditório, tendo em vista que, em ambos os casos, há extinção do regime de bens até então vigente.

⁴³¹ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 722.

Ao defender a mudança no paradigma da mutabilidade do regime de bens, ORLANDO GOMES não cogitou a partilha dos aquestos.⁴³² Nas discussões legislativas prévias à aprovação da redação do artigo 1.639 do Código Civil, igualmente não houve debate a respeito.

Isso se justifica porque, no Direito brasileiro, jamais se cogitou a partilha de bens que não fosse decorrente da extinção do vínculo conjugal, o que não se verifica no procedimento de alteração do regime de bens, em que os cônjuges mantêm a vida em comum, mas sob um novo estatuto patrimonial. Não há dissolução do casamento e, muito menos, a transmissão de propriedade.

Veja-se que o artigo 2º da Lei de Divórcio (Lei nº 6.515/1977) previa que a sociedade conjugal e, conseqüentemente, o regime patrimonial só eram extintos pela morte de um dos cônjuges, nulidade ou anulação do casamento, separação judicial ou divórcio.⁴³³

Nesse contexto, a análise histórica indica que apenas o fim do casamento teria o condão de justificar a liquidação do regime de bens e a partilha, uma vez que, no plano da eficácia, a divisão de bens entre o casal sempre pressupôs o rompimento do vínculo ou pelo menos da sociedade entre os cônjuges. Mesmo após a superação da imutabilidade do regime de bens, a legislação nacional seguiu nesse mesmo sentido.

A ideia de se liquidar o regime de bens e partilhar os bens comuns no curso do procedimento modificativo surgiu sem previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro. Mesmo o Código de Processo Civil de 2015, apesar de ter regulamentado o procedimento da alteração do regime de bens, não tratou da liquidação do regime de bens, mesmo depois de mais de uma década da adoção da mutabilidade condicionada.

Dito isso, há de se ponderar que a previsão da Lei do Divórcio foi editada em uma época em que a imutabilidade do regime de bens era um dogma do Direito de Família, realidade suplantada com a entrada em vigor do Código Civil de 2002. Isso autoriza dizer que a vida do regime de bens nem sempre está atrelada à manutenção da sociedade conjugal, ainda que, para toda relação conjugal, haja um regime de bens.

⁴³² GOMES, Orlando. *Direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 164.

⁴³³ O artigo 31 da Lei do Divórcio proibia a decretação do divórcio se não houvesse sentença julgando a partilha de bens. Contudo, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o artigo 1.581 deixou de condicionar o divórcio à divisão dos bens, posição que já havia sido pacificada pela jurisprudência, consoante a Súmula 197 do Superior Tribunal de Justiça, a qual dispunha que “O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens”.

O argumento da tradição, portanto, não é suficiente para refutar a viabilidade da partilha de bens, porquanto a mutabilidade do regime econômico do casamento ainda pode ser considerada uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Por outro lado, não tendo a legislação contemplado a exigência de liquidação do regime de bens e partilha dos aquestos como condição da ação e requisito de desenvolvimento válido e regular do procedimento modificativo, não há como se determinar que os cônjuges assim procedam. Ausente determinação legal, a partilha não é impositiva, conforme decisão da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nos autos do Agravo de Instrumento nº 70069489045.⁴³⁴

Os requisitos para alteração do regime de bens são expressos no artigo 1.639, § 2º, do Código Civil, e a legislação processual posterior não acrescentou a partilha de bens como requisito do pedido modificativo, diferentemente do que se verificou com a exigência da publicação de editais e intervenção do Ministério Público, acrescidos pelo artigo 734, § 1º, do Código de Processo Civil. Mais uma vez, a preocupação com a divisão dos bens comuns não foi uma preocupação do legislador pátrio.

Nesse passo, é útil lembrar que a eficácia da alteração do regime de bens é *ex nunc*, não se podendo ignorar a existência de um regime vigente até a sua efetiva modificação e os efeitos gerados até então. Por isso, a liquidação do regime anterior deixa ainda maiores dúvidas quanto ao regime de bens aplicável nas relações contratuais contínuas com credores, as quais perduraram entre um regime e outro.

A liquidação do regime de bens com sucessiva partilha parece reforçar a equivocada ideia de retroatividade do regime de bens e poder acarretar perda nas garantias daqueles que contrataram com os cônjuges antes da alteração, em desrespeito ao ato jurídico perfeito e aos direitos dos credores, uma vez que a modificação, por si só, é ineficaz perante terceiros interessados, mas a partilha não. Isso permite que a alteração do

⁴³⁴ Nesse sentido, oportuno é o precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS. REQUISITOS LEGAIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.639, § 2º, DO CCB E 734 DO NOVO CPC. DECISÃO REVOGADA. A pretensão de alteração de regime de bens do casamento não exige apresentação de plano de partilha ou arrolamento do patrimônio, porquanto não implica extinção do vínculo conjugal. Portanto, as medidas não podem ser exigidas como condição da ação ou requisito de desenvolvimento válido e regular do processo, sob pena de indeferimento da inicial, devendo ser observados pelo juízo apenas os requisitos legais dispostos no art. 1.639, § 2º, do CCB e no art. 734 do novo CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO” (TJRS, AI nº 70069489045, 7ª Câmara Cível, Relª. Desª. Sandra Brisolará Medeiros, j. em 16.05.2016).

regime de bens seja utilizada para fins fraudulentos, com uma partilha dos bens comuns altamente desproporcional para uns dos cônjuges.

Além disso, essa discussão remete à falsa ideia da impossibilidade da existência de dois ou mais regimes de bens ao longo da vida em comum, quando é perfeitamente viável a adoção de um critério cronológico: a comunicabilidade dos bens adquiridos na constância do estatuto patrimonial anterior deve ser aferida pelas regras desse regime, ao passo que o patrimônio amealhado na vigência do regime subsequente segue os seus ditames. Não se vislumbra confusão patrimonial por conta disso.

A esse respeito, ponderáveis são os argumentos lançados pelo Desembargador FRANCISCO LOUREIRO no julgamento da Apelação Cível nº 0031746-28.2010.8.26.0100,⁴³⁵ razão pela qual merecem transcrição:

O vínculo matrimonial permaneceu intocado, de modo que se mostra írrita a partilha durante a constância do casamento.

A alteração do regime de bens significa apenas que o casamento dos recorrentes seguirá regras patrimoniais distintas em períodos sucessivos. No período compreendido entre a data do casamento e a da publicação da sentença impugnada, aplicam-se às regras relativas à comunhão parcial de bens, ao passo que, no período imediatamente posterior, o regime da separação total de bens é que rege o matrimônio.

Enquanto perdurar a sociedade conjugal, não é possível proceder à partilha dos bens adquiridos naquele primeiro período, pois vige a mancomunhão, ou condomínio de mão comum, expressão utilizada para designar o estado dos bens do casal, durante o casamento.

Igualmente milita contra a tese de liquidação e partilha na mudança do regime de bens a analogia com a separação de fato, na qual, apesar de o regime patrimonial restar extinto,⁴³⁶ a divisão só ocorre quando o vínculo conjugal é dissolvido, nos termos do que dispõem a Lei do Divórcio e o artigo 1.576 do Código Civil.

⁴³⁵ “ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS – Art. 1.639, § 2º, do Código Civil – Matrimônio contraído em 2004, sob o regime de comunhão parcial de bens – Modificação para o regime da separação total de bens – Motivação da alteração pode ser pautada em razões de conveniência pessoal, desde que plausíveis – Princípio da autonomia privada quanto às relações patrimoniais do casal – Inexistência de qualquer indício de interesse escuso ou fraudulento – Efeitos ex nunc da decisão – Indevida a partilha dos bens comuns anteriormente adquiridos, vez que a sociedade conjugal não foi dissolvida, apenas prossegue sob novas regras – Recurso não provido” (TJSP, AC nº 0031746-28.2010.8.26.0100, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. em 24.03.2011)

⁴³⁶ Em sentido contrário, RAFAEL CALMON RANGEL destaca que a separação de fato não põe termo final ao regime de bens no casamento, pois “o sistema brasileiro não concebe que uma união familiar seja desprovida de algum estatuto normativo destinado à regulamentação das relações jurídicas patrimoniais contraídas por seus integrantes. Porém, aceitando-se que a separação fática coloque fim ao regime, estar-se-ia admitindo, via reflexa, que um casamento ainda existente pudesse perdurar mesmo desprovido de

Por outro lado, tratando-se de norma civil e não havendo vedação expressa, a prática pode ser considerada lícita, desde que não esteja em conflito com a ordem jurídica. Conquanto possa se dizer que a liquidação do regime de bens e posterior partilha não seja recomendável e jamais tenha sido cogitada, não há impedimento para assim proceder.

Ainda, não se pode negar a possibilidade de ser delimitado o patrimônio de titularidade de cada um dos cônjuges, um argumento de ordem prática tendente a facilitar em futura extinção do vínculo conjugal, relegando para momento posterior a apuração de eventual patrimônio adquirido pelos consortes após a mudança do regime de bens. Busca-se, assim, que “o estado agônico em que se encontra o patrimônio comungado seja extirpado o quanto antes”,⁴³⁷ especialmente como forma de serem reduzidas, tanto quanto possível, as pendências próprias do fim do casamento, muitas vezes causa de litígio.

Nesse sentido, GUILHERME DE OLIVEIRA recomenda que a partilha de bens seja feita assim que possível, a fim de se delimitar o patrimônio pertencente a cada um dos cônjuges, não só no fito de evitar dissensos futuros a respeito da titularidade de bens, mas também a organização de arranjos domésticos, como lar da família e custeio de despesas, “porque os cônjuges não podem adivinhar como vai ser o resultado prático e económico da divisão futura dos bens”.⁴³⁸

Ademais, se a intervenção pública na esfera privada do casal se torna insuportável aos seus anseios, é bem possível que os consortes busquem a via indireta para obterem o fim almejado, isto é, um divórcio *de fachada* para individualizarem sua meação e, ato contínuo, estabelecer nova sociedade conjugal com a mesma pessoa, sem que nem mesmo tenha havido solução de continuidade ao relacionamento. A rigidez, nesse caso, pode reduzir de sobremaneira o alcance da medida.

Os direitos envolvidos são de natureza patrimonial e, por isso, disponíveis, devendo ser tutelada a autonomia privada dos cônjuges para o fim de permitir decidirem, como melhor lhes aprouver, os caminhos a serem seguidos pela família. Nesse sentido, o artigo 1.513 do Código Civil veda a intervenção estatal no seio familiar.

regime de bens. E o que é pior! Sem que terceiros sequer pudessem ter ciência disso, haja vista a inexigência de que a separação de fato seja averbada nos Serviços de Registro das Pessoas Naturais e de Imóveis (LRP, art. 97)” (RANGEL, Rafael Calmon. Partilha de bens na separação, no divórcio e na dissolução da união estável. São Paulo: Saraiva, 2107. *E-book*. p. 140).

⁴³⁷ RANGEL, Rafael Calmon. Partilha de bens na separação, no divórcio e na dissolução da união estável. São Paulo: Saraiva, 2107, *E-book*. p. 229.

⁴³⁸ OLIVEIRA, Guilherme. A nova lei do divórcio. *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Coimbra: Ed. Coimbra, nº 13, p. 9-32, 2010.

Nesse diapasão, os fundamentos do voto do relator do Recurso Especial nº 1.533.179/RS, Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça sintetizam os argumentos favoráveis à possibilidade de liquidação do regime de bens e partilha dos aquestos por ocasião da alteração do regime de bens, amparando-se na linha de que não pode a justa solução da controvérsia “prescindir da compatibilização do desejo dos autores” com a ordem jurídica vigente, na qual inexistente ressalva à partilha, desde que não represente prejuízo a terceiros ou aos consortes. Acrescenta o Ministro que não cabe ao “jugador criar obstáculos à livre decisão do casal sobre o que melhor atenda a seus interesses”.⁴³⁹ Os demais integrantes da Turma acompanharam o Relator e, assim, o Superior Tribunal de Justiça privilegiou a autonomia privada do casal, a quem cabe escolher pela liquidação e partilha dos bens.

Todavia, o voto merece ressalva com relação à separação convencional de bens especificamente. Extrai-se do julgado a ideia equivocada de que o regime da separação de bens restaria desvirtuado se fosse aplicado apenas para o futuro, porque, como se extrai da redação do artigo 1.687 do Código Civil, que adota o tempo verbal do futuro do indicativo, os efeitos do regime são prospectivos. A afirmação do Ministro Relator, no sentido de que a eficácia da alteração será sempre *ex nunc*, mas que a liquidação do regime de bens anterior “é medida consentânea com o próprio regime da separação total por eles voluntariamente adotado” ressaí, portanto, contraditória, consoante apresentado *supra*.

No Direito espanhol, o artigo 1.392 do Código Civil espanhol⁴⁴⁰ prevê que a comunhão entre os cônjuges se dissolve de pleno direito, com liquidação da *sociedad de gananciales*, em quatro casos: extinção ou nulidade do casamento, separação legal dos

⁴³⁹ Eis a ementa, no que aqui importa: “DIREITO DE FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS DO CASAMENTO DE COMUNHÃO PARCIAL PARA SEPARAÇÃO TOTAL. OMISSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA. PARTILHA DOS BENS ADQUIRIDOS NO REGIME ANTERIOR. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. [...] 3. No caso, diante de manifestação expressa dos cônjuges, não há óbice legal que os impeça de partilhar os bens adquiridos no regime anterior, de comunhão parcial, na hipótese de mudança para separação total, desde que não acarrete prejuízo para eles próprios e resguardado o direito de terceiros. Reconhecimento da eficácia *ex nunc* da alteração do regime de bens que não se mostra incompatível com essa solução. 4. Recurso especial provido” (STJ, REsp nº 1.533.179/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 08.09.2015).

⁴⁴⁰ “Artículo 1.392. La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho: 1.º Cuando se disuelva el matrimonio. 2.º Cuando sea declarado nulo. 3.º Cuando se acuerde la separación legal de los cónyuges. 4.º Cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código.” Em tradução livre, “Artigo 1.392. A comunhão extingue-se de pleno direito: 1º Quando se dissolve o casamento. 2º Quando for declarado nulo. 3º Quando se acordo a separação legal dos cônjuges. 4º Quando os cônjuges estipularem um regime econômico distinto, na forma prevista neste Código.”

cônjuges ou alteração do regime econômico matrimonial, mesmo que não tenham se manifestado expressamente no sentido de dissolvê-lo, nos termos do artigo 1.396 do Código Civil,⁴⁴¹ surgindo uma comunidade *postganancial*, durante a qual os cônjuges são cotitulares dos bens, nos termos do artigo 392⁴⁴² e seguintes do Código Civil, instituindo um estado que se aproxima da mancomunhão, a perdurar até a efetiva liquidação do regime de bens, com o inventário dos bens comuns, o pagamento de dívidas, a divisão do patrimônio líquido e a adjudicação dos bens comuns pelos cônjuges. No mesmo sentido, o Código Civil argentino, em seu artigo 488,⁴⁴³ impõe que a liquidação do regime de bens segue a extinção da comunidade entre os cônjuges, entre as causas está a modificação do estatuto patrimonial do casamento.

No Direito italiano, a alteração do regime de bens é uma das causas do fim da comunhão, consoante artigo 191 do Código Civil italiano. No entanto, a cessação do regime patrimonial não interfere no estado de indivisão dos bens comuns, o que deve ser feito nos moldes do artigo 194 do mesmo diploma, surgindo, até a divisão, uma *comunione de residuo*, prevendo os artigos 177, alíneas “b” e “c”, e 178 quais bens compõe essa massa patrimonial, cujas regras são disciplinadas pelo artigo 1.100 e seguintes do Código italiano, que versa sobre a comunhão ordinária,⁴⁴⁴ que autoriza, a qualquer tempo, a divisão do patrimônio comum e a disponibilidade de parcela desse montante.

Entretanto, em sendo a opção do casal pela liquidação do regime de bens e partilha do patrimônio comum, é necessário que haja a maior cautela possível, pois, se a alteração, por si só, é ineficaz de pleno direito perante terceiros interessados, a partilha de

⁴⁴¹ “Artículo 1.396. Disuelta la sociedad se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y pasivo de la sociedad.” Em tradução livre, “Artigo 1.396. Dissolvida a sociedade, proceder-se-á à sua liquidação, que começará por um inventário do ativo e do passivo da sociedade.”

⁴⁴² “Artículo 392. Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o un derecho pertenece pro indiviso a varias personas. A falta de contratos, o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título.” Em tradução livre, “Artigo 392. Há comunidade quando a propriedade de uma coisa ou um direito pertence pro indiviso a várias pessoas. A falta de contratos, de disposições especiais, a comunidade rege-se-á pelas prescrições deste título”.

⁴⁴³ “Artículo 488. Recompensas. Extinguida la comunidad, se procede a su liquidación. A tal fin, se establece la cuenta de las recompensas que la comunidad debe a cada cónyuge y la que cada uno debe a la comunidad, según las reglas de los artículos siguientes.” Em tradução livre, “Artigo 488. Recompensas. Extinta a comunidade, se procede à sua liquidação. Para tanto, estabelece-se a conta das recompensas que a comunidade deve a cada cônjuge e a que cada um deve à comunidade, segundo as regras dos artigos seguintes.”

⁴⁴⁴ BERNINI, A.; BRUGNETTINI, L.; COLUCCI, V.; DE FILIPPIS, B.; DRAKE, M.; GIARNIERI, E.; GUERRA, F.; GURZILLO, I.; KING, F.; MAZZEI, F.; MONEGAT, M.; PAESANO, G.; PINI, M.; TIRINI, M.; TROTTA, G. *Il regime patrimoniale della famiglia, la comunione legale ed il trust*. Padova: CEDAM, 2011. p. 162.

bens não o é, podendo ser altamente lesiva aos direitos de eventuais credores, na medida em que importa mudança na titularidade de bens e redução em garantias dos credores. Não se deve ignorar as situações em que é utilizada no propósito de fraudar credores.⁴⁴⁵

Prova disso é que a relatividade dos efeitos costuma ser suscitada no âmbito jurisprudencial para proteger os direitos de credores, que devem buscar o Poder Judiciário para ver declarado que o ato praticado não produz efeitos em relação ao titular do crédito, pois o devedor deve resguardar o bem para satisfação da obrigação por ele assumida. Esse foi o entendimento da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.509.293/MG, no sentido de restar configurada a fraude contra a execução quando o executado se separa judicialmente de seu cônjuge pouco tempo após tomar ciência da demanda judicial e deixa a propriedade exclusiva dos imóveis penhorados ao outro.⁴⁴⁶ É dizer, pois, que, ao fim e ao cabo, o acordo de partilha realizado entre o ex-casal é inoponível a terceiros que possam ser prejudicados, dispondo de efeito relativo.

Em sendo assim, quando os consortes pretendem a liquidação do regime de bens e a partilha dos aquestos, a veiculação de editais ou utilização de outros meios que garantam publicidade ao pedido de partilha e a comprovação da inexistência de dívidas capazes de gerar a insolvência do devedor se justificam, porque, nessas situações, não há de antemão proteção aos direitos de terceiros e a alteração no estado de mancomunhão, com reflexos na titularidade dos bens garantidores de obrigações assumidas pelo casal, pode acarretar prejuízos terceiros juridicamente interessados, daí por que deve ser

⁴⁴⁵ Não se pode confundir a ineficácia em função da alteração do regime de bens com a ineficácia decorrente da partilha fraudulenta. Enquanto a primeira é automática, porque previamente prevista em lei, e nem sequer precisa ser buscada em Juízo, a segunda deve ser declarada judicialmente, pela via da ação pauliana, cabendo ao credor a comprovação dos requisitos para desconstituição do ato fraudulento (*consilium fraudis* e *eventus dani*), devendo ser verificada a alteração do patrimônio do devedor a comprometer as garantias de que dispõem os devedores diante da insolvência do credor e do ânimo de prejudicar.

⁴⁴⁶ Eis a ementa, no que aqui importa: “TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. SEPARAÇÃO CONSENSUAL. MEAÇÃO DE BENS. INEXISTÊNCIA DE OUTROS BENS DO DEVEDOR. FRAUDE À EXECUÇÃO. ANÁLISE. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. [...] 3. É remansoso na doutrina e na jurisprudência que a declaração da fraude à execução não afeta o negócio jurídico como inválido. Não obstante a afetação fraudulenta não retirar a propriedade do terceiro adquirente, ela não produz efeitos em relação ao titular do crédito fraudado, na extensão deste. Nesse sentido: REsp 150.430/MG, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 10.4.2000; REsp 1.105.951/RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 14.10.2011. 4. O Tribunal de origem consignou que o sócio da empresa foi citado no dia 7.12.1998 e a separação judicial consensual do casal foi em 31.1.2000, na qual ficou acordado que a recorrente teria a propriedade exclusiva dos imóveis penhorados (fl. 252, e-STJ). [...] 7. Recurso Especial não provido” (STJ, REsp nº 1509293/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 02.06.2015).

permitido que eles possam se opor à partilha que venha a prejudicar seus interesses, inclusive para fins do artigo 549 do Código Civil.

