A AUTONOMIA PRIVADA, O PACTO ANTENUPCIAL E ESTATUTO PATRIMONIAL DO CASAMENTO

***Claudiane Aparecida de Sousa**
Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga FADIPA.
Graduada em Letras pela Universidade Estadual de Minas Gerais.
Pós-graduada em Direito Público pela APROBATUM/FADIPA
Assessora de coordenação da Universidade Presidente Antonio Carlos
Atualmente é professora de Direito Civil no curso de graduação da FADIPA e advogada.

**** Jô de Carvalho**
Doutora em Ciências Técnicas (Administração, Recursos Humanos e Gestão) pela UMCC, Reconhecimento no Brasil pela UnB como Doutora em Educação.
Mestre em Produção e Recepção de Textos pela PUCMINAS,
Coordenadora de bancas de monografia, Psicopedagoga e professora na Faculdade de Direito de Ipatinga (MG),
Professora de pós-graduação da Unipac Teófilo Otoni e do SENAC/MG.

*****José Eduardo Cardoso Cheres**
Graduado em Direito – Fadipa
Professor de Direito do Trabalho e Direito Previdenciário
Pós-graduado em Direito do Trabalho – Faculdade Pitágoras

1 BREVE HISTÓRICO

Em Roma, a família era centrada no *paterfamilias*, a quem encarregava desempenhar as funções de sacerdote, magistrado e administrador do patrimônio familiar. Em relação ao *status familiae*, era *sui juris* quem não se sujeitava ao domínio do *paterfamilias* e *alieni juris* quem se sujeitava ao *patria potestas*. No casamento, o poder exercido pelo marido sobre a mulher era denominado *manu*: o matrimônio poderia ser *cum manu* ou *sine manu*. Se o marido fosse sui juris, a mulher era considerada sua filha; se fosse *alieni juris*, era reputada neta (SILVA, 2006).

Portanto, no casamento *cum manu*, a mulher era sopesada filha do marido, quem se acometia de todos os poderes atinentes àquela (*filusfamiliae*). A mulher sempre se sujeitava ao marido, em sua própria pessoa ou de seu *paterfamilias*: se ela fosse *sui juris* (independente), tornava-se *alieni juris*; se já fosse *alieni juris*, nesta categoria continuava. Do ponto de vista patrimonial, se a mulher não se sujeitasse ao *paterfamilias*, todo seu patrimônio era ajuntado ao do marido; caso se sujeitasse ao *paterfamilias*, seu *pater* a contemplava com alguns bens, no intuito de compensar-lhe o alijamento à futura sucessão. Enquanto, o casamento *sine manu*, que era o

que prevalecia entre os romanos, a mulher não se sujeitava ao poder do marido, ela mantinha-se ligada a família original, isto é, apesar de casada, permanecia adjungida à sua família natural e sujeita a seu tutor originário, ela era “cedida” ao marido, exclusivamente para procriar. No que diz respeito ao patrimônio, a mulher cultivava todos os bens já integrantes de seu acervo, incomunicável ao marido, comparado assim, ao atual regime de separação absoluta bens. Então, os bens precedentes ao casamento não se comunicavam, nem os alcançados individualmente durante sua vigência. Os bens obtidos conjuntamente, em caso de dissolução, eram disseminados proporcionalmente à contribuição de cada um.

Ainda hoje a família continua tendo papel de destaque em nossa sociedade e para a composição do regime de bens. Assim assevera o professor Walsir Rodrigues:

> A família é considerada a célula, a base fundamental da sociedade. Sua existência é, por isso secular. Talvez, ela possa ser considerada uma das formações mais antigas. Por outro lado – o que parece um contrassenso -, também é possível afirmar ser ela plenamente atual. Transcorridas diferentes épocas, a família persistiu. E, assim, exatamente por acompanhar o desenvolvimento social, a família vai se adequando a ele conforme necessário. Em cada momento histórico, novas necessidades, novos interesses e, consequentemente, uma peculiar estruturação familiar. (grifos nossos).

2 REGIME DE BENS

2.1 Noções Gerais

A Carta Magna, dispõe em seu art. 226, caput: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

Através do artigo supramencionado vislumbra-se o alvo de toda e qualquer inquirição atinente a família, por isso, merecedora de especial proteção do aparelho estatal.

Há que ressaltar, no entanto, os efeitos pessoais - fidelidade recíproca, coabitação, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, respeito e consideração mútuos - que misturam o direito existencial de família, enquanto, em outra vertente

está o direito patrimonial ou econômico de família (composto pelo regime de bens entre cônjuges ou companheiros), que é o arcabouço do estudo em comento.

Nessa celeuma, o regime de bens adotado pelos nubentes é basilar no que tange a efeitos nas relações do direito patrimonial de família. De acordo com Walsir Rodrigues: "(...) Pode-se afirmar que o regime de bens é uma consequência inevitável do casamento e da união estável, pois não há matrimônio ou união estável sem regime patrimonial".

2.2 Princípios

Preceitua o Código Civil de 2002 em seu artigo 1.639:

> É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.
> § 1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.
> § 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.