No julgamento da Apelação Cível nº 0001704-88.2004.8.26.0396, diante da pretensão dos cônjuges de alteração da comunhão parcial para a separação convencional de bens com uma partilha que atribuía todos os aquestos a um dos cônjuges, a Décima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu pela necessidade de comprovação da inexistência de dívidas, logrando constatar que o plano de partilha apresentado tornaria a virago insolvente, pois os ativos em seu nome seriam insuficientes para resguardar os interesses de terceiros. Em face dessas circunstâncias, o pedido foi julgado improcedente, o que se mostrou acertado em parte, porque a alteração do regime de bens, por si só, é ineficaz perante credores, cabendo ao órgão julgador tão somente o indeferimento da partilha almejada pelo par.

b.1) Mancomunhão e condomínio

A possibilidade de alteração do regime de bens traz à lume importante discussão referente à natureza jurídica do estado dos bens comuns entre o casal até a ultimação da partilha.

Não há dúvidas de que a adoção de um regime comunitário de bens acarreta o surgimento *ex vi legis* do estado *mancomunhão* entre os consortes. No entanto, há duas correntes a respeito do liame jurídico existente entre os cônjuges com relação aos bens comuns até a ultimação da partilha: de um lado, entende-se que, antes da divisão de bens, o patrimônio permanece comum ao casal em estado de mancomunhão, sem prejuízo de que, feita a partilha, surja um estado de condomínio entre os consortes; de outro, há posicionamento no sentido de que o estado condominial é criado independentemente da divisão dos bens, com a extinção do estatuto patrimonial do casamento.

No direito espanhol, o artigo 392⁴⁴⁷ prevê o surgimento da comunidade quando a propriedade pertence *pro indiviso* a várias pessoas, o que inclui o patrimônio conjugal (artigo 1.344⁴⁴⁸). No direito português, a propriedade em comum ou compropriedade está

⁴⁴⁷ “Artículo 392. Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o un derecho pertenece pro indiviso a varias personas.” Em tradução livre, “Artigo 392. Há comunidade quando a propriedade de uma coisa ou um direito pertence pro indiviso a várias pessoas.”

⁴⁴⁸ “Artículo 1344. Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al

prevista no artigo 1.403^o,⁴⁴⁹ sendo que o artigo subsequente⁴⁵⁰ determina a aplicação das regras da compropriedade a outras formas de comunhão, o que também se verifica no Direito alemão, do qual se extrai o conceito da comunhão de mão comum no livro do Direito de Família (Livro Quarto, § 1.419⁴⁵¹).

No Direito brasileiro, o termo comunhão é utilizado para definir diversas situações distintas entre si. No âmbito da família, isso não é diferente: a expressão é empregada tanto como sinônimo de vida em comum (artigo 1.511 do Código Civil) quanto para indicar a relação patrimonial surgida entre os cônjuges a partir da aplicação de determinados regimes de bens (artigo 1.667 do Código Civil), o que se explica pela tradicional concepção familiar de que a vida a dois deve ser plena inclusive no tocante aos bens. Tanto é assim que a comunhão universal de bens vigeu, durante muito tempo, como regime supletivo em nosso ordenamento jurídico até o ano de 1977.

Em outras palavras, a mancomunhão é uma espécie do gênero comunhão, aplicável propriamente aos regimes de bens decorrentes do casamento.

Por outro lado, cabe analisar a relação entre a mancomunhão e o condomínio.

MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES leciona que a comunhão é um gênero que se refere à cotitularidade de qualquer espécie, um estado jurídico no qual podem se encontrar, com ou sem vontade, duas ou mais pessoas em face de uma coisa não dividida e sobre a qual gozam de um direito qualquer, indivisível. Consubstancia-se em uma relação de fato entre duas ou mais pessoas a respeito de uma coisa. O condomínio, a seu turno, seria uma

disolverse aquela.” Em tradução livre, “Artigo 1.344. Mediante a comunhão parcial de bens, são comuns aos cônjuges os aquestos ou benefícios obtidos indistintamente por qualquer um deles, que lhes serão atribuídos à metade ao dissolver-se aquela”.

⁴⁴⁹ “Artigo 1.403^o. Noção. 1. Existe propriedade em comum, ou compropriedade, quando duas ou mais pessoas são simultaneamente titulares do direito de propriedade sobre a mesma coisa. 2. Os direitos dos consortes ou comproprietários sobre a coisa comum são qualitativamente iguais, embora possam ser quantitativamente diferentes; as quotas presumem-se, todavia, quantitativamente iguais na falta de indicação em contrário do título constitutivo.”

⁴⁵⁰ “Artigo 1404.^o Aplicação das regras da compropriedade a outras formas de comunhão. As regras da compropriedade são aplicáveis, com as necessárias adaptações, à comunhão de quaisquer outros direitos, sem prejuízo do disposto especialmente para cada um deles.”

⁴⁵¹ “§ 1.419. Gesamthandsgemeinschaft. (1) Ein Ehegatte kann nicht über seinen Anteil am Gesamtgut und an den einzelnen Gegenständen verfügen, die zum Gesamtgut gehören; er ist nicht berechtigt, Teilung zu verlangen. (2) Gegen eine Forderung, die zum Gesamtgut gehört, kann der Schuldner nur mit einer Forderung aufrechnen, deren Berichtigung er aus dem Gesamtgut verlangen kann.” Em tradução livre, “§ 1.419. Mancomunhão. (1) Um cônjuge não pode dispor sobre sua parte no patrimônio comum nem sobre bens específicos que pertençam ao patrimônio comum; ele não está outorgado a exigir a divisão. (2) Em face de uma pretensão que pertence ao patrimônio comum, o devedor só pode compensar com uma outra pretensão, cujos direitos possam ser exigidos do patrimônio comum.”

espécie da comunhão, porquanto restrita à cotitularidade de direitos de propriedade,⁴⁵² no que é acompanhado por WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO.⁴⁵³

Para essa corrente, os elementos fundamentais tanto da comunhão quanto do condomínio são a pluralidade de titulares e a falta de divisão da coisa, seja porque não pode ser dividida, seja porque ainda não o foi. Se os proprietários optarem por cindir a propriedade múltipla, a comunhão – ou o condomínio, no caso de comunhão de domínios – deixa de existir, surgindo várias propriedades autônomas.

A corrente divergente não nega a intersecção entre a comunhão e o condomínio quanto ao compartilhamento da propriedade. Entretanto, refuta a ideia de que condomínio e mancomunhão possam ser considerados espécies de um mesmo gênero, em função da divisibilidade patrimonial.

LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO observa que, pelo princípio da unicidade dos patrimônios, comunhão pressupõe a universalidade de direito, um conjunto unitário de situações jurídicas pertencentes, no mesmo polo, a sujeitos distintos, unidos por uma causa preexistente, o que não se confunde com o condomínio na medida em que este se dá sobre bem específico. Há “uma transmissão do objeto da situação jurídica sem negócio jurídico para formar o todo”. No âmbito da família, essa causa é o casamento e a universalidade de direito implica patrimônio comum, parte das esferas jurídicas individuais.⁴⁵⁴

As considerações de CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY no voto proferido nos autos da Apelação Cível nº 0002899-92.2005.8.26.0196,⁴⁵⁵ julgada pela Primeira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, corroboram o entendimento *supra* e são de extrema relevância, razão pela qual merecem transcrição:

⁴⁵² SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 1960. v. 6, p. 270-271.

⁴⁵³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das coisas*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 205.

⁴⁵⁴ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 454.

⁴⁵⁵ Eis a ementa do julgado: “Arbitramento de aluguel. Possibilidade ainda que se tratando de bem sujeito à comunhão matrimonial, mas quando consolidada separação de fato durante período no qual um dos cônjuges ocupa o imóvel comum com exclusividade. Sentença mantida. Recurso desprovido” (TJSP, AC nº 0002899-92.2005.8.26.0196, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Claudio Luiz Bueno de Godoy, j. em 12.05.2015).

Certo não se confundirem espécies diversas de cotitularidade dominial. Ou seja, não se confunde com o condomínio a comunhão em sentido estrito, própria do regime matrimonial (ou de união estável) dos cônjuges (a mancomunhão ou condomínio de mão comum). Como é curial, enquanto no condomínio cada qual dos condôminos detém, do ponto de vista quantitativo, parte ideal da coisa comum, malgrado com iguais direitos, assim do ponto de vista qualitativo, ao uso do bem, e sem que um possa impedir igual uso ao outro, na comunhão matrimonial a coisa toda pertence a ambos os comunheiros, apenas que sempre um acompanhado do outro.

A questão remete à divergência entre o condomínio romano, no qual havia concorrência de titulares em quotas sobre uma coisa, podendo cada proprietário exercer suas prerrogativas, e a propriedade de mão comum do direito alemão. MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES ensina que a *gesamnte Hand* germânica, da onde surge o conceito de *mancomunhão*, não se confunde com a *communio* romana,⁴⁵⁶ pois era uma propriedade coletiva, na qual os seus componentes não dispunham de uma cota, já que o bem permanecia em mão comum. “Sendo comum o patrimônio, comuns também permaneciam todos os bens, fossem reais ou pessoais, e o exercício de qualquer direito tinha a sua validade dependente da intervenção do conjunto dos participantes”.⁴⁵⁷ Para PONTES DE MIRANDA, “a comunhão matrimonial de bens é de tipo germânico, e não romano. Na linguagem vulgar, que também é a do legislador, diz-se sociedade conjugal o que se estabelece entre cônjuges, com ou sem a comunhão de bens”.⁴⁵⁸

No Direito alemão, a propriedade de mão comum é aplicável às sociedades,⁴⁵⁹ aos legatários⁴⁶⁰ e ao casamento.⁴⁶¹ No Direito brasileiro, o que diferencia a mancomunhão

⁴⁵⁶ Ensina MIGUEL MARIA SERPA LOPES que a *communio iuris romanis* “revestiu-se de um caráter autônomo, isto é, cada condômino, cada comuneiro, apesar de se dizer o seu direito limitado a uma cota, tinha o direito de dispor, reconhecendo-se-lhe, como um corolário de sua própria liberdade individual, o direito ainda de pedir-lhe a extinção, e, quando se pactuasse a sua permanência indivisível, tal indivisibilidade era subentendida como não podendo protrair-se além de um período de 10 anos.” E prossegue o jurista afirmando que cada condômino tinha direito de propriedade sobre a coisa toda, exercitando independentemente sobre ela as suas faculdades. Porém, a proporção do exercício dessa mesma faculdade não devia ultrapassar a cota representativa da extensão do seu direito, e quando isso não se tornasse possível, vedava-se o exercício a cada condômino para dar lugar à cooperação geral (SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil: direito das coisas: princípios gerais, posse, domínio e propriedade imóvel*. Rui de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. p. 273-274, v. 6.

⁴⁵⁷ SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 1960. v. 6, p. 334-335.

⁴⁵⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial: direito das coisas: condomínio. Edifício de apartamentos. Compásuco. Terras devolutas. Terras de sívcolas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. t. 12, p. 12-13.

⁴⁵⁹ “§ 718 Gesellschaftsvermögen. (1) Die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände werden gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsvermögen). (2) Zu dem Gesellschaftsvermögen gehört auch, was auf Grund eines zu dem

das demais espécies de comunhão é justamente a causa do aparecimento do vínculo jurídico: o casamento ou a união estável. Para ORLANDO GOMES, a mancomunhão nada mais é do que a comunhão entre os cônjuges, resultante da vontade, consubstanciada na opção por um dos regimes de bens comunitários, e decorre de um único direito, sem titulares e sem sobreposição de partes individuais. O bem pertence a todos os comunistas em conjunto, de modo que acaba sendo uma restrição ao direito de propriedade, uma vez que os direitos concorrentes se limitam entre si para poderem coexistir.⁴⁶²

Essa massa patrimonial única, desprovida de personalidade jurídica, não pertence aos consortes, mas à sociedade conjugal, não sendo possível individualizar, ao longo da existência do regime de bens, quais bens pertencem individualmente a cada um do par. Os titulares detêm parte indivisa dos bens comuns.

Diferentemente do que se verifica no condomínio, não pode um dos cônjuges alienar sua parte sobre o patrimônio comum, o que faria surgir uma comunhão entre o outro consorte e terceiro, até porque entre o casal surge uma cotitularidade sobre um conjunto de bens, enquanto, no condomínio, o domínio plurissubjetivo se verifica em

Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstands erworben wird.” Em tradução livre, “§ 718 Ativos da empresa. (1) As contribuições dos acionistas e o que foi adquirido para a sociedade durante a gestão torna-se ativo conjunto dos acionistas (ativos da empresa). (2) Aos ativos da empresa também pertence o que é adquirido com fundamento em um direito que pertence aos ativos da empresa ou como um substituto pela destruição, dano ou retirada de um objeto pertencente aos ativos da empresa.”

⁴⁶⁰ “§ 1.437 Gesamtverbindlichkeiten; persönliche Haftung. (1) Aus dem Gesamtgut können die Gläubiger des Ehegatten, der das Gesamtgut verwaltet, und, soweit sich aus den §§ 1438 bis 1440 nichts anderes ergibt, auch die Gläubiger des anderen Ehegatten Befriedigung verlangen (Gesamtverbindlichkeiten). (2) Der Ehegatte, der das Gesamtgut verwaltet, haftet für die Verbindlichkeiten des anderen Ehegatten, die Gesamtverbindlichkeiten sind, auch persönlich als Gesamtschuldner. Die Haftung erlischt mit der Beendigung der Gütergemeinschaft, wenn die Verbindlichkeiten im Verhältnis der Ehegatten zueinander dem anderen Ehegatten zur Last fallen”. Em tradução livre, “§ 1.437 Passivo dos bens comuns; responsabilidade pessoal. (1) Os credores do cônjuge que administra os bens comuns e, a menos que indicado de outra forma nos §§ 1.438 a 1.440, também os credores do outro cônjuge podem exigir satisfação sobre os bens comuns (passivo dos bens comuns). (2) O cônjuge que administra os bens comuns, responde pelo passivo do outro cônjuge, que também é passivo de bens comuns, pessoalmente como devedor conjunto. A responsabilidade cessa com o término da comunidade de propriedade, quando os passivos recaem como um cargo na proporção dos cônjuges entre si”.

⁴⁶¹ “§ 2.032 Erbengemeinschaft. (1) Hinterlässt der Erblasser mehrere Erben, so wird der Nachlass gemeinschaftliches Vermögen der Erben. (2) Bis zur Auseinandersetzung gelten die Vorschriften der §§ 2033 bis 2041. Em tradução livre, “§ 2.032 Comunidade de herdeiros. (1) Se o falecido deixa vários herdeiros, o que foi deixado torna-se ativo conjunto dos herdeiros. (2) Até a disputa/o debate, considera-se o disposto nos §§ 2.033 a 2.041.

⁴⁶² GOMES, Orlando. *Direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 192-193.

relação a cada bem individualmente considerado.⁴⁶³ Em função da inexistência de direito individual, não há preferência do direito de um dos mancomunheiros em relação ao outro: ambos podem exercer seu direito de forma igual.

Ademais, segundo ORLANDO GOMES, a observância de um dos fatos extintivos do regime de bens não põe, por si só, termo à indivisão dos bens, pois a comunhão termina de direito, mas os bens permanecem indivisos, sob a administração de quem detiver a sua posse até a concretização da partilha.⁴⁶⁴ Isso não poderia ser diferente, porquanto somente a partilha de bens tem o condão de efetivamente individualizar as meações, não havendo outro instrumento jurídico capaz de encerrar a massa patrimonial una.

Importa reconhecer que o estado de indivisibilidade decorrente da mancomunhão permanece até a ultimação da partilha, não se podendo dizer que haja a segregação dos bens comuns só porque o regime de bens foi extinto. Na mancomunhão, ao contrário do condomínio, não há possibilidade de os mancomunheiros individualizarem a massa patrimonial una sem antes extinguirem o estado de mancomunhão, até porque os consortes somente adquirem a efetiva propriedade dos bens comunicáveis por ocasião da partilha dos bens, quando recebem a sua meação. Antes disso, há expectativa de recebimento da parte que lhe toca.⁴⁶⁵

Em complementação, segundo RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, a mancomunhão se difere do condomínio, em que os titulares detêm a coisa simultaneamente, com direito a uma fração ideal, podendo alienar ou gravar seus direitos, observando a preferência do outro, porque na mancomunhão o bem não pode ser alienado nem gravado por um dos

⁴⁶³ A esse respeito, relevante é o debate extraído do julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 130.605/DF, assim ementado: “SEPARAÇÃO CONSENSUAL. Acordo sobre a partilha. Imóvel que permaneceu em comum. Uso pelo marido. Direito à indenização. Embargos de divergência. Aplicação do direito à espécie. Convencionado na separação do casal que o imóvel residencial seria partilhado, tocando metade para cada cônjuge, e permanecendo em comum até a alienação, o fato de o marido deter a posse exclusiva dá à mulher o direito à indenização correspondente ao uso da propriedade comum, devida a partir da citação. Trata-se de condomínio, regulado pelas regras que lhe são próprias, desfazendo-se desde a partilha a mancomunhão que decorria do direito de família. Nos embargos de divergência, uma vez comprovado o dissídio, cabe à Seção aplicar o direito à espécie, podendo chegar a uma solução diversa da encontrada nos acórdãos em confronto. Embargos admitidos e parcialmente providos” (STJ, EREsp nº 130.605/DF, 2ª Seção, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 13.10.1999).

⁴⁶⁴ GOMES, Orlando. *Direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 191.

⁴⁶⁵ RANGEL, Rafael Calmon. *Partilha de bens na separação, no divórcio e na dissolução da união estável*. São Paulo: Saraiva, 2107, *E-book*. p. 214.

cônjuges. Enquanto não for delimitada a propriedade de cada um dos cônjuges sobre os bens comuns, eles pertencem a ambos de forma indivisível.⁴⁶⁶

Comungando desse posicionamento, LUIS DíEZ-PICAZO e ANTONIO GULLÓN, para quem a liquidação do regime anterior deve ser uma faculdade dos cônjuges, afirmam que, se o regime de bens não é liquidado, surge uma comunidade patrimonial, formada pelos antigos bens comuns, cuja titularidade é dos cônjuges, mas não tomada pelos bens ou direitos individualmente considerados. Essa comunhão tem uma natureza especial, equiparada à hereditária, sem quotas sobre cada bem específico,⁴⁶⁷ o que se configura, ao fim e ao cabo, a mancomunhão.

Segundo EDUARDO A. ZANNONI, entre a dissolução da sociedade conjugal e a efetiva partilha dos bens comuns, surge a “indivisão pós-comunitária” (*indivisión postcomunitaria*), uma massa de bens sujeita à liquidação, emergindo a consideração unitária do conjunto de bens que integraram a sociedade conjugal, criando uma comunidade de direitos,⁴⁶⁸ que mantém os direitos dos cônjuges sobre o patrimônio comum. Essa situação se mantém até a partilha de bens, quando há individualização da meação de cada um dos consortes, passando, a partir de então, se for o caso, a ostentarem a condição de condôminos.

Sem que haja partilha, o estado de mancomunhão permanece, não tendo a extinção do vínculo conjugal o condão de criar um condomínio. Nada impede, porém, que haja a cessão de direitos, gratuita ou onerosa, relativos à sua meação, sem que haja individualização de bens, à semelhança do que se verifica no Direito das Sucessões.

Em complementação a essa lição, os juristas espanhóis observam que a comunhão indivisa gerada pelo fim do regime de bens não é aumentada pelas rendas de trabalho ou pelo capital privativo dos cônjuges, assim como o patrimônio comum segue respondendo pelas obrigações que pesavam sobre a comunhão. Porém, para a prática de atos de disposição, é necessário o consentimento de todos os co-titulares, já que todos

⁴⁶⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões ilustrado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 447.

⁴⁶⁷ DíEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. Madrid: Tecnos, 2008. v. 4, p. 195.

⁴⁶⁸ ZANNONI, Eduardo A. *Liquidación y calificación de bienes de la sociedad conyugal*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1976. p. 24-25.

dispõem dos bens. É possível que haja sub-rogação de bens integrantes da mancomunhão durante esse período, desde que a contraprestação paga proceda de um bem comum.⁴⁶⁹

Até que haja partilha de bens, a integralidade do patrimônio comum pertence ao casal como um todo, formando uma comunhão indivisa, diferentemente do estado de condomínio, no qual cada um dos titulares detém uma fração ideal da coisa e pode dispor dela ou promover a sua extinção a qualquer tempo.⁴⁷⁰ A meação tem efeito sobre a integralidade do patrimônio sujeito ao regime aplicável a cada um dos bens, assim considerada de forma abstrata. Ainda que tenham cessados os efeitos do regime de bens, a relação entre os titulares do direito não muda até que os cônjuges decidam extinguir o estado de mancomunhão, individualizando as meações, conforme se manifestou a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.274.639/SP.⁴⁷¹⁻⁴⁷²

⁴⁶⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. Madrid: Tecnos, 2008. v. 4, p. 195-196.

⁴⁷⁰ Diferentemente desse entendimento, ZENO VELOSO afirma haver entre os cônjuges “um condomínio especial, peculiar, decorrente do regime matrimonial de bens, e diverso, em sua origem, conteúdo e efeitos, do condomínio que resulta do Direito das Coisas. Embora condôminos, nenhum cônjuge pode dispor de sua fração ideal, nem requerer a divisão dos bens que integram o patrimônio comum” (VELOSO, Zeno. Regimes matrimoniais de bens. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 136).

⁴⁷¹ Eis a ementa no que aqui importa: “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. BENS E DIREITOS EM ESTADO DE MANCOMUNHÃO (ENTRE A SEPARAÇÃO DE FATO E A EFETIVA PARTILHA). PATRIMÔNIO COMUM ADMINISTRADO EXCLUSIVAMENTE POR EX-CÔNJUGE. [...] 3. Como de sabença, a administração do patrimônio comum do casal compete a ambos os cônjuges (artigos 1.663 e 1.720 do Código Civil). Nada obstante, a partir da separação de fato ou de corpos (marco final do regime de bens), os bens e direitos dos ex-consortes ficam em estado de mancomunhão – conforme salienta doutrina especializada –, formando uma massa juridicamente indivisível, indistintamente pertencente a ambos. [...] 7. Recurso especial provido para restabelecer a sentença de procedência” (STJ, REsp nº 1274639/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 12.09.2017)

⁴⁷² Em sentido contrário, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.375.271/SP, entendeu que, embora não tenha havido a partilha de bens, como era incontroverso que cada um dos ex-cônjuges tinha direito à metade do imóvel comum, o estado de mancomunhão se converteu em condomínio com o advento do divórcio, “porque já se sabe a fração ideal de cada ex-cônjuge” e porque houve o ajuizamento de ação de extinção de condomínio entre os ex-consortes, a qual transitou em julgado. Em que pese o julgamento tenha considerado as idiossincrasias do caso concreto, o entendimento se mostra equivocado, na medida em que somente a partilha de bens pode individualizar as meações, não se confundindo, como visto alhures, o condomínio com a mancomunhão. Eis a ementa no que aqui importa: “DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. [...] AÇÃO DE ARBITRAMENTO E COBRANÇA DE ALUGUEIS, EM DECORRÊNCIA DE USO EXCLUSIVO DE IMÓVEL NÃO PARTILHADO. INDENIZAÇÃO CORRESPONDENTE A METADE DO VALOR DA RENDA DO ALUGUEL APURADO, DIANTE DA FRUIÇÃO EXCLUSIVA DO BEM COMUM POR UM DOS CONDÔMINOS. CONDOMÍNIO, ADEMAIS, QUE FOI EXTINTO POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO, TENDO SIDO DETERMINADA A ALIENAÇÃO JUDICIAL DO IMÓVEL. INDENIZAÇÃO, TODAVIA, DEVIDA A PARTIR DA CITAÇÃO NA AÇÃO DE ARBITRAMENTO. [...] 4- Havendo separação ou divórcio e sendo possível a identificação inequívoca dos bens e do quinhão

Nesse diapasão, a modificação do estatuto patrimonial do casamento, com efeitos prospectivos, não transmuda a mancomunhão até então existente em condomínio enquanto não houver a efetiva divisão dos bens. Não há surgimento automático do estado condominial, até porque, para sua verificação, além da delimitação da meação e da divisão dos bens comuns, o registro do condomínio no título de propriedade do bem é exigido pelo artigo 167, inciso I, item nº 23, da Lei de Registros Públicos.⁴⁷³

Nem mesmo o divórcio, ao dissolver o vínculo conjugal, tem o condão de instituir o condomínio, podendo a indivisão se prolongar no tempo, não só porque a partilha é opcional, consoante Súmula 197 do Superior Tribunal de Justiça,⁴⁷⁴ mas também porque, para instituição do condomínio, é necessário seu registro. Em idêntico sentido, é o precedente da Nona Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, extraído do julgamento da Apelação Cível nº 1000927-61.2016.8.26.0042, no qual, em ação de cobrança de alugueis, entendeu-se que, ao não realizarem a divisão dos bens comuns, os cônjuges optaram por manter o estado de indivisão patrimonial, não havendo entre si vínculo condominial, sobretudo porque não se pode presumir que cada um seja detentor de metade do imóvel comum.⁴⁷⁵

de cada ex-cônjuge antes da partilha, cessa o estado de mancomunhão existente enquanto perdura o casamento, passando os bens ao estado de condomínio. 5- Com a separação ou divórcio do casal, cessa o estado de comunhão de bens, de modo que, mesmo nas hipóteses em que ainda não concretizada a partilha do patrimônio, é permitido a um dos ex-cônjuges exigir do outro, a título de indenização, a parcela correspondente à metade da renda de um aluguel presumido, se houver a posse, uso e fruição exclusiva do imóvel por um deles. 6- Após a separação ou divórcio e enquanto não partilhado o imóvel, a propriedade do casal sobre o bem rege-se pelo instituto do condomínio, aplicando-se a regra contida no art. 1.319 do CC, segundo a qual cada condômino responde ao outro pelos frutos que percebeu da coisa. [...] 8- Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido em parte, apenas para delimitar a data de início da incidência dos alugueis” (STJ, REsp 1.375.271/SP, 3ª Turma, Relª. Minª. Nancy Andrighi, j. em 21.09.2017).

⁴⁷³ Em sentido contrário ao entendimento da necessidade de registro do condomínio no título de propriedade do bem, convém mencionar o entendimento do Min. RUY ROSADO DE AGUIAR no voto seu voto vencido, proferido no julgamento do Recurso Especial nº 3.710-0/RS

⁴⁷⁴ Súmula 197, STJ. “O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens.”

⁴⁷⁵ Eis a ementa: “EXTINÇÃO DE CONDOMÍNIO E ARBITRAMENTO DE ALUGUEL POR USO EXCLUSIVO DE BEM COMUM – BEM AINDA NÃO PARTILHADO – A ausência de definição da parte cabível a cada uma das partes, após a extinção da união estável impossibilita a alienação judicial do bem, com divisão igualitária do produto da venda – Mancomunhão que difere de condomínio, situação em que cada uma das partes detém direitos quantificados sobre determinado bem – Impossibilidade de se presumir que cada um dos ex-cônjuges é proprietário de 50% do imóvel, situação que deve ser definida na partilha – Acordo homologado em juízo, após o fim da união estável, no qual as partes expressamente optaram pela discussão futura e oportuna da propriedade do bem imóvel, pela ‘vias ordinárias próprias’, o que não realizaram – Falta de interesse de agir que se reconhece, de ofício – Inversão do ônus pela sucumbência – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM ANÁLISE DO MÉRITO DECRETADA. RECURSO DO RÉU PREJUDICADO” (TJSP, AC nº 1000927-61.2016.8.26.0042, 9ª Câmara de Direito Privado, Relª. Desª. Angela Lopes, j. em 08.05.2018).

Nesses termos, uma vez realizada a alteração do regime de bens e pretendendo os cônjuges a partilha dos aquestos, após serem discriminados os bens comuns e indicada a composição da meação de cada um dos cônjuges, a mudança será capaz de transformar a mancomunhão existente entre o casal em condomínio em relação aos bens individualizados sobre os quais optarem por dividir o seu domínio e de acordo com a fração ideal por eles indicada, desde que tal situação seja averbada ao respectivo título aquisitivo. O condomínio advirá da “circunstância fática de vários bens, que antes constituíam objeto de situações jurídicas já pluralizadas por força das regras dos regimes comunitários, deixarem de compor uma universalidade de direito, mas continuarem sendo titularizados por mais de uma pessoa, ao mesmo tempo”.⁴⁷⁶

⁴⁷⁶ RANGEL, Rafael Calmon. Partilha de bens na separação, no divórcio e na dissolução da união estável. São Paulo: Saraiva, 2107. *E-book*. p. 240.

CAPÍTULO III – MUTABILIDADE DE REGIME DE BENS NO CASAMENTO E A QUESTÃO TEMPORAL

SEÇÃO I – NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Tão logo a mutabilidade do regime de bens se tornou possível, surgiu amplo debate a respeito de os cônjuges casados antes de sua entrada em vigor poderem alterar o estatuto patrimonial de seu relacionamento, o que guarda íntima relação com o direito intertemporal.

Como o Direito positivo é dinâmico diante das constantes alterações sociais, o aparecimento de nova norma impõe mudança no Direito vigente até aquele momento.⁴⁷⁷ Essa mudança acarreta o aparecimento de conflitos normativos, já que é extremamente comum que a nova previsão legal se depare com relações jurídicas surgidas na vigência da lei anterior. A mutabilidade do regime de bens é um caso típico desse conflito.

É assim que, neste capítulo, será estudada a influência do Direito intertemporal sobre a mudança de regime de bens no casamento. Para tanto, o capítulo partirá de um breve estudo do direito intertemporal, abordando as teorias encabeçadas por CARLO FRANCESO GABBA e PAUL ROUBIER, dada a importância dessa contribuição para o tema objeto da dissertação. Após, será analisada a forma como a matéria foi recepcionada pelo Direito brasileiro, para, a seguir, estudar os institutos do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Por fim, debater-se-á sobre o conflito aparente entre o artigo 2.039 e a possibilidade de alteração de regime de bens do artigo 1.639, § 2º, ambos do Código Civil de 2002, à luz do direito intertemporal.

SEÇÃO II – DIREITO INTERTEMPORAL

Se, de um lado, cabe ao Direito assegurar aos cidadãos segurança jurídica, igualmente lhe cabe adaptar as leis às demandas sociais que surgem com o tempo.⁴⁷⁸ Os sistemas jurídicos se movimentam no tempo, oportunizando mudança e substituição das

⁴⁷⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 364.

⁴⁷⁸ Segundo JOSÉ FERNANDO SIMÃO, “o tempo é neutro e necessariamente idêntico para todos os seres. O que muda é o que ocorreu ao longo dele” (SIMÃO, José Fernando. *Tempo e direito civil: prescrição e decadência*. Tese (Livre-docência). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011. p. 82).

normas jurídicas.⁴⁷⁹ Por isso, pode-se dizer que se trata de uma ciência dinâmica, devendo a lei acompanhar os anseios sociais de seu tempo, surgindo não raro a necessidade de adequação das leis ao momento em que a sociedade se encontra.⁴⁸⁰

Sobre a relação entre o tempo e as leis, JOSÉ FERNANDO SIMÃO destaca que

O tempo tem por efeito a valoração de certos institutos e de certas regras. Conceitos aparentemente imutáveis em certa época histórica são revisitados pela doutrina e assumem novas feições. [...]

A abordagem da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (novo nome dado à velha Lei de Introdução ao Código Civil) sobre o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada demonstra que o tempo tem o poder de consolidar as relações jurídicas.⁴⁸¹

Se duas normas têm o mesmo objeto, mas tempos de vigência diferentes, há uma sucessão de leis, e comumente as alterações legislativas acarretam conflito normativo, uma vez que a lei pode dar solução diferente a situações verificadas na fronteira entre a lei nova e a lei antiga,⁴⁸² importando ruptura de uma situação que se perpetua no tempo.⁴⁸³ Ao entrar em vigor, a lei poderá encontrar direitos diferentes do conteúdo de sua previsão legal, já incorporados ao patrimônio jurídico de alguém e, por isso, passíveis de proteção, ou enfrentar “fatos pendentes”, iniciados sob o império da lei revogada, cuja produção de efeitos dar-se-á sob o império da lei nova,⁴⁸⁴ como ocorre no caso dos regimes de bens das pessoas casadas na vigência do Código Civil de 1916 e que permanecem casadas até hoje.

Nesse contexto, surge a necessidade de estudo do direito intertemporal, destinado a resolver a relação conflitiva⁴⁸⁵ entre normas de igual objeto e hierarquia por

⁴⁷⁹ DELGADO, Mário Luiz. *Novo direito intertemporal brasileiro*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2014. p. 36.

⁴⁸⁰ MÁRIO LUIZ DELGADO pondera que “o conflito entre o passado e o futuro, entre a imutabilidade o que já passou e o desafio de apreender o futuro, tornando-o previsível, constitui, assim, a *anima* do direito intertemporal” (DELGADO, Mário Luiz. *Novo direito intertemporal brasileiro*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2014. p. 36-37).

⁴⁸¹ SIMÃO, José Fernando. *Tempo e direito civil: prescrição e decadência*. Tese (Livre-docência). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011. p. 82

⁴⁸² ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 530.

⁴⁸³ CARLOS YOUNG TOLOMEI sublinha que essa questão ganha ainda maior relevância na atualidade, diante do dinamismo de nossa sociedade, que impõe “agendas de prazo cada vez mais curto”, o que tem gerado “uma furiosa proliferação de textos legislativos” (TOLOMEI, Carlos Young. *A proteção do direito adquirido sob o prisma civil-constitucional: uma perspectiva sistemático-axiológica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 11-12).

⁴⁸⁴ DELGADO, Mário Luiz. *Novo direito intertemporal brasileiro*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2014. p. 46.

⁴⁸⁵ O conflito entre duas normas simultâneas não é objeto do direito intertemporal, mas da teoria geral do Direito.

causa da sucessão de leis no tempo em conta de uma alteração legislativa,⁴⁸⁶ buscando determinar o limite temporal do domínio de cada uma das disposições jurídicas consecutivas sobre o mesmo assunto,⁴⁸⁷⁻⁴⁸⁸ a partir da criação de um direito intermédio, que atenua o rigor do tempo jurídico seccionador da realidade independente do curso das situações jurídicas.⁴⁸⁹

HUMBERTO ÁVILA sugere duas acepções para a situação de mudança do Direito e aplicação das normas existentes antes da modificação. Na primeira, entende-se que a segurança jurídica envolve a busca do ideal de imutabilidade de determinadas normas, enquanto, na segunda, compreende-se a segurança jurídica como exigência de estabilidade, proteção de situações subjetivas já garantidas individualmente e obrigação de continuidade do ordenamento jurídico por meio de regras de transição e cláusulas de equidade. Nessa segunda acepção, estabelecem-se exigências relativas à transição do Direito passado ao Direito futuro. Não há uma imutabilidade, nem uma estabilidade ou racionalidade na mudança que evite alterações violentas.⁴⁹⁰

São fontes do direito intertemporal não só as normas jurídicas editadas por autoridade competente, mediante o devido processo legislativo, mas também proposições doutrinárias, visando a “dimensionar e solucionar os problemas da intertemporalidade jurídica, em todas as perspectivas temporais em que esta se faz projetar”.⁴⁹¹ Por outro lado,

⁴⁸⁶ LEVADA, Filipe Antônio Marchi. *Direito intertemporal e a proteção do direito adquirido*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 41.

⁴⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. p. 142.

⁴⁸⁸ É pacífico o entendimento no sentido de que pode haver sucessão de leis não conflitual, o que ocorre quando a lei nova não tem o mesmo objeto da lei revogada. MÁRIO LUIZ DELGADO (DELGADO, Mário Luiz. *Novo direito intertemporal brasileiro*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2014. p. 48) e JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO (CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 34) entendem que a existência de conflito temporal de normas seria prescindível, ampliando o objeto do direito intertemporal. No entanto, isso não se mostra acertado, porquanto, se não há conflito, a lei nova inaugura um direito novo, de aplicação imediata, o que não possui grande relevância para o direito intertemporal (LEVADA, Filipe Antônio Marchi. *Direito intertemporal e a proteção do direito adquirido*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 41). Ademais, a intertemporalidade traz em si uma situação de conflito latente: uma lei substituir outra revela uma contraposição entre ambas: ou esta, ou aquela (TOLOMEI, Carlos Young. *A proteção do direito adquirido sob o prisma civil-constitucional: uma perspectiva sistemático-axiológica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 43).

⁴⁸⁹ DELGADO, Mário Luiz. *Novo direito intertemporal brasileiro*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2014. p. 42.

⁴⁹⁰ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário*. Tese (Titularidade de Professor de Direito Tributário). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009. p. 131-132.

⁴⁹¹ CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 36.

não integram o direito intertemporal o conflito entre uma lei e um costume ou entre a jurisprudência e uma disposição normativa, tendo em vista que tanto o costume quanto a jurisprudência surgem paulatinamente, não se podendo precisar quando houve seu aparecimento ou sua modificação.⁴⁹²

Via de regra, o direito intertemporal tem como norte a não retroatividade. Isso significa dizer que a lei nova não atinge os fatos anteriores à sua entrada em vigor, sendo altamente discutível o tratamento das consequências dos fatos realizados sob o império do direito em vigência. Se ambas estão no mesmo nível hierárquico, em uma primeira análise, aplica-se o princípio de que “a lei nova revoga a lei antiga”, sendo que normalmente as normas legais são editadas para que seus efeitos repercutam de forma prospectiva.

Porém, admitem-se exceções. Para tanto, o conteúdo da norma não pode versar sobre a proteção da segurança jurídica nas relações sociais, contra a aplicação retroativa da lei penal e contra o Fisco.⁴⁹³

A lei normalmente incide sobre todos os fatos objeto da previsão legal. No entanto, embora a eficácia de uma lei pressuponha a sua vigência, nem sempre o contrário é verdadeiro, pois a vigência da norma não pressupõe sua eficácia.⁴⁹⁴

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXVI, prevê que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, assim como o artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro dispõe sobre o efeito imediato da lei, respeitados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Nessas hipóteses, a lei será vigente, mas não produzirá efeitos em relação a um determinado fato, diante do óbice do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, sendo regidos pela legislação anterior, a qual gozará de efeito ultrativo.⁴⁹⁵

⁴⁹² DELGADO, Mário Luiz. *Novo direito intertemporal brasileiro*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2014. p. 51.

⁴⁹³ É oportuno sublinhar que a proibição de retroação prevista no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal não inclui o exercício do poder constituinte originário, na medida em que a Constituição Federal é ato inaugural do Estado, rompendo com a ordem jurídica vigente anterior. Não há um direito adquirido contra a Constituição, mas, mesmo assim, a irretroatividade há de ser a regra, e a retroatividade, a exceção.

⁴⁹⁴ A vigência da lei indica apenas a capacidade de produção de efeitos após o devido processo legislativo, ao passo que os efeitos constituem a obrigatoriedade da norma vigente, o que se dá no momento em que a lei encontra fatos a que possa atribuir consequências (LEVADA, Filipe Antônio Marchi. *Direito intertemporal e a proteção do direito adquirido*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 43).

⁴⁹⁵ Merece menção a crítica de FERNANDO NORONHA ao tratamento do direito intertemporal pela doutrina, indicando dois equívocos básicos que atrapalham a compreensão deste ramo do direito: o primeiro é a divisão de leis em apenas duas categorias, as retroativas e as irretroativas, resultando em confundir retroatividade com ofensa a direitos adquiridos; o segundo está no intento de definir o que é direito

Há duas preocupações no âmbito da sucessão de leis no tempo. De um lado, está o progresso das instituições jurídicas, o princípio da modernidade, que leva à presunção de que a lei nova seja melhor do que a antiga, devendo ser aplicada o mais rápido possível ao maior número de casos. De outro, há a segurança jurídica, que representa proteção aos particulares, pois não é preciso apenas definir as regras segundo as quais estes devem agir, como também garantir-lhes a confiança na continuidade do sistema para que possam planejar conforme expectativas racionais e legítimas.⁴⁹⁶

Para LUÍS ROBERTO BARROSO, ao longo da História, a segurança jurídica passou a designar um conjunto abrangente de ideias e conteúdos que incluem a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade; a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade; a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; e a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas. Contudo, dado o conjunto e a velocidade de mudanças sociais, econômicas, políticas e jurídicas, atualmente a segurança jurídica se encontra em uma crise de identidade, especialmente no que diz respeito aos efeitos da lei nova sobre a realidade existente.⁴⁹⁷

JOSÉ FERNANDO SIMÃO ressalta que o apelo ao valor da segurança como pressuposto e função do direito e do Estado explica a origem das instituições políticas e jurídicas, diante da exigência de que os indivíduos tenham uma liberdade protegida e garantida. A finalidade do ordenamento jurídico é, assim, propiciar a efetiva segurança por sua organicidade e estruturalismo das normas e valores. A ausência de segurança acarreta a

adquirido e o ato jurídico perfeito, como se essas noções fossem uma chave para a resolução de toda a problemática. As leis, para o doutrinador, se classificam em quatro categorias: a prospectividade, a retroatividade, a retrospectividade (ou imediatidade) e a pós-atividade, não se resolvendo as questões de direito intertemporal só pela correta caracterização dos modos de atuação da lei no tempo, nem esclarecendo as noções de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (NORONHA, Fernando. Indispensável reequacionamento das questões fundamentais de direito intertemporal. *Revista dos Tribunais*, v. 94, nº 837, p. 55-78, jul. 2005, especialmente p. 55-56).

⁴⁹⁶ NORONHA, Fernando. Indispensável reequacionamento das questões fundamentais de direito intertemporal. *Revista dos Tribunais*, v. 94, nº 837, p. 55-78, jul. 2005.

⁴⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Editora Fórum: 2004. p. 139-141.

inexistência de ordem ou a sua imperfeição, prejudicando a realização dos fins da sociedade e das pessoas que a integram.⁴⁹⁸

A segurança é um valor do qual decorre o princípio da segurança jurídica, consistente nas condições que possibilitam o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos, porque segurança efetiva pressupõe previsibilidade. Uma condição da segurança jurídica está na certeza dos indivíduos de que as relações jurídicas devem perdurar mesmo que tal norma seja substituída.⁴⁹⁹

HUMBERTO ÁVILA afirma que a segurança jurídica pode ser um elemento do Direito e, assim, ser uma condição estrutural de qualquer ordenamento jurídico. É elemento indispensável para que um ordenamento possa ser considerado jurídico,⁵⁰⁰ porquanto é um valor constitutivo do Direito, cujo objeto pode ser tanto a segurança das normas e do ordenamento jurídico, quanto uma segurança comportamental.⁵⁰¹ Sugere, então, um conceito em que a segurança jurídica seja uma norma-princípio que exige, dos três Poderes, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em prol dos cidadãos, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica, com base na sua cognoscibilidade, como instrumento garantidor de respeito à sua capacidade de plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado de seu futuro.⁵⁰²

Explicando a relação entre o valor segurança e o princípio da segurança jurídica, HUMBERTO ÁVILA leciona que a segurança jurídica só é “acionada” quando se ingressa na dimensão axiológica social, mas não meramente comportamental, pois representa um fenômeno valorativo intersubjetivável vinculado ao direito de uma dada sociedade, tendo o jurídico como o seu objeto ou seu instrumento.⁵⁰³

Nesse contexto, o conceito de segurança jurídica deve ser mais complexo e abrangente, não se limitando a apenas um de seus elementos, não exclusivamente centrado na ideia de certeza, mas na concepção de equilíbrio.