Do artigo transcrito surgem alguns princípios norteadores do regime de bens:

a) Princípio da autonomia privada: base de toda e qualquer relação civil. É admissível que os consortes elejam livremente os preceitos que irão nortear o casamento, reverenciando determinados limites cominados expressamente pelo legislador no amparo conferido à pessoa humana;

b) Princípio da liberdade de escolha ou liberdade convencional: Aos consortes, dentro dos limites da autonomia privada e da liberdade de opção, é ofertada a livre escolha do regime de bens. O Estado intervém apenas quando há relevante motivo. No caso em tela, esta há que ser exercida com deferência a regras gerais, esculpidas no próprio Código Civil, artigos 1.639 a 1.657;

c) Princípio da variabilidade ou variedade de regime de bens: A norma não atribui aos contraentes um único regime, contudo, sob a égide de fórmula extremamente ampla e flexível, permite-lhes "estipular, quanto aos seus bens*, o que lhes aprouver"*. Nessa esteira oferta 04 (quatro) tipos de regimes

previamente balizados. E o princípio da liberdade ora mencionado confere aos nubentes a adoção pura de qualquer dos modelos, a modificação, o baralhamento entre eles (regimes mistos), e até mesmo a criação de novos tipos, de acordo com situação patrimonial do casal (regimes personalizados). Conquanto, vale dizer que tal criação vale apenas se for para ambos os cônjuges, até pela isonomia.

Nesse sentido, o enunciado 331/CJF/STJ:

> O estatuto patrimonial do casal pode ser definido por escolha de regime de bens distinto daqueles tipificados no Código Civil (art. 1.639 e parágrafo único do art. 1.640), e, para efeito de fiel observância do disposto no art. 1.528 do Código Civil, cumpre certificação a respeito, nos autos do processo de habilitação matrimonial.

Assim, para que se possa alcançar o efeito jurídico correspondente, necessitará o intérprete averiguar que regime imperou no pacto que adotou o sistema misto de normas.

d) Princípio da comunicabilidade: Segundo Maria Berenice Dias, todo o patrimônio auferido pelos nubentes após as bodas se sujeitam à regra da comunicabilidade, independente do regime de bens adotado, como corolário da comunhão de vidas (CC, art. 1.511), do dever de mútua assistência (art. 1.566, III) e da dependência recíproca pelos encargos da família (art. 1.565). Este evita a possibilidade do enriquecimento ilícito de qualquer dos nubentes e apenas pode ser afastado sob presciência do pacto antenupcial, passível, ainda assim, de questionamento pelo cônjuge que eventualmente se sentir lesado. Realmente, de acordo com o princípio em foco, em todos os tipos de regime, quer por eficácia da lei, quer por força de construção pretoriana, em maior ou menor extensão, os patrimônios reunidos na constância do conúbio se estenderiam aos cônjuges.

3 PACTO ANTENUPCIAL

De acordo com Walsir Rodrigues:

> O pacto antenupcial é um negócio jurídico solene, pois para ser válido deve ser feito em Cartório de Notas por meio de escritura pública. Serve para disciplinar as questões patrimoniais e não patrimoniais entre os cônjuges, bem como as responsabilidades dos cônjuges perante terceiros,

O pacto antenupcial visa regular o regime de bens do futuro casamento, no caso de opção por regime distinto do regime legal.

Importante salientar que, antes da lei do divórcio, Lei 6.515/77, o regime legal era o da comunhão universal. Logo, o pacto antenupcial era exigido quando o regime a ser adotado fosse distinto do regime de comunhão universal.

Anterior ao casamento, no curso do processo de habilitação, podem os nubentes estipular livremente sobre o regime de bens, mediante pacto antenupcial, sob escritura pública (art. 1.640, parágrafo único do NCC). Mais uma vez a autonomia privada entra em cena e permite a adoção de regimes mistos, híbridos ou personalizados, contudo, há que estar presente compatibilidade e congruência entre as disposições. Caso os nubentes fiquem silentes no pacto antenupcial, prevalece o regime supletivo da comunhão parcial de bens, tomada a termo a opção.

Pode-se dizer que o pacto antenupcial se estabelece numa zona intercessora entre o contrato do direito das obrigações e o casamento.

De acordo com Pontes de Miranda:

> O pacto antenupcial é figura que fica entre o contrato de direito das obrigações, isto é, o contrato de sociedade, e o casamento mesmo, como irradiador de efeitos. Não se assimila, porém, a qualquer deles: não é simplesmente de comunhão, de administração, o que quer que se convencione; nem ato constitutivo de sociedade, nem pré-casamento, ou, sequer, parte do casamento.

Portanto, trata-se de interesse referente ao direito de família, uma vez que apenas os nubentes podem ser partes, traz em si a obrigatoriedade de forma prescrita em lei, através da escritura pública e por derradeiro a legalidade.

Cabe lembrar que, existem aqueles que defendem a permissão da lavratura de pacto antenupcial por instrumento particular:

> Não encontramos óbice, a não ser o legal, para que se impeça a lavratura do pacto antenupcial por instrumento particular, desde que seja averbado, na íntegra, à margem do registro do casamento, no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais.

Entretanto, jamais pode olvidar que há dois requisitos essenciais à convenção pré-nupcial: I- A instrumentalização sob pública forma (escritura pública); II- A realização subsequente do casamento. No que tange a implementação do casamento, opera-se através de condição suspensiva, pois tem existência e validade, porém, ressente-se de eficácia, aperfeiçoada apenas com a consumação do casamento. Não há fixação de prazo sobre a não realização das bodas.