⁴⁹⁸ SIMÃO, José Fernando. *Tempo e direito civil: prescrição e decadência*. Tese (Livre-docência). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011. p. 197.

⁴⁹⁹ Idem, p. 197-198.

⁵⁰⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 107.

⁵⁰¹ Idem, p. 138-140.

⁵⁰² ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário*. Tese (Titularidade de Professor de Direito Tributário). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009. p. 290-303.

⁵⁰³ Idem, p. 110.

SEÇÃO III – TEORIA DO DIREITO ADQUIRIDO *VERSUS* TEORIA DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS: O DEBATE ENTRE GABBA E ROUBIER

Sem sombra de dúvidas, o desafio do direito intertemporal diz com os limites da aplicação da lei nova a determinados fatos, de acordo com o tempo em que foram praticados. Na *teoria subjetiva*, baseada nos direitos individuais, desponta a Teoria do Direito Adquirido, de CARLO FRANCESCO GABBA, segundo a qual a retroatividade da lei posterior estaria limitada a um *direito adquirido*, ao passo que, na *teoria objetiva*, ganhou importância a Teoria do Efeito Imediato, de PAUL ROUBIER, que defende a necessidade de se perquirir se um fato foi realizado, aplicando-se a lei nova de imediato, ressalvadas determinadas *situações jurídicas concretas*, que são um ato praticado ou um fato realizado.⁵⁰⁴

Em linhas gerais, não há disputa entre os autores acerca da impossibilidade de modificação de eventos que já ocorreram e se consumaram ou desfazer os efeitos já produzidos de atos praticados no passado, como a discussão acerca da possibilidade de alteração de regime de bens de um casamento extinto em 10 de janeiro de 2003. A real controvérsia reside no debate sobre o que acontece quando, de um ato praticado no passado, na vigência da lei velha, decorrem efeitos futuros que apenas se concretizam quando a lei nova já está em vigor.⁵⁰⁵

a) A teoria do direito adquirido de Carlo Francesco Gabba

Em seu estudo *Teoria della Retroattività delle Leggi*, ao longo de mais de 1.500 páginas, divididas em quatro volumes, CARLO FRANCESCO GABBA desenvolve a Teoria da Retroatividade, cujo cerne é o *direito adquirido*, que se propõe a pesquisar em quais casos pode haver influência de lei nova, sem prejuízo dos direitos adquiridos, a fatos anteriores

⁵⁰⁴ Inúmeros foram os doutrinadores que se debruçaram sobre o tema. Em razão dos limites metodológicos desta dissertação, o trabalho concentrar-se-á nas doutrinas de CARLO FRANCESCO GABBA e PAUL ROUBIER.

⁵⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Editora Fórum: 2004. p. 141.

ao seu advento.⁵⁰⁶ O eventual desrespeito acarretaria o que denomina de *retroatividade injusta*,⁵⁰⁷ a qual deveria ser vedada.

Em contrariedade ao entendimento adotado por ordenamentos europeus de sua época, o professor da Faculdade de Pisa admite como possível a incidência da lei a fatos anteriores à sua entrada em vigor, definindo-a como retroativa, mas estabeleceu os direitos adquiridos como limite à sua eficácia sobre esses fatos.⁵⁰⁸

Em função disso, o jurista se preocupa em conceituar o direito adquirido como consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em razão da lei do tempo em que o fato se realizou. Para tanto, a ocasião de fazê-lo valer não deve ter se apresentado antes da atuação de uma lei nova a seu respeito e, nos termos da lei sob o império da qual se verificou o fato originado, deve ter se agregado imediatamente ao patrimônio de quem o adquiriu.^{509 510}

RUBENS LIMONGI FRANÇA propõe que a análise do conceito de direito adquirido seja feita em três partes, não coincidentes com a divisão do autor italiano. O jurista brasileiro propõe a seguinte secção: direito concreto ou subjetivo, direito como elemento do patrimônio e, por fim, fatos aquisitivos.⁵¹¹

Quanto ao direito concreto ou subjetivo, o jurista italiano busca evidenciar que apenas os direitos concretos ou subjetivos, e não um direito abstrato ou as previsões legais que permitiriam a existência do direito, é que podem gerar um direito adquirido. Isso porque a concreta existência de um direito exige a existência de um fato do qual ou em razão do qual surgiu um direito e a existência de uma lei que faz nascer um direito, não se admitindo que nenhum direito concreto que não esteja fundado em lei ou norma jurídica vigente ao tempo em que o direito remonta.⁵¹²⁻⁵¹³

⁵⁰⁶ GABBA, Carlo Francesco. *Teoria dela retroattività delle leggi*. 2. ed. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1891. v. 1, p. 41.

⁵⁰⁷ Idem, p. 44.

⁵⁰⁸ Idem, p. 42-43.

⁵⁰⁹ Idem, p. 191.

⁵¹⁰ É oportuno lembrar que o fato jurídico independe do elemento vontade para assim ser definido, e, se o fato não está de acordo com a lei do tempo em que foi praticado, a lei posterior não deve respeitá-lo.

⁵¹¹ LIMONGI FRANÇA, Rubens. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 74.

⁵¹² GABBA, Carlo Francesco. *Teoria dela retroattività delle leggi*. 2. ed. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1891. v. 1, p. 194-195.

⁵¹³ O direito adquirido só se configura ante uma lei nova que altere matéria disposta em lei antecedente (Idem, p. 206), porquanto imperioso o conflito de leis sucessivas, requisito do direito intertemporal.

Para que se configure um direito adquirido, o direito deve ter se tornado parte do patrimônio individual. Não se admite a oponibilidade dos direitos adquiridos contra leis elementares, como aquelas que regulam o Estado, a condição pessoal dos indivíduos e a condição jurídica das coisas e dos direitos dos quais estas podem ser objeto,⁵¹⁴ no intuito de excluir as hipóteses de direitos fundamentais relativos ao estado e à condição humana de seu titular, em relação aos quais deve haver aplicação imediata da lei nova.

Por derradeiro, segundo a Teoria da Retroatividade, para que haja direito adquirido, é necessário que os fatos aquisitivos estejam completos, pois devem ser analisados por inteiro, sob pena de serem mera expectativa de direito; que tivessem ocorrido em tempo idôneo; que o seu titular tivesse capacidade prescrita em lei; e que tivessem sido observadas as formalidades legais.⁵¹⁵

Na doutrina de GABBA, os fatos aquisitivos se dividem em *simples* e *complexos*. Enquanto os primeiros são aqueles realizados em uma única oportunidade, os segundos são verificados com o transcurso do tempo, subdividindo-se em aqueles cujas partes sucessivas são praticadas por uma única pessoa, como ocorre na usucapião; aqueles cujas partes sucessivas são praticadas por duas ou mais pessoas, independentemente, conforme se dá na sucessão testamentária; e aqueles que se compõem de um ato de uma pessoa ao qual deve se juntar um acontecimento fora de seu alcance, citando-se como exemplo as transmissões unilaterais sob condição.⁵¹⁶

No entanto, o jurista deixa aberto o questionamento acerca dos fatos aquisitivos complexos não acabados. Posiciona-se no sentido de que não se pode responder afirmativamente ou negativamente a esse respeito, pois haveria casos em que o direito em curso se verificaria e em outros não, conforme se apresentem idôneos ou não para a aquisição do direito. Isso depende de sua natureza infalível; que não esteja no poder daquele de quem o direito será exigido a impedir a ocorrência da parte faltante do fato aquisitivo; ou a aquisição que advirá da parte faltante do ato esteja enraizada em um direito adquirido anterior, que não seja mais do que desenvolvimento ou uma transformação.⁵¹⁷

⁵¹⁴ GABBA, Carlo Francesco. *Teoria dela retroattività delle leggi*. 2. ed. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1891. v. 1, p. 207-208.

⁵¹⁵ Idem, p. 227-228.

⁵¹⁶ Idem, p. 228.

⁵¹⁷ Idem, p. 228-229.

Essa teoria subjetiva recebeu inúmeras críticas, a começar pela fragilidade da definição de direito adquirido, diante da dificuldade de sua apreensão e da amplitude das exceções ao conceito. Ademais, a proteção às alterações não deveria ser tomada do ponto de vista individual, mas das relações jurídicas iniciadas antes da entrada em vigor da nova lei. Tais ponderações ensejaram o surgimento das teorias objetivas, contrapondo-lhe.

b) A teoria das situações jurídicas de PAUL ROUBIER

A corrente objetivista pretendeu substituir o direito adquirido do cerne do direito intertemporal, colocando, em seu lugar, a proteção às situações jurídicas pendentes por ocasião da entrada em vigor da norma legal que alterou o tratamento garantido a uma determinada relação, tornando-se expoente dessa corrente o jurista francês PAUL ROUBIER.

A doutrina do professor da Faculdade de Lyon parte da distinção entre o efeito imediato e o efeito retroativo para tentar resolver o conflito de leis no tempo.⁵¹⁸ Para tanto, buscou interpretar a retroatividade da lei e distinguir as hipóteses em que a norma deve ter eficácia imediata daquelas em que sobrevive a lei mais antiga, que continua projetando efeitos sobre situações jurídicas constituídas após a sua revogação.

Para isso, ROUBIER distingue os *facta praeterita*, os *facta pendentia* e os *facta futura*. Em relação aos segundos, cinge-os em partes anteriores e posteriores à nova lei. Assim, em linhas gerais, a lei terá efeito retroativo quando alcançar fatos pretéritos e partes anteriores dos fatos pendentes, sendo a sua aplicação vedada nesses casos.⁵¹⁹

Diante disso, o autor entende que a lei não goza de eficácia retroativa se não houver previsão legal nesse sentido, uma vez que se trata de caso excepcional. Se o efeito retroativo é exceção, a eficácia imediata da lei é a regra geral para regulamentar as situações jurídicas decorrentes da lei.

Como critério para aplicação da lei nova, ROUBIER utiliza a *situação jurídica*,⁵²⁰ em substituição à expressão *direito adquirido*, que, segundo o autor, não daria uma resposta exata à questão.⁵²¹ Para o objeto da presente dissertação, importa ressaltar que não

⁵¹⁸ ROUBIER, Paul. *Les conflits de lois dans le temps*. Paris: Recueil Sirey, 1929. t. 1, p. 371.

⁵¹⁹ Idem, *ibidem*.

⁵²⁰ Idem, p. 181.

⁵²¹ Idem, p. 378.

raro as situações jurídicas se desenvolvem no tempo, não sendo suficiente, para se verificar a retroatividade ou não de uma lei, aferir tão somente a data de sua entrada em vigor e o início de seus efeitos sobre a situação jurídica, necessitando-se analisar os momentos da situação jurídica que são atingidos pela nova lei.

ROUBIER separa as situações jurídicas em dois momentos diferentes: a *fase dinâmica*, correspondente à formação e extinção da situação jurídica,⁵²² e a *fase estática*, compreendendo o momento em que a situação jurídica gera efeitos.⁵²³

No tocante à fase dinâmica, defende o doutrinador que, na hipótese de a lei nova alcançar fatos constitutivos ou extintivos de uma situação jurídica, haverá efeito retroativo, o que não ocorre em caso contrário. Isso significa dizer que uma situação jurídica constituída ou que se extinguiu de acordo com as leis de quando esse fato se deu estará imune a uma lei superveniente.⁵²⁴

Por outro lado, na fase estática, se a lei sucessora dispuser sobre os efeitos de uma situação jurídica pendente, deverá respeitar os efeitos já produzidos antes de sua vigência, mas repercutirá sobre os efeitos futuros, posteriores à sua entrada em vigor.⁵²⁵

Tal como os fatos aquisitivos simples e complexos de GABBA, ROUBIER também diferenciou as situações jurídicas de acordo com o momento da prática dos fatos. Assim, tem-se que, se a fase dinâmica se der em um único momento, caso a constituição ou a extinção da situação jurídica ocorra antes da vigência da lei, a norma aplicável será a antiga; se não, será incindível a nova. Entretanto, se a fase dinâmica ocorrer ao longo do tempo, deverá se perquirir em qual momento os fatos ocorreram, porque, quando as situações jurídicas são formadas por elementos sucessivos, deve haver eficácia imediata da lei, resguardados os atos já praticados.⁵²⁶⁻⁵²⁷

⁵²² ROUBIER, Paul. *Les conflits de lois dans le temps*. Paris: Recueil Sirey, 1929. t. 1, p. 379.

⁵²³ Idem, p. 381.

⁵²⁴ Idem, p. 385-397.

⁵²⁵ Idem, p. 400.

⁵²⁶ Idem, p. 379.

⁵²⁷ A título ilustrativo, ROUBIER cita o exemplo da sucessão testamentária, em que o herdeiro é constituído com (i) a lavratura do testamento, cujos requisitos estão dispostos em lei; e, posteriormente, (ii) a morte do testador. Assim, se, após sua elaboração, uma lei superveniente aumentar a idade mínima para testar, ela não poderá atingir o testamento já feito, porque seria retroativa, mesmo que não tenha havido sucessão, na medida em que os requisitos de validade do testamento seriam aqueles da data da lavratura.

Quanto às situações em curso de efeito, ROUBIER divide-as em situações jurídicas legais, em relação às quais a eficácia da lei é imediata,⁵²⁸ e situações jurídicas contratuais, reguladas pela lei anterior, desde que não haja previsão legal expressa em sentido contrário.⁵²⁹ ⁵³⁰ MÁRIO LUIZ DELGADO defende que, quanto aos contratos, essa posição deve ser lida à luz do momento histórico em que o estudo foi realizado, quando a autonomia da vontade e o princípio *pacta sunt servanda* eram considerados “dogma inquebrantável”.⁵³¹ Hoje, portanto, essa posição parece não mais subsistir diante do tratamento dispensado contemporaneamente aos contratos.

Em que pese critique a Teoria do Direito Adquirido, a Teoria das Situações Jurídicas muitas vezes chega às mesmas respostas da teoria subjetiva para solução de problemas de direito intertemporal,⁵³² porquanto, em ambas, os fatos pretéritos estão protegidos da lei nova, além de ROUBIER admitir que as situações jurídicas contratuais também estão a salvo da lei posterior. Ademais, as hipóteses de retroatividade justa de GABBA conferem com a eficácia imediata de ROUBIER.

Nesse sentido é que a doutrina do jurista francês recebe críticas. RUBENS LIMONGI FRANÇA, ardoroso defensor da Teoria do Direito Adquirido, afirma que a definição de situação jurídica é “fluida” e não resolve o mesmo problema enfrentado por GABBA,⁵³³ até porque ambas se mostram assaz complexas.

No Direito brasileiro atual, percebem-se influências de ambas as correntes, com uma leve preponderância da teoria objetivista, como será demonstrado *infra*.

SEÇÃO IV – DIREITO INTERTEMPORAL BRASILEIRO

O Direito brasileiro tem por tradição a proteção ao direito adquirido.

Da independência até o período imperial, o Brasil esteve regido pelas Ordenações Filipinas, que expressamente indicavam a vedação do efeito retroativo às

⁵²⁸ ROUBIER, Paul. *Les conflits de lois dans le temps*. Paris: Recueil Sirey, 1929. t. 1, p. 381.

⁵²⁹ Idem, p. 363.

⁵³⁰ A distinção entre ambas as características está amparada no fundamento de que as situações jurídicas legais consistiriam na unidade do direito, ao passo que as contratuais seriam a diversidade jurídica, já que o contrato é o instrumento de diferenciação dos indivíduos.

⁵³¹ DELGADO, Mário Luiz. *Novo direito intertemporal brasileiro*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2014. p. 101.

⁵³² LIMONGI FRANÇA, Rubens. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 86.

⁵³³ Idem, p. 88.

novas leis, salvo raras exceções, o que foi mantido com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1824⁵³⁴ e da Constituição de 1891,⁵³⁵ já no período republicano.

No entanto, apesar da previsão constitucional, eram admitidas exceções à não retroatividade, sendo aceita a possibilidade de novas leis atingirem fatos ou situações ocorridas antes de sua entrada em vigor, desde que essa retroatividade não fosse injurídica e viciosa, pois haveria leis que poderiam ou mesmo deveriam operar retroativamente.⁵³⁶

A entrada em vigor da Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071/1916, posteriormente alterada pela Lei nº 5.725/1919) representou um dos grandes marcos do direito intertemporal brasileiro, na medida em que o artigo 3º confirmou a proteção ao direito adquirido, limitador da retroatividade legal.⁵³⁷

Ratificando o conteúdo do artigo 3º da Introdução ao Código Civil de 1916 e garantindo *status* constitucional à previsão, a Constituição Federal de 1934 consolidou, no seu artigo 113,⁵³⁸ a concepção de que o princípio da irretroatividade é informado pela proteção do direito adquirido.⁵³⁹

A Constituição Federal de 1937, outorgada no período ditatorial do Estado Novo, foi omissa quanto ao direito intertemporal. Rompeu com a tradição das Cartas antecessoras e relegou, de forma inédita, a questão para o âmbito infraconstitucional, no

⁵³⁴ “Art. 179. A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que têm por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: [...] III. A sua disposição não terá efeito retroactivo”

⁵³⁵ “Art. 11. É vedado aos Estados como à União: [...] IV. Prescrever leis retroativas”.

⁵³⁶ CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 225.

⁵³⁷ “Art. 3º A lei não prejudicará, em caso algum, o direito adquirido, o acto jurídico perfeito, ou a coisa julgada. § 1º Consideram-se adquiridos, assim os direitos que seu o titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida, inalterável a arbítrio de outrem. § 2º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. § 3º Chama-se coisa julgada, ou caso julgado, a decisão judicial, de que já não caiba recurso.”

⁵³⁸ “Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 3) A lei não prejudicará o direito adquirido, o acto jurídico perfeito e a coisa julgada”.

⁵³⁹ JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO destaca o estranhamento que a adoção da concepção do direito adquirido em nível constitucional causou na época em que foi editada, porque simplesmente desconsiderou todas as críticas que a doutrina fazia, naquele momento, à Teoria do Direito Adquirido. Por outro lado, pondera o autor que grande parte dos doutrinadores brasileiros sempre estiveram à margem do debate entre as teorias subjetivistas e objetivistas (CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 236).

qual permanecia em vigor o artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil de 1916, prevendo o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

Na esteira do silêncio constitucional, foi editada uma nova Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/1942), que, no artigo 6º, representou uma sensível modificação do direito intertemporal brasileiro,⁵⁴⁰ porquanto garantiu efeito imediato à lei nova, ressalvada disposição em contrário – em clara influência de Roubier –, e superou a histórica garantia do direito adquirido para instituir a proteção às situações jurídicas.⁵⁴¹ No entanto, a jurisprudência da época permaneceu apegada à tradição, buscando dar solução que conciliasse as duas teorias.⁵⁴²

Findo o período do Estado Novo, foi necessária uma nova Constituição, que estivesse de acordo com o novo momento democrático em que se encontrava o País. Rompendo com as concepções de sua antecessora, a Constituição Federal de 1946 retornou à tradição de proteção constitucional ao direito adquirido, conforme artigo 141, § 3º,⁵⁴³ convivendo a proteção ao direito adquirido com o “efeito imediato e geral” da lei até a edição da Lei nº 3.238/1957, que alterou a redação do artigo 6º.⁵⁴⁴

⁵⁴⁰ “Art. 6º A lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá, entretanto, salvo disposição expressa em contrário, as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do acto jurídico perfeito”. Por oportuno, convém destacar a observação de CARLOS YOUNG TOLOMEI no sentido de que a substituição da expressão “ato jurídico perfeito” por “execução do acto jurídico perfeito” denota um pressuposto dogmático diferente, que impacta nos mecanismos de proteção do ato em si considerado e dos efeitos que ele por capaz de gerar (TOLOMEI, Carlos Young. *A proteção do direito adquirido sob o prisma civil-constitucional: uma perspectiva sistemático-axiológica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 89-90).

⁵⁴¹ A esse respeito, firmes são as críticas feitas por RUBENS LIMONGI FRANÇA, ferrenho defensor do direito adquirido, à mudança legislativa: “Desse modo, perpetrando segundo golpe contra uma das nossas mais importantes instituições jurídicas – a do Direito Adquirido – pela primeira vez, já agora não em um século, mas em Sete Séculos de História Jurídica Luso-Brasileira, o legislador de então houve por bem substituir precioso elemento de brasílica autenticidade, por um galicismo jurídico desnecessário e, para nós, inexpressivo” (LIMONGI FRANÇA, Rubens. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 161). Por outro lado, JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO elogia a alteração, que, para o jurista, é o maior legado do dispositivo em questão, classificando-a como “saudável regra da eficácia imediata da lei”, decorrente da “melhor técnica da nova Lei de Introdução na diferenciação que passou a fazer quanto aos efeitos da lei nova” (CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 239).

⁵⁴² CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 240.

⁵⁴³ “Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 3º A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

⁵⁴⁴ “Art. 6º A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. § 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em

A partir daí, alcançou-se o texto da disposição em vigor até os dias de hoje, incluindo elementos tanto da Teoria do Direito Adquirido quanto da Teoria das Situações Jurídicas, o que importa reconhecer que, no ordenamento jurídico, a lei tem efeito imediato, mas encontra óbice no direito adquirido.

Após o golpe militar de 1964, foi promulgada a Constituição Federal de 1967, que não apresentou nenhuma inovação no campo do direito intertemporal, cuja matéria foi assentada no artigo 150, § 3º.⁵⁴⁵ Dois anos após, foi editada a Emenda Constitucional nº 1º de 1969, restringindo consideravelmente as garantias individuais, mas que em nada alterou o tratamento dado à matéria.

Com a redemocratização do Brasil, tornou-se necessária nova Constituição, pensada de acordo com valores tão caros à democracia, para garantir o fortalecimento de instituições democráticas. Apesar disso, no âmbito do direito intertemporal, a Constituição Federal de 1988 manteve, no artigo 5º, inciso XXXVI, a tradição inaugurada pela Lei nº 3.238/1957, sem fazer menção expressa à retroatividade ou não da lei.

Para CARLOS YOUNG TOLOMEI, a objetividade da disposição constitucional autoriza duas conclusões: o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal não institui limite intertemporal, podendo objetar ambos os efeitos, a depender da casuística; e a irretroatividade da lei decorre não de previsão constitucional, mas infraconstitucional.⁵⁴⁶

MÁRIO LUIZ DELGADO assevera ser óbvia a constatação de que o princípio albergado na Constituição Federal de 1988 é o da retroatividade limitada: a lei nova pode retroagir, respeitados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, o que é reforçado pela previsão do artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Somente há exceção quando a norma nova se depara com direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos e situações protegidas pela coisa julgada, na esteira dos ensinamentos de GABBA quanto ao fato de a retroatividade ser regra e a irretroatividade, exceção.⁵⁴⁷

que se efetuou. § 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. § 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”.

⁵⁴⁵ “Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes: [...] § 3º A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

⁵⁴⁶ TOLOMEI, Carlos Young. *A proteção do direito adquirido sob o prisma civil-constitucional: uma perspectiva sistemático-axiológica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 92-93.

⁵⁴⁷ DELGADO, Mário Luiz. *Novo direito intertemporal brasileiro*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2014. p. 207.

Na esteira da lição *supra*, JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO ressalta que o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada não são imunes apenas ao efeito retroativo da lei nova:

Quaisquer efeitos de um novo diploma legislativo, não importa se imediatos ou mesmo futuros, não podem vir a prejudicar quaisquer destas realidades. É isto o que nos determina a nossa Constituição quando afirma literalmente que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” sem discriminar quais efeitos temporais da nova norma legislativa estariam sujeitos a esta vedação.

Sendo assim, é forçoso reconhecer que o ‘direito adquirido’ e as demais figuras jurídicas que o acompanham no art. 5º, XXXVI, da Lei maior, são realidades que quando verificadas in concreto inibem a projeção contra si de efeitos imediatos da lei nova. Incorre, pois, em lamentável equívoco quem afirma que o respeito ao direito adquirido se define apenas como um limite à própria retroatividade. Em essência, qualifica este um limite a quaisquer efeitos temporais de um novo diploma legislativo, sejam estes pretéritos, imediatos ou futuros.⁵⁴⁸

Ademais, conforme JOSÉ FERNANDO SIMÃO, ao preservar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, a lei objetivou a garantia de segurança e o fim das incertezas. Isso decorreu da evolução do princípio da irretroatividade, que amadureceu a ideia de impedir que as leis novas atinjam o direito adquirido havido sob a égide da lei revogada, surgindo uma situação de instabilidade jurídica, não condizente com a segurança que o Direito deve oferecer aos indivíduos.⁵⁴⁹

Dito isso, é forçoso concluir que a vedação à retroatividade não é um princípio constitucional,⁵⁵⁰ mas uma proteção às situações surgidas no passado e aos efeitos delas já

⁵⁴⁸ CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 325.

⁵⁴⁹ SIMÃO, José Fernando. *Tempo e direito civil: prescrição e decadência*. Tese (Livre-docência). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011. p. 82-83.

⁵⁵⁰ O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada são conceituados pela legislação infraconstitucional (artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), não pela Constituição Federal, que faz referência a eles, de modo que o controle da Corte Constitucional cinge-se à preservação de tais direitos, ao passo que o conteúdo dos institutos é de natureza infraconstitucional. Nesse sentido, é o seguinte precedente, no que aqui importa: “CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. SÚMULA 279 DO STF. SÚMULA 636 DO STF. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 5º, XXXVI, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO. MULTA. [...] IV – A alegada violação ao art. 5º, XXXVI, LIV e LV, da Constituição, em regra, configura situação de ofensa meramente reflexa ao texto constitucional, o que inviabiliza o conhecimento do recurso extraordinário. V – Aplicação de multa. VI – Agravo regimental improvido” (STF, AI nº 638758 AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 27.11.2007). Em sentido contrário, é a doutrina de RUBENS LIMONGI FRANÇA (LIMONGI FRANÇA, Rubens. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 282).

gerados durante a vigência da lei anterior. A retroatividade que não fira direitos adquiridos não gera insegurança a ponto de ter de ser considerada um princípio constitucional implícito, daí por que a ausência de um princípio sobre isso não representa uma ameaça ao Estado Democrático de Direito. Mesmo na Teoria do Direito Adquirido, a retroatividade é admitida, contanto que seja expressamente prevista e não atinja direitos adquiridos, considerados direitos fundamentais.⁵⁵¹

O que prescreve a Constituição Federal de 1988 é o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, alçando-o à condição de cláusula pétreia. Desse modo, nenhuma alteração constitucional pode admitir que uma lei atinja o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Cabe à legislação infraconstitucional regular os aspectos da matéria.

Como se vê, o direito intertemporal brasileiro é idiossincrático, por que ostenta influência tanto da Teoria dos Direitos Adquiridos, quanto da Teoria das Situações Jurídicas. Não se cuida, pois, de resolver um conflito de direito intertemporal pela fórmula de uma lei ser ou não retroativa. Mais do que a retroatividade ou a irretroatividade, o ordenamento jurídico garante a aplicação da lei revogada se a lei nova confrontar direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos e situações cobertas pelo manto da coisa julgada.

SEÇÃO V – DIREITO ADQUIRIDO

Como já se referiu *supra*, a proteção ao direito adquirido é assegurada constitucionalmente no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, no fito de evitar que mudanças legislativas posteriores possam ameaçar a segurança dos indivíduos. O conceito de direito adquirido fica a cargo do artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que o define da seguinte forma: “os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”.⁵⁵²

⁵⁵¹ CAIS, Fernando Fontoura da Silva. *Direito processual civil intertemporal*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010. p. 78-79.

⁵⁵² RUBENS LIMONGI FRANÇA destaca que poderia ser admitida a natureza constitucional do direito adquirido se o legislador a tivesse consagrado no texto ou se houvesse um conceito já estratificado em nossa mentalidade jurídica. Mesmo assim, a previsão no texto constitucional não o tornaria de natureza constitucional. Formular um conceito constitucional de direito adquirido, segundo o autor, subtrair-lhe-ia a possibilidade de progresso (LIMONGI FRANÇA, Rubens. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 210-211).

CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA destaca a dificuldade de se estudar a essência do direito adquirido, porquanto a questão tangencia a irretroatividade das leis, no afã de dar eficiência à segurança jurídica. Considerando que a segurança jurídica é prestigiada de acordo com a situação fática, o conceito de direito adquirido acaba sendo desenhado de acordo com o caso concreto.⁵⁵³

Com base no artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil de 1916, CLÓVIS BEVILÁQUA definiu o direito adquirido como bem jurídico, criado por fato capaz de produzi-lo, segundo as prescrições da lei então vigente, e que, de acordo com os preceitos da mesma lei, entrou para o patrimônio do titular. Incluem-se aí os direitos que podem ser exercidos, como os dependentes de prazo ou de condição pré-estabelecida, não alterável a arbítrio de outrem.⁵⁵⁴

Analisando a definição legal, RUBENS LIMONGI FRANÇA chega à conclusão de que, para o legislador, são direitos adquiridos 1) o direito que o seu titular possa exercer; 2) o direito que alguém, como representante do titular, possa exercer; 3) o direito cujo começo de exercício tenha termo prefixo; 4) o direito cujo começo de exercício tenha condição pré-estabelecida inalterável a arbítrio de outrem. No entanto, o jurista não concorda com essa definição, na medida em que o exercício por meio de terceiro não é fundamental, pois o representante age como se fosse o próprio titular, assim como os direitos a termo e condicionais são um problema de interpretação do conceito. A definição estaria limitada, pois, ao primeiro elemento, isto é, a uma prerrogativa de seu titular.^{555 556}

Além de tais ponderações, o conceito legal se mostra insuficiente na medida em que “nem tudo o que se pode exercer é ‘adquirido’ (por exemplo, as faculdades jurídicas podem ser exercidas apesar de só pertencerem ao direito objetivo). Só é ‘adquirido’ o

⁵⁵³ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio do direito adquirido no direito constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 26, nº 103, p. 147-162, jul.-set. 1989, especialmente p. 148.

⁵⁵⁴ BEVILÁQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1949. v. 1, p. 100.

⁵⁵⁵ LIMONGI FRANÇA, Rubens. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 227-228.

⁵⁵⁶ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO observa que a legislação prevê o direito adquirido, não o direito subjetivo, porque o que preocupa é o fenômeno de aquisição do direito do que o direito subjetivo em si, porque este não é genericamente declarado insensível à lei nova, diferentemente da aquisição de um direito, que não pode mais ser ignorada. O direito está adquirido quando alguém pode exercê-lo. Uma vez verificada a aquisição do direito, este está garantido a quem o adquiriu, diferentemente do direito subjetivo em si, porque o conteúdo do direito não é imutável (ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 547-548).

direito já integrado ao patrimônio do titular”, além de não ter sido gozado antes do advento da nova lei.⁵⁵⁷

CARLO FRANCESCO GABBA definiu os direitos adquiridos, mote de sua teoria, como a consequência de um fato idôneo que o produz, por conta da lei do tempo no qual esse fato se realizou, embora a ocasião de fazê-lo valer não tenha se apresentado antes da atuação de uma lei nova a respeito dele e que, nos termos da lei sob o império da qual se verificou o fato de onde se origina, passou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu.⁵⁵⁸ É dizer que, sendo constatada a realização de um fato imprescindível para a aquisição de um direito na vigência de uma lei, se houver uma lei posterior, os efeitos gerados por esse fato devem estar resguardados.

Nesse contexto, RUBENS LIMONGI FRANÇA propõe sua própria definição de direito adquirido, justificando que, ao mesmo tempo, a proposição está de acordo com a legislação nacional, abrange todos os elementos do conceito de GABBA e preenche as lacunas existentes na definição do autor italiano. Eis o seu conceito: “É a consequência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo; consequência que, tendo passado a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito, não se fez valer antes da vigência de lei nova sobre o mesmo objeto”.⁵⁵⁹

Por outro lado, convém destacar que o direito adquirido não é absoluto, tendo em vista que a proteção ao direito individual só pode subsistir e receber garantia jurídica quando não contrariar a segurança jurídica do grupo.⁵⁶⁰ O direito adquirido não pode ser um entrave às mudanças sociais, servindo como um “engenho de manutenção de situações irresgatáveis e privilegiadoras de pessoas e grupos em detrimento do todo social”.⁵⁶¹

Por questões metodológicas, LUIS ROBERTO BARROSO propõe que o direito adquirido seja analisado junto com a expectativa de direito e do direito consumado, em uma ordem cronológica: primeiro, a expectativa de direito, que aponta a situação em que o fato aquisitivo do direito se iniciou, mas não estava completo quando sobreveio uma nova

⁵⁵⁷ LEVADA, Filipe Antônio Marchi. *Direito intertemporal e a proteção do direito adquirido*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 63.

⁵⁵⁸ GABBA, Carlo Francesco. *Teoria dela retroattività delle leggi*. 2. ed. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1891. v. 1, p. 191.

⁵⁵⁹ LIMONGI FRANÇA, Rubens. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 231.

⁵⁶⁰ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio do direito adquirido no direito constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 26, nº 103, p. 147-162, jul.-set. 1989, especialmente p. 158.

⁵⁶¹ Idem, p. 162.

lei alterando a abordagem jurídica da questão, sem que seja produzido qualquer efeito na norma; depois, o direito adquirido, verificado quando o fato aquisitivo já ocorreu integralmente, mas os efeitos dele decorrentes ainda não se operaram; por fim, o direito consumado, figura estranha ao direito intertemporal, uma vez que o fato aquisitivo e os efeitos já se produziram.⁵⁶²

O surgimento de um direito pode não ocorrer simultaneamente à sua aquisição, porquanto o primeiro é objetivo, enquanto a segunda é subjetiva, quando há a adesão da relação jurídica ao sujeito. Na lição de GABBA, os fatos aquisitivos podem ser simples ou complexos,⁵⁶³ motivo pelo qual, para verificação da existência de um direito adquirido, é imperioso verificar se todos se realizaram antes da entrada em vigor da nova lei.⁵⁶⁴

Dito isso, diante das particularidades do direito intertemporal brasileiro, GUSTAVO TEPEDINO propõe interpretar-se de forma restrita a noção de direito adquirido, a fim de que não alcance os efeitos futuros de negócios jurídicos que, embora praticados legalmente no passado, são hostilizados pela lei nova. Até a entrada em vigor da norma jurídica, os efeitos produzidos devem estar a salvo, sempre que estiverem definitivamente incorporados ao patrimônio do indivíduo.⁵⁶⁵

Por derradeiro, é de se mencionar a existência de figuras semelhantes aos direitos adquiridos, mas que com eles não se confundem. Não merecem, pois, proteção especial do ordenamento jurídico: as expectativas de direito e as faculdades jurídicas.

Para RUBENS LIMONGI FRANÇA, a expectativa de direito “é a faculdade jurídica abstrata ou em vias de concretizar-se, cuja perfeição está na dependência de um requisito legal ou de um fato aquisitivo específico”, não se confundindo com o direito adquirido pelo fato de que, em relação a este, o fato aquisitivo específico já se configurou por completo. Enquanto a expectativa é um direito que está em vias de ser ou de poder ser

⁵⁶² BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Editora Fórum: 2004. p. 150-151.

⁵⁶³ GABBA, Carlo Francesco. *Teoria dela retroattività delle leggi*. 2. ed. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1891. v. 1, p. 228.

⁵⁶⁴ LEVADA, Filipe Antônio Marchi. *Direito intertemporal e a proteção do direito adquirido*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 66.

⁵⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 217.

adquirido em função de uma lei que a autorize, o direito adquirido é a consequência de uma lei.⁵⁶⁶ É um direito em potencial, dependente de um evento futuro externo.

As faculdades jurídicas, por sua vez, são a possibilidade não exercida, conquanto a lei permita, de praticar um determinado ato jurídico. Trata-se de um direito em potencial que depende da vontade do agente em exercê-la. Segundo CARLO FRANCESCO GABBA, um direito exige a existência de um fato e de uma lei que faça nascer o direito. Antes do surgimento do direito, há apenas uma possibilidade quanto a um modo de agir ou de ser do indivíduo, atribuindo-lhe uma faculdade jurídica.⁵⁶⁷ Se um sujeito optou por não exercer uma faculdade jurídica, não pode insurgir-se contra uma nova lei que deixa de permitir a prática de um ato jurídico, porque inexistente direito adquirido ao direito objetivo.

SEÇÃO VI – ATO JURÍDICO PERFEITO

A doutrina diverge quanto ao fato de o ato jurídico perfeito e a coisa julgada⁵⁶⁸ serem uma fronteira do direito adquirido ou serem a origem dos direitos adquiridos.

O legislador infraconstitucional previu no artigo 6º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que o ato jurídico perfeito é aquele “já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”, isto é, é um ato jurídico que já foi integralmente realizado e já produziu seus efeitos, da onde se extrai que o ato jurídico perfeito não seria apenas um instrumento do direito adquirido.

No entanto, a menção constitucional e legal é alvo de críticas pela doutrina. RUBENS LIMONGI FRANÇA chega a classificar as referências expressas em nosso

⁵⁶⁶ LIMONGI FRANÇA, Rubens. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 241.

⁵⁶⁷ RUBENS LIMONGI FRANÇA as faculdades jurídicas gozam de amplo sentido, abrangendo as expectativas de direito, e possuem duas naturezas distintas: de direito natural, não previstas em qualquer norma jurídica, mas que o sujeito as possui em razão da natureza das coisas; e de direito positivo, previstas no sistema jurídico. Em função disso, defende que, respeitando o direito intertemporal as leis positivas, o desrespeito ao direito natural pode ser uma questão metajurídica de injustiça, mas não objeto do direito intertemporal, que versa sobre o direito positivo (Idem, p. 244-245).

⁵⁶⁸ Em razão dos limites metodológicos do presente estudo, a coisa julgada não será estudada, uma vez que irrelevante para a persecução do objeto da pesquisa, bastando referir que, nos termos da previsão legal contida no artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, trata-se da decisão judicial de que não caiba recurso.

ordenamento jurídico ao ato jurídico perfeito como “absolutamente inúteis”, razão pela qual não deveriam persistir, ainda que se cuide de uma tradição.⁵⁶⁹

Para o jurista, se o ato jurídico perfeito é gerador do direito adquirido e o efeito é protegido, a sua causa também está protegida reflexamente, não se podendo considerar que o ato jurídico perfeito seja a única causa do direito adquirido, mas uma delas.⁵⁷⁰

A posição do autor parece assaz extremada, porque fazem sentido as previsões constitucional e infraconstitucional. Como pontuado por CLÓVIS BEVILÁQUA, o Direito busca proteger o ato jurídico perfeito porque ele pode gerar, modificar ou extinguir direitos. Se a lei não o tutelasse, o direito adquirido dele originário poderia estar em risco, por falta de fundamento. Por isso, ao respeitar o ato jurídico perfeito, está-se querendo garantir o direito adquirido.^{571 572}

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento no sentido de que o direito adquirido, objeto principal da proteção constitucional, compreende o ato jurídico perfeito, o qual é o seu gerador.⁵⁷³ Nem por isso, segundo se extrai da jurisprudência da Corte, posto que expressamente embasada na lição de RUBENS LIMONGI FRANÇA, é indevida a menção ao instituto jurídico. Segundo LUÍS ROBERTO BARROSO, a referência

⁵⁶⁹ LIMONGI FRANÇA, Rubens. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 234.

⁵⁷⁰ Idem, p. 236.

⁵⁷¹ BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1949. p. 101. v. 1.

⁵⁷² Na mesma linha, MARIA HELENA DINIZ também entende que a proteção ao ato jurídico perfeito se justifica por ser fato gerador do direito adquirido (DINIZ, Maria Helena. *Comentários ao Código Civil: parte especial: das disposições finais e transitórias* (arts. 2.028 a 2.046). Antonio Junqueira de Azevedo (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 9. v. 22).

⁵⁷³ Eis a ementa no que aqui importa: “ESTADO DE SÃO PAULO. SERVIDORES PÚBLICOS. INCIDÊNCIA RECÍPROCA DE ADICIONAIS E SEXTA-PARTE. ART. 37, XIV, DA CF, C/C O ART. 17 DO ADCT/88. DIREITO JUDICIALMENTE RECONHECIDO ANTES DO ADVENTO DA NOVA CARTA. SUPRESSÃO DA VANTAGEM POR ATO DA ADMINISTRAÇÃO. ALEGADA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA COISA JULGADA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. O constituinte, ao estabelecer a inviolabilidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, diante da lei (art. 5º, XXXVI), obviamente se excluiu dessa limitação, razão pela qual nada o impedia de recusar a garantia à situação jurídica em foco. Assim é que, além de vedar, no art. 37, XIV, a concessão de vantagens funcionais ‘em cascata’, determinou a imediata supressão de excessos da espécie, sem consideração a ‘direito adquirido’, expressão que há de ser entendida como compreendendo, não apenas o direito adquirido propriamente dito, mas também o decorrente do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. [...]” (STF, RE nº 140.894-4/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 10.05.1996). Destaque-se que, no julgado citado, há referência à lição de RUBENS LIMONGI FRANÇA suprarreferida, muito embora a crítica do doutrinador tenha sido atenuada pela Corte Constitucional.

tem “objetivo didático e simplificador”, pois o conceito do ato jurídico perfeito é mais simples e preciso que o de direito adquirido, facilitando a discussão.^{574 575}

Segundo PONTES DE MIRANDA, o ato jurídico perfeito é “fato jurídico, que tem o seu momento-ponto, no espaço-tempo”. Seu conceito está no plano da existência: “se ato jurídico começa de existir, aqui e agora, é porque o ato entrou no mundo jurídico aqui e agora e a sua juridicidade é a coloração que lhe deu o sistema jurídico, tal como aqui e agora êle é”, ao passo que o direito adquirido, um “direito que nasceu a alguém”, estaria no plano da eficácia, “porque todo direito é efeito”.⁵⁷⁶

J. M. CARVALHO SANTOS, por sua vez, defende a autonomia do conceito de ato jurídico perfeito, pois a previsão do ato jurídico perfeito indica uma pressuposição legal quanto à existência de atos jurídicos imperfeitos, que “não estão completos e acabados, por faltar alguma coisa, algum complemento que os ultime e os faça criadores de relações jurídicas”. Em assim sendo, quer o jurista dizer que o ato jurídico só é perfeito quando está consumado, inteiramente ou apenas como uma parte destacada.⁵⁷⁷

No mesmo sentir, MARIA HELENA DINIZ afirma que o ato jurídico é aquele completamente verificado no passado, de acordo com a legislação então vigente, tendo aptidão para produzir efeitos, uma vez que estão verificados todos os seus elementos constitutivos.⁵⁷⁸ A partir disso, pode-se dizer que não há ato jurídico perfeito a partir da prática de atos ou negócios jurídicos inválidos.⁵⁷⁹

Assim, o ato jurídico perfeito é o ato jurídico praticado sob o regime de uma lei, preenchendo todos os requisitos por ela previstos, o qual está apto a gerar efeitos. Cuida-se

⁵⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Editora Fórum: 2004. p. 155.