Dessa forma, então, realizam o pacto antenupcial os que podem casar. Porém, os consortes devem estar presentes para assinar a escritura pública de pacto antenupcial, ou então, deverão estar representados por procurador legalmente habilitado por procuração pública com poderes para tanto.

Enquanto para a realização do pacto antenupcial por menores de 18 anos, exige-se a aprovação de seu representante legal, salvo as hipóteses de regime obrigatório de separação de bens tratadas no art. 1.654 do NCC. Já o artigo 1.641 do NCC determina obrigatoriamente o regime de separação de bens no casamento de todos os que dependerem para casar de suprimento judicial.

Explana que podem casar o homem ou a mulher com 16 anos completos, portando, a autorização de ambos os pais ou de seus representantes legais, enquanto não atingirem a maioridade civil, conforme art. 1.517 do NCC. Há ainda suprimento judicial da autorização, quando divergirem os pais ou quando a denegação do consentimento for injusta conforme a lei. Excepcionalmente, para evitar o cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez, poderá ocorrer o suprimento judicial de idade, isto é, para quem ainda não alcançou a idade núbil.

É certo que, ainda para dar publicidade, isto é, valer contra terceiros, o pacto antenupcial atrela-se ao artigo 167, I, item 12, da Lei n. 6.015/73 cominado com o artigo 1.657 do NCC, determinando que este seja registrado em livro especial pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges. Isto é, deve ser registrado no livro nº 3 do Cartório de Registro de Imóveis do domicílio conjugal, conforme dispõe o art. 244 da Lei n.6.015/73

Conforme se verifica, sem o registro no cartório de registro de imóveis, o regime escolhido não terá validade perante terceiros, mas somente entre os cônjuges. E além de registrado em livro especial do Registro de Imóveis do domicílio dos nubentes, o pacto antenupcial deve ser averbado no registro de todos os bens imóveis adquiridos antes e durante a constância do casamento, nos termos do artigo 167, II, item 1, da Lei de Registros Públicos.

A averbação tem o condão de informar o casamento do proprietário, o regime que ele adotou, desde já informando, se for o caso, qual o número do registro e em qual Cartório de Imóveis foi registrado o pacto antenupcial.

O registro e a averbação do pacto antenupcial no cartório de Registro de Imóveis têm por escopo:

I) Dar publicidade, tornando-o passível de ser conhecido por toda e qualquer pessoa. Deve ser de interesse de todos aqueles que irão contratar com o casal conhecer o regime de bens adotado por eles, uma vez que os bens particulares, pertencentes a cada um dos cônjuges, e também aqueles por eles adquiridos na constância da vida matrimonial se submeterão ao regime patrimonial estipulado pelo casal;

II) Tornar-se-á a eficácia *erga omnes*, isto é, válido contra terceiros. Onde ninguém poderá alegar desconhecimento do pacto antenupcial e do conseqüente regime de bens adotado pelos cônjuges, desde que a referida convenção antenupcial esteja registrada e averbada no Cartório de Registro de Imóvel competente, estando disponível a qualquer interessado;

III) Precaver terceiros que venham a contratar com o casal, para evitar prejuízos e aborrecimentos futuros, pois, deverá, previamente, tomar conhecimento do regramento patrimonial insculpido no pacto antenupcial

registrado e averbado no Cartório de Registro de Imóveis competente e disponível a qualquer interessado;

IV) Evitar prejuízos. Como por exemplo, se as bodas foram realizadas sob o regime de separação total de bens, não será possível aos credores por dívidas anteriores de apenas um dos cônjuges fazerem incidir a penhora sobre bem imóvel pertencente apenas ao outro cônjuge;

V) E por derradeiro, preservar a segurança jurídica nas negociações imobiliárias feitas pelos consortes. É de suma importância a publicidade no pacto antenupcial, pois atende prontamente ao princípio da segurança jurídica, proporcionando ao interessado o acesso e conhecimento das regras patrimoniais adotadas pelos cônjuges.

Evidente fica que, o registro e a averbação do pacto antenupcial no Cartório de Registro de Imóveis são medidas muito importantes, dado o inevitável reflexo do regime de bens adotado sobre o patrimônio imobiliário do casal.

Vale ressaltar que na ausência do registro do pacto antenupcial, perante terceiros é como se não existisse o referido pacto, vigorando, então, o regime da comunhão parcial de bens, que é o regime legal.

4 REGIME DE BENS EM ESPÉCIE

Na seara dos regimes de bens propriamente, o Código Civil de 2002 hodiernamente, oferece quatro opções sobre os tipos de regime, a saber, comunhão parcial de bens, comunhão universal de bens, separação total de bens e participação final nos aquestos.

O que os diferencia, é essencialmente a quantidade de acervos ou conjuntos de bens de cada um deles.

4.1 Regime da comunhão parcial de bens

É considerado o regime legal do casamento desde o advento da Lei n.º 6.515/1977 – Lei do Divórcio. Entretanto, caso não haja pacto antenupcial ou, se havendo, venha a ser nulo ou ineficaz, as bodas serão aplicadas as regras do art. 1.640 do CC/02. O Código Civil vigente estabelece este regime em decorrência da vontade das partes ao estabelecer a *comunhão plena de vida*. A união estável também tem tratamento definido a partir desse regime, conforme preceitua o artigo 1.725 do CC/02.

Seu viés ético é muito forte, uma vez que delimita a constituição familiar no que tange as relações patrimoniais entre os consortes. Vale dizer que os cônjuges têm preservada a relação com os bens anteriores ao casamento e, àqueles que forem onerosamente adquiridos após sua celebração, isto é, frutos de mútuo esforço, será objeto de comunhão, não comportam assim, exceção.

Contudo, não há como não levar a reflexão os proventos pessoais e congêneres, que por força de diretriz vigente tanto na comunhão parcial (CC, art. 1.659, VI), no caso em tela, como também na comunhão universal (art. 1.668, V), quando não traduzidos em aquisição mobiliária ou imobiliária e se perfeitamente identificáveis, são incomunicáveis. Isso quer dizer que, somente quando as rendas, por exemplo, se convertem em patrimônio, como numa compra de bens, operaria a estes a comunhão, através dos arts. 1.658 e 1.660, I do CC/02. Se analisada, a regra, na sua literalidade, aplicando o salário ou retribuição em conta-poupança, previdência privada, investimentos, ações ou assemelhados, sem a conversão em patrimônio móvel ou imóvel, somente os frutos ou dividendos das aplicações são passíveis de reversão aos cônjuges.

E caso ocorra o contrário, pode-se ter que, os rendimentos ou dividendos a partir daí gerados são, consequentemente, comunicáveis. Rolf Madaleno acentua que pode haver injustiças, pois “premiar o cônjuge que se esquivou de amealhar patrimônio preferindo conservar em espécie os proventos do seu trabalho pessoal é incentivar a prática de evidente desequilíbrio das relações conjugais econômico-financeiras, mormente porque o regime matrimonial de bens serve de lastro para a manutenção da célula familiar”.

Por isso, assiste razão na proposta legislativa colimando revogá-la, de modo a permitir que os proventos pessoais do trabalho de cada consorte integrem o acervo patrimonial comum.

Também em sede jurisprudencial, não há consenso sobre remunerações pessoais e assemelhadas, quando se tratar de valores relativos a compensações trabalhistas e depósitos fundiários, pois ora são assinalados como rendimentos do trabalho pessoal de cada cônjuge, sendo incomunicável, ora não o é comunicável.

Em sentido adverso:

> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ART. 544 DO CPC)- SEPARAÇÃO LITIGIOSA - REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS - PARTILHA - COMUNICABILIDADE DOS IMÓVEIS - SÚMULA N. 7 DO STJ - VERBAS TRABALHISTAS SURGIDAS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO - DIREITO À MEAÇÃO - PRECEDENTES DO STJ - RECURSO DO CÔNJUGE VARÃO, AUTOR DA AÇÃO, DESPROVIDO.
> 1. O Tribunal de origem, com amparo na prova dos autos, definiu quais os bens que integram o monte partilhável, bem como aqueles incomunicáveis. Sendo assim, para acolhimento do apelo extremo, seria imprescindível derruir as afirmações contidas no decisum atacado, o que, forçosamente, ensejaria rediscussão de aspectos fáticos, incidindo, na espécie, o óbice da Súmula n. 7 deste Superior Tribunal de Justiça, motivo pelo qual é manifesto o descabimento do recurso especial.
> 2. A indenização trabalhista correspondente a direitos adquiridos na constância do casamento integra o acervo patrimonial partilhável. Precedentes. (grifos nossos)
> 3. Julgamento extra petita. Ausência de prequestionamento. Razões do regimental que não impugnam especificamente os fundamentos invocados na deliberação monocrática. Em razão do princípio da dialeticidade, deve o agravante demonstrar de modo fundamentado o desacerto da decisão agravada. Incidência da Súmula 182/STJ: "É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada".
> 4. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no AREsp 1.152/DF – Rel. Marco Buzzi – 4. Turma – j. 07-05-2013, DJe 13-05-2013) (Grifo nosso).

Em se tratando de rendimentos e assemelhados auferidos pelo trabalho pessoal de cada cônjuge (salário propriamente, FGTS, PIS, etc), diante da discrição do art. 1.659, VI do CC/02, a princípio é a incomunicabilidade de valores, se corretamente identificáveis (poupança, ações, previdência privada, fundos, dentre outros), caso não tenham sido convertidos na aquisição de bens móveis ou imóveis. Nada obstante, se o patrimônio dos cônjuges se reduzirem à renda mensal familiar, alheios outros bens e valores, aplicam a comunicabilidade, sob pena de levar a destruição o próprio regime de comunhão parcial de bens.

A doutrina, acerca da meação de valores decorrentes do FGTS está dividida, pois para uma parte, todos os valores decorrentes da relação de emprego têm origem personalíssima, vez que decorre do contrato de trabalho, então pertence tão somente aquele que o perceber. Enquanto outra parte, seguindo orientação do STJ, admite a comunicação, porque esta perdurou no curso do casamento. E de mais a mais, mesmo após o fim do casamento, há comunicação, caso os valores digam respeito às causas atreladas a vida comum.

Por derradeiro, o inciso VII, do art. 1.659 do CC/02, não justifica a divisão apresentada, pois "outras rendas", pode se encaixar perfeitamente à previdência privada.