⁵⁷⁵ Nesse mesmo sentido, JOÃO LUIZ ALVES, para quem “distinguindo o Cód. as três noções deste artigo, não teve outro intuito senão tornar claros o preceito e a noção do direito adquirido” (ALVES, João Luiz. *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. p. 52. v. 1).

⁵⁷⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963. p. 357, t. 4.

⁵⁷⁷ CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código civil brasileiro interpretado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. v. 1, p. 46.

⁵⁷⁸ DINIZ, Maria Helena. *Comentários ao Código Civil: parte especial: das disposições finais e transitórias* (arts. 2.028 a 2.046). Antonio Junqueira de Azevedo (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 22, p. 8.

⁵⁷⁹ Se o ato for anulável, o ato jurídico perfeito só será constituído após a ratificação.

de uma questão puramente formal, da realização no campo concreto do conteúdo da norma em vigor no momento de sua realização, de verificar se o ato cumpriu todas as exigências previstas na lei em vigor quando de seu nascimento, tornando-se possível de gerar o direito adquirido, concreto e subjetivo a exercê-lo.⁵⁸⁰

Sob esse viés, a proteção se justifica porque o legislador, com razão, busca proteger não apenas o direito ainda não exercido que já integrou o patrimônio individual, mas também o direito já consumado, com aptidão para ser eficaz. Trata-se de questão de segurança jurídica aos indivíduos, sob pena de situação já exaurida poder ser rediscutida com o passar do tempo.⁵⁸¹

É exatamente nesse sentido que não se pode dizer que a proteção constitucional ao ato jurídico tenha sido inútil, mas sim que ela o protege enquanto *negotia praeterita*.

Por outro lado, deve-se observar a visão de MÁRIO LUIZ DELGADO no sentido de que o ato jurídico perfeito não é ato consumado, porque não se trata de direito esgotado, assim como não se confunde com o direito adquirido, em função da fonte de ambos: enquanto o primeiro é negócio fundado na lei, o segundo emana diretamente da lei. Sob o regime da lei antiga, tornou-se apto a produzir efeitos, pela verificação dos requisitos indispensáveis para tanto, sendo perfeito ainda que sujeito a termo ou condição.⁵⁸²

Essa lição, porém, é passível de críticas. De fato, como visto, o ato jurídico perfeito emana da vontade individual, de acordo com a norma vigente, mas não se pode desconsiderar que ele é gerador do direito adquirido, estando daí justificada a sua proteção em nível constitucional. Ele só é digno de proteção se for acabado e, portanto, inalterável, porque só a partir de então é que se torna apto para gerar efeitos. Isso, porém, não se confunde com a sua capacidade de gerar efeitos.

À guisa de conclusão, é a a doutrina de CARLOS YOUNG TOLOMEI:

⁵⁸⁰ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle de constitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Editora Fórum: 2004. p. 226.

⁵⁸¹ A par de o ato jurídico já ter se exaurido, os efeitos por ele gerado muitas vezes permanecem sendo produzidos, devendo, nesses casos, ser regulados pela lei da época em que verificados. Nesse sentido, consumados todos os atos do ato jurídico perfeito ou não, os seus efeitos devem estar compreendidos como consequência do ato para que possam escapar da força da lei nova, sendo, por outro lado, atingidos pela lei nova nas partes em que ainda não se completaram (CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código civil brasileiro interpretado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. v. 1, p. 47).

⁵⁸² DELGADO, Mário Luiz. *Novo direito intertemporal brasileiro*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2014. p. 198.

o ato jurídico perfeito subsumido numa ontológica relação com os atos constituídos segundo manifestações individuais de vontade. Seria ele, assim, rigorosamente, o negócio jurídico já concluído, quando estiverem superados dos três planos sucessivos nos quais se situam tais negócios: existência, validade e eficácia; o que não significa dizer que seus efeitos já tenham necessariamente se esgotado, hipótese em que, além do ato jurídico (negócio) dizer-se perfeito, seria ele também considerado consumado. Distancia-se, assim, do direito adquirido, na medida em que este tem por foco fundamental (segundo a orientação que propomos) a proteção de efeitos que tenham se incorporado (economicamente) ao patrimônio individual. Já a proteção ao ato jurídico perfeito, diversamente, busca garantir a causa eficiente dos efeitos.⁵⁸³

SEÇÃO IV – A EXTENSÃO DO ARTIGO 2.039 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS DE CASAMENTOS CELEBRADOS NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916

No artigo 2.250 do Anteprojeto do Código Civil, correspondente ao artigo 2.039 do Código Civil de 2002, constou que “O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil de 1916 é por este estabelecido, mas se rege pelas disposições do presente Código”.

Porém, durante a tramitação do Projeto, a emenda nº 489, proposta pelo Senador JOSAPHAT MARINHO, acabou excluindo a redação da parte final do artigo, sob o fundamento de que conflitava com a parte inicial do dispositivo. Os senadores entenderam equivocadamente que, se o regime de bens era o estabelecido pela legislação anterior, vigente ao tempo do casamento, era inviável que a codificação sucessora regesse a relação patrimonial entre os cônjuges, relegando eventuais questionamentos para uma solução casuística, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, aplicando o sistema de cláusulas gerais adotado pelo Código Civil de 2002.

A proposta do Senador JOSAPHAT MARINHO acabou prevalecendo e resultando no atual artigo 2.039, cuja redação causou profundos debates na doutrina e na jurisprudência. Isso porque uma primeira leitura do dispositivo induz à ideia de que os casamentos celebrados sob a égide do Código Civil de 1916 seriam imutáveis.

⁵⁸³ TOLOMEI, Carlos Young. *A proteção do direito adquirido sob o prisma civil-constitucional: uma perspectiva sistemático-axiológica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 174-175.

A orientação restritiva, chamada de *literalista* ou *textualista*, ampara-se no argumento de que o matrimônio é ato jurídico perfeito, não podendo o casal modificar os seus dispositivos, o que estaria chancelado pelo dispositivo legal em questão.

Para MARIA HELENA DINIZ, todas as disposições patrimoniais permanecem aplicáveis aos casamentos celebrados antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, daí por que os regimes de bens permaneceriam irrevogáveis, com o que concorda ARNALDO RIZZARDO.⁵⁸⁴ Segundo a doutrinadora, a redação do artigo 2.039 do Código Civil de 2002 tornaria os artigos 256 a 314 do Código anterior aplicáveis aos casamentos celebrados durante a sua vigência. Apesar de revogada, uma norma pode ser residualmente eficaz, seja porque outra lei vigente ordena o respeito às situações jurídicas constituídas ou aperfeiçoadas no regime da lei anterior, seja porque se deve aplicar a norma em vigor na época em que os fatos ocorreram, uma vez que o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada servem de óbice à eficácia da legislação superveniente.⁵⁸⁵

Não fosse assim, prossegue a doutrinadora, se regesse todas as consequências dos atos anteriores, o Código Civil de 2002 destruiria direitos legitimamente constituídos, mormente porque, se os cônjuges adotaram um regime de bens, devem ter conhecimento das consequências jurídicas do pacto antenupcial.⁵⁸⁶

Conforme se depreende de seus escritos, a autora entende que o regime de bens previamente ao casamento constituiria direito adquirido e ato jurídico perfeito, porque a escolha do estatuto patrimonial do casal seria um negócio jurídico consumado na celebração do casamento, que já teria gerado seus efeitos na convolação das núpcias, raciocínio que estaria correto se o regime de bens já estivesse extinto por ocasião da lei posterior, já que, nessa hipótese, haveria uma indevida retroatividade. A autora nega, como se vê, que o regime de bens possa ser um negócio jurídico de eficácia continuada, gerando efeitos ao longo da vida conjugal. Ainda, acrescenta a doutrinadora que os contratos em curso são atos jurídicos perfeitos, sobre os quais deve incidir a lei do tempo da contratação,

⁵⁸⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 629.

⁵⁸⁵ DINIZ, Maria Helena. *Comentários ao Código Civil: parte especial: Das disposições finais e transitórias* (arts. 2.028 a 2.046). Antonio Junqueira de Azevedo (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 22, p. 360-361.

⁵⁸⁶ Idem, p. 361-362.

ao arripio do que prevê o artigo 2.035,⁵⁸⁷ que garante a aplicação da lei nova aos *facta pendentia* e aos *facta futura*.⁵⁸⁸

A par disso, percebe-se que a orientação restritiva não se sustenta. O artigo 2.039 não versa sobre a mutabilidade do regime de bens, mas apenas sobre o regime adotado pelas partes. Nada mais é do que uma garantia de que, se não fizerem nada, os cônjuges terão seu regime de bens conservado. Em nenhum momento, o legislador de 2002 determinou a imutabilidade dos regimes de bens aos cônjuges casados antes de 11 de janeiro de 2003, o que deveria ter sido feito para vedar essa possibilidade.

O casamento tem eficácia continuada, não se podendo perder de vista que o artigo 2.035 do Código Civil de 2002 prevê que a validade dos atos praticados com base na codificação anterior é por ele regulamentada, enquanto sua eficácia está condicionada à lei em vigor, em consonância com o direito intertemporal brasileiro. Isso significa que os matrimônios celebrados na vigência do Código anterior podem continuar a produzir efeitos na vigência da atual legislação,⁵⁸⁹ admitindo-se que possa ser um ato jurídico perfeito que continua gerando efeitos, consoante CARLOS YOUNG TOLOMEI.⁵⁹⁰

O artigo 2.039 apenas determina que, aos casamentos anteriores ao Código Civil de 2002, são inaplicáveis as regras da legislação sucessora quanto às espécies de regimes de bens,⁵⁹¹ na hipótese de a vontade dos cônjuges não ser no sentido de modificar o

⁵⁸⁷ JOSÉ RENATO NALINI defende que a parte final do artigo 2.035 é inconstitucional, na medida em que, muito embora tenha buscado resolver problema de Direito intertemporal, o legislador de 2002 obteve êxito em seu desiderato, pois acabou vulnerando o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal quando previu que os efeitos dos negócios jurídicos ocorridos após a entrada em vigor do Código Civil de 2002 a ele se subordinam (NALINI, José Renato. *Comentários ao Código Civil*: livro complementar das disposições finais e transitórias. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 22, p. 72).

⁵⁸⁸ Em posição contraditória, JOSÉ RENATO NALINI afirma que a segunda parte do artigo 2.035 do Código Civil é inconstitucional na medida em que dispõe que os efeitos de negócios jurídicos a ele anteriores se subordinam aos seus preceitos (NALINI, José Renato. *Comentários ao Código Civil*: livro complementar das disposições finais e transitórias. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 22, p. 73). Porém, questiona: “Por que engessar o casal numa situação granítica, se o intuito a ser obtido pela mudança de regime poderia ser atingido obliquamente, pelo divórcio?”, defendendo que o artigo 230 do Código Civil não contém eficácia residual (Idem, p. 97-102).

⁵⁸⁹ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; PAIVA, Francisca Juliana Castello Branco Evaristo de. A disciplina da mutabilidade do regime de bens no direito civil brasileiro: conciliação entre exercício da autonomia privada dos cônjuges e visão institucionalista do casamento. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 42, nº 139, p. 87-112, dez. 2015.

⁵⁹⁰ TOLOMEI, Carlos Young. *A proteção do direito adquirido sob o prisma civil-constitucional*: uma perspectiva sistemático-axiológica. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 174-175.

⁵⁹¹ OLIVEIRA, Euclides de. Alteração do regime de bens no casamento. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil*: questões controvertidas. São Paulo: Método, 2006. p. 394. v. 1.

estatuto patrimonial adotado pelo casal. Na realidade, o dispositivo legal em questão visa a garantir proteção ao direito adquirido dos cônjuges de regularem-se pelas regras vigentes por ocasião do casamento.⁵⁹²

Causaria imensa insegurança aos cônjuges e a terceiros que com eles tivessem contratado se os consortes fossem surpreendidos pela mudança das regras específicas do estatuto patrimonial adotado. Cuida-se de uma consequência do casal de ter adotado certo regime de bens, assegurando-lhe a aplicação daquilo que foi convencionado quando da celebração do casamento, sob pena de, aí sim, haver desrespeito ao ato jurídico perfeito.

Em assim sendo, a norma do artigo 2.039 é instrumento para solucionar dificuldades impostas pela antiga legislação, na medida em que protege as regras do regime adotado, mas não as características gerais do regime de bens, porque estas gozam de interesse público. Apenas o regime de bens secundário é o da lei vigente por ocasião da celebração do matrimônio, ao passo que o regime primário de bens é aquele disposto pela legislação em vigor, o que, ainda que de forma confusa, estava previsto no artigo 2.250 do Anteprojeto de Código Civil.

EUCLIDES DE OLIVEIRA defende que o artigo 2.039 deve ser interpretado em consonância com o sistema jurídico e adequação à *mens legis*, a fim de que somente as regras relativas ao conteúdo de cada regime sejam as da lei vigente ao tempo da celebração do matrimônio, não as normas gerais, incindíveis a todos os regimes de bens no casamento.⁵⁹³ Dessa forma, mantém-se a lei vigente por ocasião da celebração do casamento, sem que o regime de bens sofra mudanças apenas pelo advento da nova lei, a não ser que assim se manifestem expressamente os cônjuges, para fins de modificação do estatuto patrimonial antecedente.

Também pudera: ao ser aplicada com efeito imediato, consoante o artigo 6º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, a lei nova não pode atingir fatos anteriores à sua entrada em vigor ou os efeitos exauridos de tais fatos, o que configuraria uma retroatividade indevida, limitando-se a alcançar aos *facta pendentia* ou *facta futura* e seus efeitos, adotando, sob esse aspecto, a Teoria das Situações Jurídicas.

⁵⁹² LEVADA, Filipe Antônio Marchi. *Direito intertemporal e a proteção do direito adquirido*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 173.

⁵⁹³ OLIVEIRA, Euclides de. Alteração do regime de bens no casamento. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2006. p. 395. v. 1.

O objeto da previsão legal são as mudanças internas nos regimes de bens. Se o Código Civil de 2002 silenciasse a esse respeito, poderia se cogitar a incidência automática do regime de bens com as alterações introduzidas pela nova legislação, o qual não corresponderia exatamente àquele válido e eficaz entre cônjuges e também em relação a terceiros, sem permitir ao casal manifestar seu desejo de manter as disposições anteriores. Em função disso, parece muito claro que, na realidade, o legislador buscou evitar que as alterações introduzidas em nosso ordenamento jurídico pela lei mais recente fossem aplicadas aos matrimônios realizados antes do Código Civil de 2002,⁵⁹⁴ muito embora a redação final do dispositivo legal possa induzir a uma leitura errônea.

Sustentando que os atos e negócios jurídicos celebrados na vigência do Código Civil anterior devem ser regulados pela legislação revogada e os praticados sob a vigência do Código atual se submetem a ele, SILMARA JUNY DE ABREU CHINELLATO destaca o exemplo de casamento em regime pela separação convencional de bens, que, na legislação anterior exigia que a alienação de bens contasse com a anuência do cônjuge, exigência alterada pelo Código Civil atual. Se não houvesse a previsão do artigo 2.039, todos os atos praticados após a entrada em vigor do Código Civil de 2002 prescindiriam da outorga conjugal, porque isso é elemento da estrutura interna do regime de bens, alterada pela legislação posterior.⁵⁹⁵

Não é somente isso. Se não fosse a disposição do artigo 2.039, os casais que houvessem escolhido o regime dotal observariam, sem nada poder fazer, a superveniente ineficácia de seu pacto antenupcial, ficando sem regime ou tendo as regras do regime dispositivo aplicáveis ao seu matrimônio, em contrariedade à sua manifestação de vontade pretérita. No caso da comunhão parcial de bens, ainda poderia haver discussão a respeito da comunicabilidade dos proventos do trabalho pessoal dos cônjuges, que passou a ser tida por incomunicável na atual legislação.

⁵⁹⁴ Assim, as regras da comunhão parcial, da comunhão universal e da separação de bens previstas no Código Civil de 2002 não se aplicam aos casamentos realizados sob a égide do Código Civil de 1916, valendo as previsões expressas nos artigos 1.658 a 1.666; artigos 1.667 a 1.671; e artigos 1.687 a 1.688, respectivamente. No mais, as demais regras de Direito patrimonial de família, de caráter geral a todos os regimes de bens (artigos 1.639 a 1.652), são incidíveis a todo e qualquer matrimônio cujo regime esteja em vigor, independentemente de quando foi realizado, porquanto norteadoras dos variados regimes de bens.

⁵⁹⁵ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. A mutabilidade do regime de bens entre cônjuges no Código Civil de 2002. *Revista Jurídica do Uniaraxá*, Araxá, ano 10, nº 9, p. 345-367, 2006, especialmente p. 355.

Na mesma esteira, os casais que casaram sem a observância do artigo 259 do Código Civil de 1916,⁵⁹⁶ cujo conteúdo previa a comunhão dos aquestos se não houvesse menção explícita à incomunicabilidade no pacto antenupcial e não foi reproduzido pela codificação sucessora, não passaram a ter os adquiridos durante a vida em comum excluídos da comunicabilidade após a entrada em vigor do Código Civil de 2002.

Há mais. Como pontuado por FRANCISCO JOSÉ CAHALI, a imediata imposição de consequências jurídicas específicas pelo Código Civil de 2002, mesmo para as pessoas casadas antes de sua entrada em vigor, acarretou o impedimento à manutenção de sociedade empresária entre os casais unidos pela comunhão universal e a fixação do cônjuge como herdeiro, na primeira classe de preferência, em concorrência com os descendentes. Isso, por si só, justifica que, se a lei impõe determinada consequência para o regime de bens, deve ser franqueado aos cônjuges a escolha de se submeterem a essas novas regras patrimoniais ou alterarem o seu regime de bens.⁵⁹⁷

Não se pode desconsiderar que um dos motivos para a imutabilidade do regime de bens era a segurança jurídica que isso proporcionava aos cônjuges e a terceiros. No entanto, o legislador de 2002 entendeu que o interesse geral estaria atendido se fosse permitido aos consortes a possibilidade de alteração do regime de bens. Portanto, ainda que se possa tomar o regime de bens como um direito adquirido, o interesse social na mutabilidade do regime de bens, como se viu, não justifica qualquer alegação de direito adquirido para vedar a alteração.

Diferentemente do seu antecessor, que deixou claro o interesse geral na imutabilidade do regime patrimonial, o legislador de 2002 não teve essa preocupação. Se a lei nova passou a prever que a irrevogabilidade não era juridicamente relevante, não há sentido em vetar a alteração do regime de bens a pessoas casadas sob a égide da legislação anterior. Não há direito adquirido à imutabilidade do regime de bens.

Ao depois, a possibilidade de alteração do regime de bens é uma mera faculdade jurídica, a qual não está protegida contra a lei nova, diante da inexistência de direito adquirido ao direito objetivo. A lei que veda ou estabelece faculdades jurídicas deve ser aplicada a todas as relações, inclusive às que tenham se iniciado no passado. Se a lei nova

⁵⁹⁶ “Art. 259. Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento.”

⁵⁹⁷ CAHALI, Francisco José. A Súmula 377 e o novo Código Civil e a mutabilidade do regime de bens. *Revista do Advogado*, ano XXIV, nº 76, jun. 2004.

vem permitir ou proibir uma faculdade ainda não exercida, não há óbice –direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada – que impeça a sua incidência.⁵⁹⁸⁻⁵⁹⁹

A mutabilidade não é um efeito do regime de bens propriamente dito, com relação ao que é comum ao casal ou exclusivo de um dos cônjuges, mas uma característica patrimonial dele. É por isso que a sua previsão se situa nas disposições gerais relativas aos regimes de bens, ao invés das disposições específicas de cada regime, essas sim tuteladas pela previsão do artigo 2.039. Foi diferente a solução dada à questão no Código Civil anterior, em que a irrevogabilidade estava prevista no artigo 230, localizado topograficamente no Título II, Capítulo I, referente às disposições gerais dos efeitos jurídicos do casamento, tornando irrevogável o regime matrimonial.