Nesse sentido:

> (...) A previdência privada, antes do segurado alcançar a idade instituída no plano, caracteriza-se apenas como uma aplicação financeira como qualquer outra, sendo certo que os valores contribuídos até o momento da separação podem ser reavidos pelo titular, ou seja, podem ser resgatados como se fosse investimento financeiro. Tendo em vista tratar-se de verdadeira poupança, deve ocorrer a partilha, notadamente, porque o pagamento das contribuições ocorreu durante o matrimônio, de forma que se presume o esforço de ambos os cônjuges no pagamento das contribuições" (TJDF – APC 20090111197512 – Rel. Getúlio de Moraes Oliveira – 3. Turma Cível).

4.2 Regime da comunhão universal de bens

Até o advento da Lei n.º 6.515/1977 – Lei do Divórcio, este era considerado o regime legal do casamento. Hodiermente, para sua eleição, precisa de pacto antenupcial. O regime de comunhão universal tem como característica a unicidade de bens, tocando-se os créditos e débitos passados, presentes e futuros. Passa a existir uma verdadeira massa patrimonial. Aqui, os cônjuges não têm mais preservados a relação com os bens anteriores ao casamento. Porém, há uma exceção à regra geral, pois não integram a comunhão aqueles bens relativos ao art. 1.668 e seus incisos do CC/02. "I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar". Isso significa que, havendo cláusula de inalienabilidade, nas doações ou nos testamentos, presume-se a

impenhorabilidade e a incomunicabilidade, em acordo também com o art. 1.911 do CC/02 e a Súmula 49 do STF; “II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva”. O inciso II trata da figura do beneficiário, também chamado de fiduciário, que é aquele que fica com a propriedade resolúvel do bem até que delineie a condição, e só posteriormente transmite-se o bem para o fideicomissário.; “III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum”. Nesta ocasião, as obrigações com características pessoais, geralmente, não vinculam o outro cônjuge, mas as dívidas contraídas para o casamento estão incluídas na comunhão; “IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade”. Percebe-se circunstância similar a do inciso I, sendo mais abrangente; “V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659”. Neste último inciso trata-se de todos aqueles bens (roupas, óculos, perfumes etc) sopesados personalíssimos. O calcanhar de Aquiles aqui são as joias de alto valor. Existe a seguinte avaliação: se recebidas como presente de um dos consortes exclui-se da comunhão, por ser ato de doação, recaindo no inciso I. Mas, se adquiridas com outra finalidade, como por exemplo, para investimento financeiro, haverá comunhão. E ainda se tratar de livros, necessários para o exercício da profissão, não há questionamentos, mas caso haja uma extensa biblioteca com vasto número de obras, fica impossível caracterizar como livros profissionais. Aí há precedente jurisprudencial do Tribunal de Justiça. Enquanto os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge, seguindo uma linha de que as relações pautadas no direito do trabalho são de cunho pessoal, logo os rendimentos dali provenientes seriam exclusivos de quem empregou sua força de trabalho, mas, considerável e respeitável parte da doutrina vem entendendo ser desarrazoado, vez que viola a ideia de comunhão plena de vida, dever mútua assistência e responsabilidade pelos encargos da família.

4.3 Regime da separação de bens, a Súmula 377 do STF, com destaque para a pessoa maior de setenta anos (Lei n. 12.344/10)

No regime legal obrigatório da separação de bens é a total incomunicabilidade de bens, passados, presentes e futuros, isto é, o acervo de cada nubente é separado, não existe qualquer comunicação durante o casamento ou por ocasião de sua

dissolução. Então, os bens obtidos durante a vida em comum seriam incomunicáveis. Entretanto, como meio de evitar o enriquecimento sem causa de um dos consortes, o Supremo Tribunal Federal, sob a égide do Código Civil de 1916, editara em 03 (três) de abril de 1964 a Súmula 377, vejamos: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Assim, os bens possuídos antes do casamento dos consortes sob o regime da separação legal de bens não se comunicam, mas, os bens ajuntados na constância do casamento e se vivem verdadeiramente como marido e mulher comunicam-se aos dois, aplicando-se a Súmula 377/STF. O esforço comum está presente, uma vez que se presume que ambos colaboraram para formação do patrimônio do casal.

Corrobora que sequer a nova codificação assiste ver revogada a Súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal, por ver sempre presente a comunicação de bens provenientes do esforço comum, em interpretação que repudia o enriquecimento sem causa, mormente nos regimes de obrigatória separação de bens.

Então, ainda que haja orientação doutrinária no sentido de superação da Súmula n.377 do STF, pelo Código Civil de 2002, as razões de sua edição permaneceram e não foram por este afastada por outra parte da doutrina.

Nessa esteira, pode-se firmar no sentido da continuidade de aplicação da Súmula n.377, mesmo após o advento do Novo Código Civil, assessorando razão alguma àqueles que pensam contrariamente, isto é, que negam a sua aplicabilidade sob o argumento de que o art. 259 do Código Civil de 1916 fora revogado, não subsistindo assim tal aplicação.

Ainda quanto o regime da separação obrigatória de bens, não há como não destacar a imposição deste regime no que tange ao inciso II do art. 1.641 do CC/02, com o aumento da perspectiva de vida, reunido ao bem estar físico e econômico. Surge, nesse sentido, forte discussão no meio jurídico, pois se tornou comum pessoas maiores de setenta anos constituírem relacionamentos afetivos, ora porque ficaram viúvas, se divorciaram ou simplesmente até o presente momento estavam solteiras.