À frente de seu tempo, PONTES DE MIRANDA estudou com profundidade os reflexos do direito intertemporal sobre os regimes de bens, prevendo que, caso venha a estabelecer outro regime legal ou modificá-lo, a lei nova não é aplicável aos matrimônios realizados antes dela, salvo regra explícita em contrário. Essa situação, porém, não se confunde com a hipótese dos regimes obrigatórios, na qual a incidência imediata sobre os regimes em vigor é a que mais convém, por se tratar de regra de proteção (“lei fez, lei desfaz”). Porém, se o extingue, sobrevive a lei velha de proteção, porque é “impossível preencher-se o vazio que ficaria”, concluindo o doutrinador que:

Se algum dia o direito brasileiro permitir a convenção pós-nupcial, a nova lei poderá ser seguida, quanto a isso, pelos casados anteriormente a ela. A regra da imutabilidade do regime (art. 230) é de direito substancial, e não de direito intertemporal.⁶⁰⁰

Para ROLF MADALENO, o artigo 2.045 do Código Civil revogou o Código Civil de 1916 na íntegra, de modo que é inviável suscitar a previsão do artigo 230 da lei anterior, a partir da ressalva extraída do artigo 2.039 do Código Civil de 2002. O novo sistema legal

⁵⁹⁸ LEVADA, Filipe Antônio Marchi. *Direito intertemporal e a proteção do direito adquirido*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 172.

⁵⁹⁹ Para ANTONIO JEOVÁ SANTOS, como a alteração do regime de bens deve ser obtida judicialmente, a norma do artigo 1.639, § 2º, do Código Civil tem natureza processual, razão pela qual sua aplicação é imediata, porquanto inexistente direito substantivo a ser protegido, abrangendo os casamentos celebrados antes de sua entrada em vigor (2004, p. 167-168). O argumento, porém, é falho, na medida em que, conforme já demonstrado, a necessidade de autorização judicial é excessiva e não está de acordo com o direito em discussão. Se lograr-se obter a modificação da previsão legal, com a possibilidade da mutação do regime de bens pela via extrajudicial, esse fundamento não subsistirá.

⁶⁰⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 2, p. 203.

substituiu o anterior e, com isso, previu a mutabilidade em detrimento da imutabilidade do regime de bens, até porque o artigo 1.639, § 2º, da codificação em vigor revogou a previsão de irrevogabilidade do regime de bens,⁶⁰¹ consoante previsão do artigo 2.045. Ora, se a opção legislativa fosse a manutenção da eficácia do artigo 230 do Código Beviláqua, isso deveria ter vindo expresso no Código Civil de 2002, porque claramente se cuida de caso de pós-atividade da norma anterior, o que não se verifica da redação do artigo 2.039 da legislação em vigor.

A mutabilidade hoje é um atributo matrimonial, sobre a qual incide a ordem jurídica em vigor. Não poderia ser diferente, em razão do artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que determina a aplicação imediata da lei como regra geral e, ao mesmo tempo, protege o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada em relação aos *facta praeterita*, de modo que a nova lei deverá ser aplicada aos efeitos futuros de atos jurídicos que se constituíram sob o império da antiga lei.

Se o Código Civil atual concede um benefício mais amplo (poder alterar o regime de bens), não há por que vedá-lo aos cidadãos casados antes da entrada em vigor da lei nova, tendo em vista que essa possibilidade decorre do estado de casado, independentemente do momento de sua celebração.⁶⁰² Interpretação em sentido contrário acarretaria violação do princípio da isonomia, pois, muito embora ostentassem o mesmo *status*, as pessoas casadas em 10 de janeiro de 2003 não poderiam requerer a alteração do regime de bens, ao passo que aquelas que convolaram suas núpcias em 11 de janeiro de 2003 poderiam fazê-lo. Esse curtíssimo espaço de tempo acabaria por dar azo ao surgimento de duas espécies distintas de cônjuges: os impedidos de mudar o regime de bens e os autorizados a postular a alteração, o que é de todo inconcebível, tendo em vista que o vínculo mantido entre o casal é exatamente o mesmo em ambos os casos.

O reconhecimento da mutabilidade do regime de bens em casamentos celebrados na vigência do Código Civil de 1916 prestigia a incidência do princípio da autonomia privada no Direito patrimonial de família. Sem sombra de dúvidas, em um contexto de cada vez menor intervenção estatal no âmbito familiar, permitindo que os próprios cônjuges possam deliberar o melhor para si no âmbito patrimonial, desprovido do

⁶⁰¹ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 728-729.

⁶⁰² Idem, p. 730.

caráter institucional familiar, não há nenhum sentido em se manter *ad eternum* um regime de bens cujas razões para sua adoção muitas vezes não mais se sustentam.

Deve-se, uma vez mais, lembrar a importância de se seccionarem os efeitos pessoais do casamento dos seus efeitos patrimoniais. Os regimes de bens são direitos econômicos e, por isso, disponíveis. Não há justificativa legal que impeça os cônjuges de renunciarem ao estatuto patrimonial escolhido previamente ao casamento, até porque a opção de um divórcio simulado para alteração do estatuto patrimonial seria uma via para o casal,⁶⁰³ o que importaria tornar letra morta a lei em vigor.

Quanto ao aspecto pessoal, a nova norma goza de eficácia imediata. Assim, devem ser aplicadas as leis novas acerca dos deveres conjugais, por exemplo, aos casamentos anteriores a 11 de janeiro de 2003. Já, quanto ao aspecto patrimonial, é necessário dividir os efeitos do casamento que independem de vontade das partes do que decorre do regime de bens, porquanto o primeiro decorre da lei, ao passo que o segundo exige a manifestação de vontade.⁶⁰⁴ A diferença de tratamento no plano da eficácia explica por que é falha a analogia comumente feita no sentido de que o divórcio foi tranquilamente aceito para os casamentos celebrados antes da entrada em vigor da Lei do Divórcio, enquanto a mutabilidade do regime de bens não. Em que pese possa ser sedutor tal argumento, na realidade trata-se de regra distinta, uma vez que uma versa sobre ação de estado, enquanto a outra é de direito puramente patrimonial.

Em função disso tudo, foi editado o Enunciado nº 260 da III Jornada de Direito Civil, o qual não deixa margem de dúvidas no sentido de que “a alteração do regime de bens prevista no § 2º do art. 1.639 do Código Civil também é permitida nos casamentos realizados na vigência da legislação anterior”.

Por fim, convém sublinhar que, muito embora defenda a imutabilidade do regime de bens para os casamentos celebrados antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, MARIA HELENA DINIZ admite que o artigo 1.639, § 2º, seja aplicado excepcionalmente, se o magistrado entender que, para sanar lacuna axiológica, possam ser aplicados os artigos 4º e 5º da atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, já

⁶⁰³ SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Regimes de bens no casamento e na união familiar estável*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 110.

⁶⁰⁴ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959. v. 1, p. 298-299.

que haveria um cenário de injustiça, causada pela não correspondência do Código Civil de 1916 com os valores da atual sociedade.⁶⁰⁵

De qualquer forma, muito embora tenha suscitado profunda divergência logo após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, hoje a questão já se encontra pacificada no âmbito jurisprudencial. Em acórdão proferido nos autos do julgamento do Recurso Especial nº 730.546/MG, o Min. JORGE SCARTEZZINI proferiu voto considerado paradigmático em nosso ordenamento jurídico, acertadamente admitindo a alteração do regime de bens nos casamentos realizados sob a égide da legislação anterior.⁶⁰⁶

O caso versava sobre pedido formulado por cônjuges casados pela comunhão parcial de bens no ano de 1995 que pretendiam alterar seu regime matrimonial para a separação convencional de bens, o que foi negado pelo magistrado de primeiro grau, sob o fundamento de que o artigo 2.039 vedaria a mudança, sentença que foi mantida na íntegra pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Após analisar detidamente a corrente *literalista* e a corrente autorizadora da mutabilidade, concluiu-se de maneira irretocável pela ausência de restrição à incidência da norma geral, que permite a mudança do regime de bens, aos casamentos anteriores ao Código Civil de 2002, porque não se trata de retroatividade da lei, mas de sua aplicação com efeitos imediatos.

Após o julgamento do REsp nº 730.546/MG, o Superior Tribunal de Justiça proferiu reiteradas decisões no mesmo sentido, conforme se extrai do julgamento dos Recursos Especiais nº 868.404/SC, 812.012/RS, 1.112.123/DF e 1.300.036/MT, ao que se curvou a jurisprudência dos Tribunais estaduais, pacificando a discussão a esse respeito.

⁶⁰⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5, p. 182.

⁶⁰⁶ “CIVIL – REGIME MATRIMONIAL DE BENS – ALTERAÇÃO JUDICIAL – CASAMENTO OCORRIDO SOB A ÉGIDE DO CC/1916 (LEI N. 3.071) – POSSIBILIDADE – ART. 2.039 DO CC/2002 (LEI N. 10.406) – CORRENTES DOUTRINÁRIAS – ART. 1.639, § 2º, C/C ART. 2.035 DO CC/2002 – NORMA GERAL DE APLICAÇÃO IMEDIATA. 1 – Apresenta-se razoável, in casu, não considerar o art. 2.039 do CC/2002 como óbice à aplicação de norma geral, constante do art. 1.639, § 2º, do CC/2002, concernente à alteração incidental de regime de bens nos casamentos ocorridos sob a égide do CC/1916, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido, não havendo que se falar em retroatividade legal, vedada nos termos do art. 5º, XXXVI, da CF/88, mas, ao revés, nos termos do art. 2.035 do CC/2002, em aplicação de norma geral com efeitos imediatos. 2 – Recurso conhecido e provido pela alínea ‘a’ para, admitindo-se a possibilidade de alteração do regime de bens adotado por ocasião de matrimônio realizado sob o pálio do CC/1916, determinar o retorno dos autos às instâncias ordinárias a fim de que procedam à análise do pedido, nos termos do art. 1.639, § 2º, do CC/2002” (STJ, REsp nº 730.546/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. em 23.08.2005).

CONCLUSÃO

Como inicialmente afirmado, a presente dissertação teve por objetivo examinar o tratamento dado à alteração do regime de bens no curso do casamento pelo ordenamento jurídico brasileiro, amparando-se na doutrina e na legislação nacional e estrangeira. Mais do que exaurir a análise das questões atinentes ao assunto, a consciência a seu respeito foi o motivo que impulsionou o seu estudo.

Complementando as conclusões apresentadas no curso do trabalho, podem ser apresentadas as seguintes conclusões:

1. O regime de bens é de todo relevante para o casamento, na medida em que, por meio dele, são resolvidas as questões patrimoniais do casal, como a titularidade de bens e a sua comunicabilidade, com efeitos inclusive perante seus sucessores e terceiros. A sua escolha é uma prerrogativa dos cônjuges, daí por que se reconhece como princípios dos regimes de bens a autonomia privada, da qual decorre a variedade de tipos e a liberdade de escolha, e a mutabilidade condicionada.

2. No regime da separação obrigatória de bens, questão relevante diz respeito à incidência da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, editada no ano de 1964 em função da previsão do artigo 259 do Código Civil de 1916, a qual determina a comunicabilidade dos aquestos, no fito de mitigar os efeitos do regime, quando a imposição se dá em função da idade dos cônjuges. A aplicação do conteúdo sumulado se justifica como um esforço extralegislativo de evitar injustiças, na medida em que reduz o âmbito operativo da norma prevista pelo legislador. Da mesma forma, justifica-se a redação do Enunciado 261 da III Jornada de Direito Civil.

Aplicando-se a Súmula 377, ainda desponta a discussão a respeito da necessidade de comprovação do efetivo esforço comum para que haja a partilha dos aquestos. Nesse sentido, é equivocado o entendimento mais recente do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser necessária a comprovação do esforço comum, pois acaba por encaminhar o desfecho do impasse para o campo da sociedade de fato e afronta o próprio conteúdo da Súmula. Pela redação dada pelo Supremo Tribunal Federal, a aplicação do conteúdo sumulado leva à presunção absoluta do esforço comum, ainda que isso leve a uma aproximação do regime obrigatório com o regime supletivo.

A par dessa árida discussão, não há como se defender a permanência do regime obrigatório de bens em função do critério etário. Deveria o legislador ter superado a visão preconceituosa de presumir a vulnerabilidade dos indivíduos em função de sua idade, o que, ao fim e ao cabo, colocaria verdadeira pá de cal na insegurança criada nos cônjuges casados em tais circunstâncias.

3. O instrumento jurídico para manifestação de vontade acerca das consequências patrimoniais do casamento é o pacto antenupcial, lavrado em tabelionato, antes da celebração do casamento. Trata-se de um negócio jurídico de Direito de Família, porque decorrente da vontade dos nubentes e previsto pelo ordenamento jurídico, destinando-se a um fim passível de proteção jurídica, o casamento – sua *conditio iuris*.

O objeto do pacto antenupcial é a escolha do estatuto patrimonial do casamento, o que lhe garante força normativa. No entanto, nada impede que sejam incluídas na escritura pública cláusulas de natureza extrapatrimonial, mas estas devem ser consideradas elementos estranhos ao pacto, justificando-se a sua inclusão por coligação voluntária expressa.

Quanto à capacidade dos agentes, é fundamental apontar que a escolha do regime de bens é prerrogativa exclusiva dos nubentes. Tanto é assim que o legislador previu a incidência do regime da separação obrigatória de bens para os casamentos celebrados por menores de idade. No entanto, o mesmo cuidado não se teve, após a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), com o casamento de incapazes, porque admitir que a escolha do curador importa contrariar a personalidade do casamento. Por isso, deveria haver previsão legal expressa a respeito da incidência do regime obrigatório para o casamento de pessoas incapazes.

Com relação à forma, conquanto a lei preveja expressamente a nulidade do pacto que não for feito por escritura pública, o requisito não se sustenta: a uma, porque o instrumento particular pode aumentar a utilização do pacto e, assim, conduzir as pessoas a refletirem mais sobre a escolha do regime de bens; a duas, porque a publicidade da escolha é dada não pelo pacto antenupcial em si, mas pela referência ao seu conteúdo na certidão de casamento, no Registro de Imóveis do primeiro domicílio dos cônjuges e na Junta Comercial, o que garante eficácia *erga omnes* ao regime de bens.

Dúvidas a respeito da caducidade ou pós-eficacização do pacto antenupcial, sobre as quais se debruça a doutrina, se resolvem no fato de que, para que haja validade

das convenções antenupciais, deve haver vontade declarada das partes, tanto com relação à celebração do casamento, quanto em relação à escolha do regime de bens, devendo ser informada a existência de uma convenção.

Por outro lado, não se admite que o pacto antenupcial possa servir como contrato de convivência, na medida em que a ineficácia da avença é decorrência lógica da não celebração do matrimônio.

4. A mutabilidade do regime de bens é uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, pois só passou a ser admitida com a entrada em vigor do Código Civil de 2002. Os motivos para que a imutabilidade perdurasse tanto tempo em nossa experiência eram a proteção aos interesses dos cônjuges e de terceiros juridicamente interessados, bem como a ideia de perpetuidade do vínculo matrimonial.

Contudo, com o avançar do calendário e a repercussão dos reflexos das mudanças sociais na família, o único fundamento que ainda se sustentava para a manutenção da tradicional imutabilidade era a proteção de terceiros. Isso não foi descuidado pelo legislador de 2002, que, influenciado pela doutrina de Orlando Gomes, previu a proteção pela via da ineficácia da mudança.

5. O modelo de alteração justificada do regime de bens, adotado Código Civil de 2002, é bastante rígido. Isso pode ser justificado pelo apego à tradição e pelo receio dos efeitos da mudança.

6. O requisito do mútuo consentimento tem razão de ser, pois a escolha do regime de bens é negócio jurídico realizado pela convergência de duas vontades, não cabendo a um dos cônjuges impor ao outro a mudança, sob pena de afronta ao ato jurídico perfeito. Ainda que alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros autorizem, em determinados casos, a alteração unilateral do regime de bens, essa não é a realidade brasileira.

A alteração do regime de bens é uma prerrogativa exclusiva dos cônjuges, assim como o é a escolha do regime de bens antes do casamento pelos nubentes. Por isso, não há que se falar em consentimento de outras pessoas, sejam eles eventuais credores, sejam eles partes que tenham participado da lavratura do pacto antenupcial. Da mesma forma, não é possível que a mudança de regime de bens conte com a intervenção do curador de um cônjuge incapaz ou do Ministério Público.

7. A exigência de indicação dos motivos que levaram o casal a pretender a modificação do estatuto econômico de seu casamento deve ser vista com cautela. Além de ser descabida a invasão da privacidade dos consortes, tratando-se de um direito disponível de pessoas maiores e capazes, o grau de subjetividade que levou o casal a buscar a alteração muitas vezes não pode ser aferido judicialmente. Deve, por isso, ser respeitada a autonomia privada das partes, princípio incidente sobre a esfera patrimonial do Direito de Família, evitando-se uma invasão na privacidade do par e uma desnecessária exposição.

8. Nos casamentos regidos pelo regime da separação obrigatória de bens, superada a causa da imposição legal, nenhum óbice há para que se proceda à alteração do regime de bens. Isso porque a cominação de um regime de bens configura uma restrição ao direito dos cônjuges, de modo que não há fundamento jurídico para obrigar que os cônjuges continuem casados sob um regime imposto, até porque a razão para diferenciar o casal dos demais desapareceu.

9. No tocante à pretensão de alteração do estatuto patrimonial do casamento em função da previsão do artigo 977 do Código Civil, andou mal o legislador ao prever tal proibição. O patrimônio das pessoas físicas não se confunde com o das pessoas jurídicas, daí por que não haveria risco de burla ao regime de bens ou confusão patrimonial. Essa vedação, porém, não inclui os cônjuges casados antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, as sociedades constituídas antes de 11 de janeiro de 2003, assim como as sociedades constituídas entre um dos cônjuges e terceiros.

Por outro lado, se dois sócios vierem a se casar, apenas terão restrição quanto ao regime da comunhão universal, pois a separação obrigatória de bens é aplicável independentemente da vontade dos consortes, não estando configurada nenhuma hipótese de impedimento matrimonial ou de dissolução da sociedade.

10. O requisito da autorização judicial é passível de críticas, especialmente diante da realidade em que se encontra o Poder Judiciário brasileiro. A exigência tornou-se ainda mais insulada em nossa realidade após a entrada em vigor da Lei nº 11.441/2007, que permitiu que divórcios e inventários fossem feitos extrajudicialmente.

O controle judicial pode ser considerado uma intromissão desnecessária na autonomia privada dos cônjuges. O pedido deve ser formulado por cônjuges capazes, envolve exclusivamente direitos disponíveis e não há litígio, não se vislumbrando motivo plausível para que a mudança não possa ser feita pela via cartorária.

Por essas razões, espera-se que o Projeto de Lei nº 470/2013, o “Estatuto das Famílias” seja aprovado em breve, a fim de permitir que o procedimento modificativo possa ocorrer pela via cartorária.

11. A atuação do Ministério Público no procedimento de alteração do regime de bens não se justifica, porque está fora das atribuições constitucionais e legais do referido Órgão. Dessa forma, ainda que o artigo 734, § 1º, do Código de Processo Civil preveja a intervenção do *Parquet* no procedimento modificativo, como gozam de autonomia e independência funcional, os membros do Ministério Público podem se abster de intervir, conforme o Ato nº 313/03-PGJ-CGMP do Ministério Público de São Paulo.

12. O Direito brasileiro não prevê nenhum óbice ao número de alterações do regime de bens em um mesmo casamento, assim como não dispõe sobre prazo mínimo para a vigência de determinado regime de bens. Assim, podem os cônjuges apresentar pedido de alteração do estatuto patrimonial de seu matrimônio quantas vezes e quando entenderem necessário.

13. A solução dada pelo legislador pátrio no fito de proteger os interesses de terceiros que possam ser prejudicados pela alteração do regime de bens pela via da ineficácia é acertada. Como o patrimônio do devedor é a garantia de satisfação do crédito, a questão é de todo relevante, na medida em que há a necessidade de evitar fraude contra credores e proteger o tráfego jurídico. Os terceiros não podem ficar expostos a alterações de regime de bens que poderão lhe impingir prejuízos.

14. Como são estranhos à eleição do regime de bens, os terceiros não podem se insurgir contra a mudança. Assim, se não podem ser prejudicados pelo novo arranjo patrimonial estabelecido entre os cônjuges, devem respeitar a pretensão dos consortes, daí por que a exigência de publicação de editais antes do deferimento da alteração é equivocada, bem como qualquer medida que vise a dar publicidade prévia à mudança.

O trânsito em julgado da sentença que autoriza a mudança do regime de bens dá efeitos, entre o casal e seus herdeiros, ao novo regime. Contra terceiros, a mudança só é eficaz após a devida publicidade, por meio da averbação da alteração na certidão de casamento, no registro de imóveis do domicílio dos cônjuges, nas matrículas dos imóveis de propriedade dos consortes e na Junta Comercial.

15. Da mesma forma, se a mudança de regime de bens é ineficaz contra terceiros juridicamente interessados, não se pode exigir dos cônjuges a comprovação da inexistência

de dívidas. A alteração jamais frustrará o crédito de terceiros, porque estão expressamente ressalvados na previsão do artigo 1.639, § 2º, do Código Civil.

16. A necessidade de elaboração de novo pacto é medida excessiva. A redação do artigo 1.639, § 2º, do Código Civil e do artigo 734, § 2º, do Código de Processo Civil não exige a lavratura do documento público, até porque, ao deduzirem o pedido modificativo, os cônjuges devem indicar as regras do regime de bens que pretendem adotar, sob pena de inépcia da inicial.

Veja-se que o pacto antenupcial está expressamente previsto no artigo 1.640, parágrafo único, do Código Civil, não havendo, por outro lado, exigência de pacto para a alteração do regime de bens. A forma solene deve ser expressamente prevista, porque se trata de exceção, sendo a forma livre para prática dos negócios jurídicos a regra em nosso ordenamento jurídico.

Além disso, o pacto nupcial produziria os mesmos efeitos do mandado judicial, que igualmente serve para averbação nos registros, a fim de garantir a publicidade da sentença.

17. Não há como se defender a retroatividade da alteração do regime de bens, na medida em que o ato jurídico perfeito é tutelado constitucionalmente e só há ressalva aos direitos de terceiros se a alteração tiver eficácia prospectiva. Se assim não fosse, os negócios jurídicos praticados antes da mudança poderiam ser atingidos pela mudança, em prejuízo de credores.

Ademais, o efeitos prospectivos independem das características do regime de bens modificado e daquele para o qual haverá a modificação. Não há, ainda, nenhum impedimento para que o casamento seja regido por dois estatutos patrimoniais diferentes – sem que isso configure um regime híbrido de bens –, até porque a retroatividade é exceção no Direito brasileiro.

18. A partilha em decorrência da mudança de regime de bens no casamento jamais foi cogitada durante os trabalhos legislativos que resultaram na aprovação do artigo 1.639, § 2º, do Código Civil. Em nossa experiência jurídica, o regime patrimonial só se extinguiu pela morte, divórcio, separação, nulidade ou anulação do casamento.

Assim, não havendo previsão legal determinando a partilha de bens, não há como se impor que os cônjuges assim procedam, sobretudo porque a liquidação do regime de bens anterior com a partilha dos aquestos parece reforçar a ideia de retroatividade do

regime de bens, que não confere com a nossa ordem jurídica. Por outro lado, como também não há vedação expressa, a partilha de bens pode ser considerada lícita, porque não se encontra em conflito com a ordem jurídica.

Nessa linha, novamente deve ser privilegiada a incidência do princípio da autonomia privada no âmbito patrimonial de Direito de Família, motivo pelo qual o desejo dos consortes deve ser preservado, como já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.533.179/RS.

Contudo, caso os consortes pretendam a partilha de bens no curso do casamento, deve ser facultado aos terceiros juridicamente interessados a oposição ao plano de partilha. Se a alteração do regime de bens é ineficaz perante os credores em decorrência de previsão legal, a partilha não o é, podendo impingir prejuízos de ordem patrimonial a esses terceiros. Exclusivamente nesse caso, justifica-se a veiculação de editais ou utilização de outros meios que garantam publicidade ao pedido de partilha, assim como a comprovação da inexistência de dívidas capazes de gerar a insolvência do devedor.

19. Entre o período que vai da alteração do regime de bens e a últimação da partilha dos aquestos, os bens permanecem entre os cônjuges na forma de mancomunhão, porque a extinção do regime de bens não dá fim ao estado de indivisão dos bens. Somente a partilha é capaz de decotar as meações. Isso porque, diferentemente do condomínio, em que neste cada um dos titulares detém a parte ideal da coisa comum, com iguais direitos ao uso do bem, podendo alienar sua parte sobre a coisa comum, no estado de mancomunhão há uma massa patrimonial única, que não pode ser individualizada, não se podendo destacar bens específicos para que comporem cada uma das meações.

21. O artigo 2.039 versa sobre o regime adotado pelas partes. Trata-se de uma garantia aos cônjuges casados sob a égide do Código Civil de 1916 de que seu regime de bens mantém-se caso não busquem a sua alteração. A redação do dispositivo legal não pode ser lida como se houvesse uma determinação para que pares casados antes de 11 de janeiro de 2003 não pudessem buscar a alteração do estatuto econômico de seu casamento.

Se não bastasse isso, como a eficácia do casamento é continuada, incide na hipótese em estudo a previsão do artigo 2.035 do Código Civil de 2002, a qual dispõe que a validade dos atos praticados com base na codificação anterior é por ele regulamentada, enquanto sua eficácia está condicionada à lei em vigor, em consonância com o direito intertemporal brasileiro.

22. Deve-se ter presente a necessidade de a lei não impor restrições desnecessárias para a mudança do regime de bens, como se verifica atualmente, sob pena de a mutabilidade do regime de bens se tornar letra morta em nosso ordenamento jurídico, sendo mais fácil que os cônjuges adotem vias oblíquas para atingirem o seu fim.

BIBLIOGRAFIA

- AGUIRRE, João. O Estatuto da Pessoa com Deficiência protege o incapaz? SIM. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-protege-o-incapaz-sim/15732>>. Acesso em 15.11.2018.
- ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Direito civil: família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- ALVES, João Luiz. *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. V. 1.
- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; PAIVA, Francisca Juliana Castello Branco Evaristo de. A disciplina da mutabilidade do regime de bens no direito civil brasileiro: conciliação entre exercício da autonomia privada dos cônjuges e visão institucionalista do casamento. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 42, nº 139, p. 87-112, dez. 2015.
- ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- _____. *Direito da família*. 4. ed. Lisboa: Livraria Petrony, 1996. v.1.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário*. Tese (Titularidade de Professor de Direito Tributário). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009.
- _____. *Teoria da segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. União estável: antiga forma de casamento de fato. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 20, nº 77, p. 11-17, jul.-set. 1996.
- _____. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- _____; PAPA DOS SANTOS, Regina Beatriz. Sugestões ao Projeto de Código Civil: Direito de família (Projeto de Lei de Câmara 118, de 1984, em tramitação perante o Senado Federal): 2.^a parte. *Revista dos Tribunais*, v. 731, p. 11-47, set. 1996.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

- _____. Retrocesso no direito de família. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 93, p. 111-114, jan.-dez. 1998.
- _____. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*. São Paulo, 1986.
- BARBOZA, Heloísa Helena. Alteração do regime de bens e o art. 2.039 do Código Civil. *Anais – IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1949. v.1.
- _____. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1950. v. 2.
- BERNINI, A.; BRUGNETTINI, L.; COLUCCI, V.; DE FILIPPIS, B.; DRAKE, M.; GIARNIERI, E.; GUERRA, F.; GURZILLO, I.; KING, F.; MAZZEI, F.; MONEGAT, M.; PAESANO, G.; PINI, M.; TIRINI, M.; TROTTA, G. *Il regime patrimoniale della famiglia, la comunione legale ed il trust*. Padova: CEDAM, 2011.
- BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Ed., 1969. t. 1.
- _____. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Ed., 1969. t. 2.
- BIAZI, João Pedro de Oliveira de. Pacto antenupcial: uma leitura à luz da teoria do negócio jurídico. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, ano 2, nº 1, p. 229-264, 2016.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.
- BOSSERT, Gustavo A.; ZANNONI, Eduardo A. *Manual de derecho de familia*. 6. ed. Buenos Aires: Astrea, 2010.
- BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regime de bens no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BUNAZAR, Maurício. *Obrigação propter rem: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Atlas, 2014.
- CAHALI, Francisco José. A súmula 377 e o novo Código Civil e a mutabilidade do regime de bens. *Revista do Advogado*, ano XXIV, nº 76, jun. 2004.
- CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

- CAIS, Fernando Fontoura da Silva. *Direito processual civil intertemporal*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010.
- CAMARGO NETO, Mario de Carvalho. *Alteração Administrativa de Regime de Bens, Mediante Escritura Pública. Estatuto das Famílias*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Altera%C3%A7%C3%A3o%20Regime%20M%C3%A1rio.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2016.
- CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito de família e das sucessões*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. *A mutabilidade do regime de bens no casamento*. Dissertação (Mestrado em Direito). Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2006.
- CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método, 2010.
- CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- CARNEIRO, Rafael Jabur. *Sociedade entre cônjuges no Código Civil (artigo 977)*. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.
- CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 3. ed. Lavras: Unilavras, 2014.
- CARVALHO, João Andrades. *Regime de bens*. Rio de Janeiro: AIDE, 1996.
- CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código civil brasileiro interpretado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. v. 1.
- _____. *Código civil brasileiro interpretado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. v. 4.
- CASSETTARI, Christiano. *Elementos do direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *A mutabilidade do regime de bens entre cônjuges no Código Civil de 2002*. *Revista Jurídica do Uniaraxá*, Araxá, ano 10, nº 9, p. 345-367, 2006.
- _____. *Comentários ao Código Civil: parte especial do direito de família: filiação; adoção poder familiar; regime de bens (comunhão universal; comunhão parcial; participação final nos aquestos; separação); alimentos; usufruto e administração dos bens de filhos menores (arts. 1.591 a 1.710)*. Antonio Junqueira de Azevedo (Coord.). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 18.
- COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de direito da família*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. v. 1.

- CORNU, Gérard. *Les régimes matrimoniaux*. 9. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.
- COSTALUNGA, Karime. *Direito de herança e separação de bens: uma leitura orientada pela Constituição e pelo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- DANTAS, San Tiago. *Direitos de família e das sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- DELGADO, Mário Luiz. *Novo direito intertemporal brasileiro*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2014.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. Madrid: Tecnos, 2008. v. 4.
- DINIZ, Maria Helena. *Comentários ao Código Civil: parte especial: Das disposições finais e transitórias (arts. 2.028 a 2.046)*. Antonio Junqueira de Azevedo (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 22.
- _____. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5.
- _____. *Curso de direito civil brasileiro: direito de empresa*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 8.
- ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro*. São Paulo: Renovar, 1999. v. 1.
- FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 7. ed. Salvador: JusPodium, 2015. v. 6.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, p. 77-90, 1992.
- FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. O pacto antenupcial no Brasil à luz do direito e economia. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, v. 2, nº 3, p. 415-444, 2016.
- FERREIRA, Paulo Gaiger. Pactos patrimoniais e atividade notarial. In: DA SILVA, Regina Beatriz Tavares; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida Camargo. *Grandes temas de direito de família e das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2011.

- FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*. Giuffrè: Milano, 1959.
- FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da; SZTAJN, Rachel. *Código Civil comentado: direito de empresa: arts. 887 a 926 e 966 a 1.195*. São Paulo: Atlas, 2008. v. 16.
- FIUZA, César; POLI, Luciana Costa. Autonomia privada e intervenção no Estado Democrático de Direito: a (im)possibilidade de casamento entre homossexuais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, nº 106, p. 95-132, jan.-jun. 2013.
- GABBA, Carlo Francesco. *Teoria dela retroattività delle leggi*. 2. ed. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1891.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6.
- GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico*. 2. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2002.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GOMES, Orlando. *A reforma do Código Civil*. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1965.
- _____. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- _____. *Direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- _____. *Direitos reais*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6.
- GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- _____. Patrimônio no casamento e na união estável. In: *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- GUEDES, Jefferson Carús. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 719 ao 770*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 11.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Casamento e regime de bens. In: ARRUDA ALVIM; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro Joé Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

- _____. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: IBDFAM, v. 1, nº 1, abr.-jun. 1999.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Retrocesso no direito de família. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 93, p. 111-114, jan.-dez. 1998.
- KREUZ, Sérgio Luiz. Princípio da Imutabilidade do Regime de Bens do Casamento no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 11, p. 264-317, maio-jun. 2001.
- LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- LEVADA, Filipe Antônio Marchi. *Direito intertemporal e a proteção do direito adquirido*. Curitiba: Juruá, 2011.
- LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. *A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. *Código Civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693*. São Paulo: Atlas, 2003. v. 16.
- _____. *Comentários ao Código Civil: parte especial: das várias espécies de contrato: da compra e venda; da troca ou permuta; do contrato estimatório; da doação (arts. 481 a 564)*. Antonio Junqueira de Azevedo (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6.
- _____. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LUCCA, Newton de et al. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- _____. O direito adquirido e o regime de bens. *Revista Jurídica*, Sapucaia do Sul: Notadez, nº 348, out. 2006.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2013.

- MANFRÉ, José Antonio Encinas. *Regime patrimonial de bens no novo Código Civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MARTINS, Ronaldo Álvaro Lopes. A imutabilidade do regime de bens do casamento. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, nº 24, p. 277-284, 2003.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- MATHIAS, Maria Ligia Coelho; LOURENÇO, José. Efeitos ex tunc e ex nunc na mudança de regime de bens no casamento e na união estável. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3, n. 1, p. 509-544, 2017, *on-line*.
- MATTIA, Fábio Maria de. Regime de bens entre os cônjuges: estudo comparativo entre o Código Civil e o projeto de Código Civil e o projeto de Código Civil de 1975. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 10, p. 105-121, out.-dez. 1979.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.
- _____. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das coisas*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito de família*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.
- MOREIRA, José Cláudio Domingues; CANELLAS, Cristiane Maria da Costa; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Inconstitucionalidade da exigência de apresentação das razões dos cônjuges como uma das condições para a mutabilidade do regime de bens. *Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Jose Arthur Boiteux, 2006.
- MOTTA, Carlos Dias. *Direito matrimonial e seus princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

- NALINI, José Renato. *Comentários ao Código Civil: livro complementar das disposições finais e transitórias*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 22.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de direito civil: família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão; NOGUEIRA, Lucila Carvalho Valladão. A mutabilidade do regime de bens sob a ótica das novas regras constitucionais (após EC 66/10). In: NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. *Regime de bens: direito de família e sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 119-140.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- _____. Indispensável reequacionamento das questões fundamentais de direito intertemporal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 94, nº 837, p. 55-78, jul. 2005.
- _____. Retroatividade, eficácia imediata e pós-atividade das leis: sua caracterização correta, como indispensável para solução dos problemas de direito intertemporal. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 6, nº 23, p. 91-110, abr.-jun. 1998.
- NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. A alteração do regime de bens autorizada judicialmente: como proceder para que ela produza efeitos? *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, nº 44, p. 369-378, set.-dez. 2005.
- _____. *Direito de família: regimes matrimoniais de bens*. Leme: J. H. Mizuno, 2005.
- OLIVEIRA, Euclides de. Alteração do regime de bens no casamento. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2006. v. 1.
- OLIVEIRA, Guilherme. A nova lei do divórcio. *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Coimbra: Ed. Coimbra, n. 13, p. 9-32, 2010.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- PAIVA, João Pedro Lamana; PINHEIRO, Daniela Beling. *Da necessidade ou não da escritura pública de pacto (ante) nupcial por ocasião da alteração do regime de bens*. Disponível em: <<http://registrodeimovei.s1zona.com.br/?p=218>>. Acesso em 19 jan. 2016.
- PASSARELLI, Luciano Lopes. Modificação do regime de bens no casamento. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 27, nº 57, p. 84-109, jul.-dez. 2004.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5.

_____. *Instituições de direito civil: direito de família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 5.

_____. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil. Teoria geral do direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Rio de Janeiro: Typ. da Tribunal Liberal, 1889.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões ilustrado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. O direito de família e o novo Código Civil: alguns aspectos polêmicos ou inovadores. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, nº 18, jun.-jul. 2003.

_____. A alteração do regime de bens: possibilidade de retroagir. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, nº 24, abr.-maio 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963. t. 4.

_____. *Tratado de direito de família*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 2.

_____. *Tratado de direito privado: parte especial: direito das coisas: condomínio. Edifício de apartamentos. Compásco. Terras devolutas. Terras de sivilcolas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. t. 12.

_____. *Tratado de direito privado: parte especial: direito das obrigações: obrigações e suas espécies de obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. t. 22.

_____. *Tratado de direito privado: parte especial: dissolução da sociedade conjugal. Eficácia jurídica do casamento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. t. 8.

_____. *Tratado de direito privado: parte geral: eficácia jurídica. Determinações inexas e anexas. Diretos. Pretensões. Ações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. 5.

RANGEL, Rafael Calmon. *Partilha de bens na separação, no divórcio e na dissolução da união estável*. São Paulo: Saraiva, 2107. *E-book*.

- REIS, Clayton. A mudança do regime de bens no casamento em face do novo Código Civil brasileiro. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 5, nº 20, p. 5-19, out.-nov. 2003.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio do direito adquirido no direito constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 26, nº 103, p. 147-162, jul.-set. 1989.
- _____. (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da Constituição e dos direitos fundamentais*. Tese (Livre-docência). São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2017.
- _____. *Suprema Corte britânica valida pacto antenupcial*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-out-17/direito-comparado-suprema-corte-britanica-valida-pacto-pre-nupcial>>. Acesso em: 20 out. 2016.
- ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001.
- ROUBIER, Paul. *Les conflits de lois dans le temps*. Paris: Recueil Sirey, 1929.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1958. v. 2.
- SANTOS, Antônio Jeová. *Direito intertemporal e o novo Código Civil: aplicações da Lei 10.406/2002*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O pacto antenupcial e a autonomia privada. In: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de (Coord.). *Família e jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 183-209.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco. L'autonomia privata nel diritto di famiglia. *Saggi di diritto civile*. Napoli: Jovene, 1961. v. 1.
- SANTOS, Antonio Jeová. *Direito intertemporal e o novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Autonomia da vontade e os regimes matrimoniais de bens. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

- _____. *A mutabilidade dos regimes de bens*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI2295,101048A+mutabilidade+dos+regime+s+de+bens>>. Acesso em: 11 nov. 2015.
- SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela de confiança e venire contra factum proprium*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. v. 1.
- _____. *Curso de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Barros, 1960. v. 6.
- SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. Direito patrimonial de família no Projeto de Código Civil brasileiro e no direito português. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 520, p. 11-37, fev. 1979.
- SILVA, José Mônico da. *O casamento, o regime de bens à luz do direito comparado e o novo regime de participação final nos aquestos*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2006.
- SIMÃO, José Fernando. A Emenda Constitucional n. 66: a revolução do século em matéria de Direito de Família. *Revista do advogado*, São Paulo, ano 31, nº 112, p. 64-78, jul. 2011.
- _____. *Tempo e direito civil: prescrição e decadência*. Tese (Livre-docência). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011.
- _____. *Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade (Parte 2)*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>>. Acesso em: 20 out. 2016.
- _____. Mudança de regime de bens e pacto antenupcial: um diálogo necessário. *Jornal Carta Forense*, mar. 2014. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/mudanca-de-regime-de-bens-e-pacto-antenupcial-umdialogo-necessario/13184>>. Acesso em: 17 set. 2016.
- _____. *Novamente a mudança do regime de bens? Maiores de 70 anos*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/novamente-a-mudanca-do-regime-de-bens-maiores-de-70-anos/11505>>. Acesso em: 11 set. 2015.
- _____. *Retroagir ou não retroagir: eis a questão!* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-27/processo-familiar-retroagir-ou-nao-retroagir-eis-questao>>. Acesso em: 20 out. 2016.

- _____. *O Código Civil e as decisões dos Tribunais* – A mudança de regime de bens. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o-codigo-civil-e-as-decisoes-dos-tribunais---a-mudanca-de-regime-de-bens/226>>. Acesso em: 11 set. 2015.
- _____. *Questões controvertidas* – a mudança do regime de bens. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/questoes-controvertidas---a-mudanca-do-regime-de-bens-3a-parte/99>>. Acesso em: 11 set. 2015.
- _____. *A não manutenção do foro privilegiado para mulher casada no novo CPC*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-03/processo-familiar-nao-manutencao-foro-privilegiado-mulher-casada-cpc>>. Acesso em: 04 fev. 2018.
- _____. *Leis, História e histórias* – Regime da separação obrigatória – Lei 12.344/2010. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/leis-historia-e-historias---regime-da-separacao-obrigatoria---lei-123442010/6434>>. Acesso em: 13 abr. 2016.
- _____. *Mutabilidade do regime da separação obrigatória* – Decisão surpreendente! Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/mutabilidade-do-regime-da-separacao-obrigatoria---decisao-surpreendente/2379>>. Acesso em: 13 abr. 2017.
- _____. A teoria dualista do vínculo obrigacional e sua aplicação ao direito civil brasileiro. In: PAULA, Fernanda Pessoa Chuahy de; MENEZES, Iure Pedroza; CAMPELLO, Nalva Cristina Barbosa. *Direito das obrigações: reflexões no direito material e processual*. São Paulo: Método, 2011. p. 239-254.
- SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Regimes de bens no casamento e na união familiar estável*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- STANZIONE, Gabriella Autorino. *Diritto di famiglia*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2003.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- _____. Controvérsias sobre regime de bens no novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, ano IX, nº 2, p. 5-21, fev.-mar. 2008.
- TOLOMEI, Carlos Young. *A proteção do direito adquirido sob o prisma civil-constitucional: uma perspectiva sistemático-axiológica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

- TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 44. ed. Padova: CEDAM, 2009.
- TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. Contratualização da família. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano32, n.116, p. 60-69, jul. 2012.
- VELOSO, Zeno. Regimes matrimoniais de bens. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 6.
- _____. *Direito civil: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1.
- VIANNA, Tauanna Gonçalves. *Pacto antenupcial: delimitações de seu objeto*. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016.
- VILLELA, João Baptista. *Regime de bens no casamento: revogabilidade e segurança de terceiros*. Estudos de Direito brasileiro-alemão. Porto Alegre: Gráfica UFRGS, 1985.
- WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.) *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- WESENDONCK, Tula. *Direito patrimonial de família: disciplina geral do regime de bens no Código Civil*. São Paulo: Elsevier, 2011.
- XAVIER, José Tadeu Neves. Questões relevantes sobre a mutabilidade do regime de casamento. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais *on-line*, v. 52, p. 193-228, out.-dez. 2012.
- ZANNONI, Eduardo A. *Liquidación y calificación de bienes de la sociedad conyugal*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1976.