As maiores discussões são quanto a violação dos princípios constitucionais, aqui tratado especificamente, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em 1988, foi promulgada a Constituição Federal da República, também chamada de Constituição Cidadã, pois não mais se restringia ao individualismo patrimonialista.

Nesse ínterim, a volta de várias emendas surge em 2002 o Novo Código Civil, segundo alguns juristas já nascia desatualizado, vez que as emendas outrora operadas não fora suficiente para acompanhar as últimas mudanças trazidas pela Constituição Federal de 1988, sobretudo a imposição legal da separação obrigatória de bens.

Fatos históricos importantes culminaram para tamanha discussão, como a ascensão da mulher, a expectativa de vida entre os brasileiros, dentre outros. Assim, a família não é composta somente por ascendente e descendente, o matrimônio também não é a única forma pela qual se constitui uma família. Abaixo uma reflexão do doutrinador Nelson Rosenvald:

> [...] desse modo, a entidade familiar está vocacionada, efetivamente, a promover, em concreto, a dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade.

A espinha dorsal do nosso sistema jurídico hodiermente é a dignidade da pessoa humana, tendo por objeto a plena tutela dos indivíduos. Destarte, é a pessoa humana que necessita orientar os distintos ramos do Direito, primando pelo pleno desenvolvimento do homem, adequando á realidade da sociedade.

No momento doutrina e jurisprudência tem demonstrado em linhas divisórias.

Em posição favorável a manutenção da aplicação do regime da separação obrigatória de bens para as pessoas que pretendem se casar e tem idade maior que setenta anos, está Washington de Barros, utilizando as palavras do Senador Marinho:

> Como bem justificou o Senador Josaphat Marinho na manutenção do art. 1.641, II, do atual Código Civil, trata-se de prudência legislativa em favor das pessoas e de suas famílias, considerando a idade dos nubentes. É de lembrar que, conforme os anos passam, a idade avançada acarreta maiores carências afetivas e, portanto, maiores riscos corre aquele que tem mais de sessenta anos de sujeitar-se a um casamento em que o outro nubente tenha em vista somente vantagens financeiras. Possibilitar, por exemplo, a adoção do regime da comunhão universal de bens, num casamento assim celebrado, pode acarretar conseqüências desastrosas ao cônjuge idoso, numa dissolução inter vivos de sua sociedade conjugal, ou mesmo a seus filhos, numa dissolução causa mortis.

Zeno Veloso, jurista renomado, utiliza-se de um exemplo prático para manter sua posição:

> Embora reconheçamos que as pessoas de idade alta ou avançada não estão destituídas de impulsos afetivos e da possibilidade de sentirem amor, ternura, pretendendo, desinteressadamente, unir-se matrimonialmente com outrem, devemos também concordar que, na prática, será muito difícil acreditar-se que uma jovem de 18, 20 anos, esteja sinceramente apaixonada por um homem maior de 60 anos, nem, muito menos, que um rapaz de 20 anos venha a sentir amor e pura ou verdadeira atração por uma senhora de mais de 50 anos. [...] Os amores crepusculares tornam as pessoas presas fáceis de gente esperta e velhaca, que quer enriquecer por via de um casamento de conveniência [...]

Em outra vertente, por sua vez, se posiciona aqueles que entendem que a referida restrição seja incompatível com a normativa constitucional.

> [...] a hipótese é atentatória do princípio constitucional 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.

Já Maria Berenice, usando das palavras de Rolf Madaleno, apresenta razões em que estabelecer o regime compulsório de separação de bens aos maiores de setenta anos é ignorar princípios elementares de Direito Constitucional:

> Em face do direito à igualdade e à liberdade ninguém pode ser discriminado em função do sexo ou idade, como se fossem causas de incapacidade civil. Atinge direito cravado na porta de entrada da Carta política de 1988, cuja nova tábua de valores coloca em linha de prioridade o princípio da dignidade humana.

Há juristas ainda que argumentam também, que tal norma fere a prioritária dedicação prevista no estatuto do idoso reduzindo assim a sua autodeterminação

em conseqüência de uma cultura patrimonialista, que aquilata o patrimônio em detrimento da pessoa.

A jurisprudência tem considerado este dispositivo legal, discriminatório e preconceituoso. Todavia, não há como deixar de mencionar a conhecida decisão do Ministro do STF Cezar Peluso, quando ainda exercia o cargo de Desembargador, vez que tal decisão serviu de base para outros julgados:

> Contrato celebrado entre concubinos, que depois vieram a casar-se. Doador já sexagenário. Validez. Atos não ajustados em pacto antenupcial, nem condicionados à realização do casamento. Inocorrência de fraude à lei. Inaplicabilidade do artigo 312, c/c o artigo 258, parágrafo único, do Código Civil. É válida, embora feita por doador já sexagenário à companheira com que veio a casar-se depois, doação não ajustada em pacto antenupcial, nem condicionada doutro modo à realização do casamento. CASAMENTO - Regime de bens. Separação legal obrigatória. Nubente sexagenário. Doação à consorte. Validez. Inaplicabilidade do artigo 258, parágrafo único, II, do Código Civil, que não foi recepcionado pela ordem
> jurídica atual. Norma jurídica incompatível com os artigos 1º, III, e 5º, I, X e LIV, da Constituição Federal em vigor. Improcedência da ação anulatória. Improvimento aos recursos. É válida toda doação feita ao outro pelo cônjuge que se casou sexagenário, porque, sendo incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como com a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva (*substantive due process of law*), já não vige a restrição constante do artigo 258, parágrafo único, II, do Código Civil. (TJSP - 2º Câm. de Direito Privado; Ap. nº 007.512-4/2-00-São José do Rio Preto-SP; Rel. Des. Cezar Peluso; j. 18.08.1998; v.u.). BAASP, 2082/788-j, de 23.11.1998. BAASP, 2096/183-e, de 01.03.1999. .

Suprimir o direito de escolha quanto ao regime de bens é desconsiderar o princípio da dignidade da pessoa humana, que é princípio norteador do direito.

4.4 Regime de participação final nos aquestos

Decorre também da vontade dos nubentes, é escolhido mediante elaboração de pacto antenupcial. Este regime surgiu com a atual codificação civil, cuja origem remonta a Suécia. Segundo alguns possuem características de um regime misto, híbrido. Durante a constancia do casamento há aplicação das regras oriundas do regime de separação convencional (absoluta) de bens e, na dissolução das bodas, regras decorrentes da comunhão parcial de bens.

Tal regime não encontra tradição em terras brasileiras, vez que é composto de judiciosa complexidade, por ajuntar elementos da comunhão parcial, separação absoluta e apuração contábil tanto do passivo quanto do ativo.
Daí por que a liberdade de administração não é absoluta, existindo bens imóveis é necessária a outorga para alienação ou oneração, justificada pela sustentação da família.

As bases ideais do regime de participação nos aquestos impõem-se sem resistência possível. E na medida em que o legislador a elas se mantiver fiel, é possível chegar-se a um modelo capaz de efetivamente servir á melhor expressão das aspirações conjugais, que podem se alinhar em amplo espectro de variações e matizes.

Ocorre, entretanto, que traída por uma astúcia da razão prática, a construção dogmática do instituto desviou-se francamente de suas nascentes teóricas, inclusive na configuração que assumiu na Suécia, de onde - segundo se afirma passou a outras legislações.

Com vistas a garantir a efetividade do crédito de participação de cada cônjuge sobre os ganhos do outro, introduziu-se na estrutura do regime um conjunto de medidas que, não se harmonizando com os seus pressupostos jurídicos, acabam por neutralizar os benefícios que com o modelo se pretende instituir.

Assim é que na Suécia não assiste ao cônjuge, sem o consentimento do consorte, o direito de dispor de seus bens matrimoniais ou mesmo de hipotecá-los e bens matrimoniais não são ali apenas os adquiridos a titulo oneroso após o casamento, senão todos aqueles - mesmo os de aquisição anterior - que não estejam marcados por uma vinculação pessoal com o titular

Desrespeitada a proibição de alienar ou gravar de hipoteca, fica o ato sujeito a desfazimento.

A restrição de dispor e dar em garantia alcança mesmo certos bens móveis.

No direito da República Federal da Alemanha, além da proibição - de discutida exegese - sob que está cada cônjuge de obrigar-se, sem a adesão do outro, pela totalidade do matrimônio (Vermögen im ganzen), prevê-se a ineficácia de atos singulares de alienação, concluídos sem outorga conjugal.

Para a configuração razoável e não apenas racional do instituto, é necessário compreender, de um lado, que se trata de uma participação e não de uma comunhão. Depois, que tem caráter final e pois , no caso, contingente , ao invés de atual e certo. Por isso mesmo que não é uma expressão comunitária, BEITZKE critica a designação alemã de Zugewinngemeinsehaft, a ela preferindo os termos Gütertrennung mit Zugewinnausgleich, isto é, separação de bens com compensação de benefícios Mas a referência legal alemã é, sem dúvida correta, quando revela consistir em ganho (zugewinn) e não em bens (Güter) e associação recíproca dos cônjuges.

O regime da Participação Final nos Aquestos, na Alemanha, é o regime que vale sempre quando os cônjuges não firmaram nenhum contrato ou pacto antenupcial

5 MODIFICAÇÃO DE REGIME

Em se tratando de regras gerais, o regime de bens se alinha a probabilidade de alteração do regime de bens.

A modificação é admissível, mas, para tanto, há de se afixar a norma do art. 1.639, § 2º do CC/02: 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.

De acordo com o termo *“alteração do regime de bens”* o livre-arbítrio aferido aos consortes ao tempo das bodas, admite ao casal a adoção legítima de qualquer dos regimes, a modificação, com o baralhamento entre os regimes e até mesmo a criação de novo regime, completamente personalizado e apropriado a situação patrimonial do casal.

A preferência pelo regime de bens, por ocasião do matrimônio, é ato notarial, mas diversamente, a modificação de regime, é ato judicial, sob procedimento de jurisdição voluntária, de acordo com o art.1.103 do CPC.

Contudo, há por parte da doutrina um movimento intitulado de “desjudicialização”, isto é, para que seja permitida a alteração de regime na esfera extrajudicial também, pois, além de a escolha de regime de bens à época da boda constituir ato notarial, são passíveis ainda por via do Cartório a efetivação do divórcio, separação, partilha e inventário, caso sejam todos maiores e haja acordo entre todos os interessados após a Lei 11.441/2007.

Enquanto a modificação se opera apenas por via judicial, o pleito há de ser em conjunto, subscrito por ambos os cônjuges, devidamente representados por advogado, formando assim um litisconsórcio ativo. Caso o casal não tenha acordo quanto a modificação, o pedido padecerá de impossibilidade jurídica, operando a extinção do processo, sem julgamento do mérito, conforme art. 267, VI do CPC. Aqui, não há suprimento judicial de consentimento. Portanto, não há lapso temporal para formulação do pedido de mudança, nem restrição a aduzi-lo mais de uma vez.

Quanto ao pedido é imprescindível que seja motivado para afinar a “procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”. A petição de modificação há de constituir em algo proeminente, insuficiente o bel-prazer ou capricho do casal. Não olvidando que os direitos de terceiros de boa-fé devem ser ressalvados, tendo a ressalva eficácia retroativa.

Há juristas que sustentam que basta a vontade das partes para ocorrer à modificação, dispensada qualquer razão.

Observe o Enunciado 113/CJF/STJ:

> Art. 1.639: 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.

O julgado abaixo, traz à tona além da modificação do regime de bem, os efeitos verificados:

> APELAÇÃO. ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS DO CASAMENTO. EFEITOS.
> Em princípio, a alteração do regime de bens do casamento, da comunhão (parcial ou total) para separação, deve ter efeitos "*ex nunc*". Precedentes doutrinários. Por outro lado, se em qualquer caso é lícito às partes pedir que uma alteração de regime de bens retroaja, então é de rigor concluir inexistir óbice para que não retroaja, mas ao invés produza seus efeitos apenas da alteração em diante. Pois de regra, quem pode o "mais", pode o "menos". Por outro lado, em casos de alteração de regime de bens, o que importa é que os direitos e interesses de terceiros fiquem devidamente resguardados, o que já está garantido no caso, e não vai sofrer alteração pela determinação de que a alteração de regime só produza efeitos "*ex nunc*". Por fim, a pretensão de resolver os poucos bens adquiridos entre a celebração do casamento e o presente retrata verdadeira pretensão de fazer "partilha amigável", o que é inclusive recomendável em casos como o presente, na esteira da jurisprudência deste colegiado sobre o tema. DERAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70053657052, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 04/07/2013).

Entende que em dadas situações, a retroatividade será necessária e até imperativa, por constituir corolário lógico do ato, mas silente a norma jurídica no que tange aos efeitos da alteração do regime de bens do casamento, conforme art. 1.639, § 2º do CC/02, em benefício ao ato jurídico perfeito como preceitua o art. 5º, XXXVI da CFRB, assistirá eficácia *ex nunc*, no momento em que operar o trânsito em julgado da sentença.

Em princípio a eficácia ordinária da alteração de regime de bens é *ex nunc*, admitida a eficácia *ex tunc,* quando corolário lógico da mudança ou a rogativa dos interessados.

REFERÊNCIAS

BRAGANHOLO, Beatriz Helena; LINK, Elisa. O critério legal do regime da separação obrigatória de bens no casamento dos maiores de sessenta anos: desrespeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e autonomia de vontade. **Revista Brasileira de Ciências do Envelhecimento Humano**, Passo Fundo, 85-97- jan./jun. 2006. Disponível em: <http://www.upf.br/seer/index. php/rbceh/article/view/54/47>. Acesso em: 04 abr. 2014.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Regime de bens no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 260462 PR 2000/0051074-2.** Relª. Desª. Ministra Nancy Andrighi, Brasília, 17 abr. 2001. Disponível em: http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8016203/recurso-especial-resp-260462-pr-2000-0051074-2-stj. Acesso em: 17 abr. 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução portuguesa de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 2002.

CARDOSO, Fabiana Domingues. **Regime de bens e pacto antenupcial**. São Paulo: Gen/Método, 2011.

CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. Direito patrimonial de família: a mutabilidade do regime de bens entre cônjuges no Código Civil de 2002. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). **Novo código civil:** questões controvertidas no direito de família e das sucessões. São Paulo: Gen/Método, 2006, p. 145-167.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FALCONI, Francisco. **O aniversário de dez anos do Código Civil de 2002.** Jan. 2011. Disponível em:<http://franciscofalconi.wordpress.com/2012/01/11/o-aniversario-de-dez-anos-do-codigo-civil-de-2002/ >. Acesso em: 20 abr. 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias.** 2. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010.

FIUZA, César. **Direito civil:** Curso completo. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOLDENBERG, Mirian. **Corpo, envelhecimento e felicidade.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.
HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Casamento e regime de bens. In: ALVIM, Arruda, et al (Coord.). **Aspectos controvertidos do novo código civil:** escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf Hanssen. Do regime de bens entre os cônjuges. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e o novo código civil**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Civil 1.0686.01.024088-1/001.** Rel. Des. Antônio de Pádua, Belo Horizonte, 13 jan. 2009.Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo =686&ano=1&txt_processo=24088&complemento=1&sequencial=0&palavras Consulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>. Acesso em: 21 mar. 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito de damília. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOREIRA, Bianca Medran**. O artigo 1.641, inciso II, do código civil interpretado em face da normatividade constitucional pátria.** 2007. 33 f. Dissertação (obtenção do grau de Bacharel em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2007. Disponível em: <http://www3.pucrs. br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_1/bianca_medran.pdf >. Acesso em: 03 abr. 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil:** direito de família. 16. ed. atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson; ALMEIDA, Rodrigues e Renata Barbosa de. **Direito civil**: famílias. 2. ed. São Paulo.Atlas, 2012.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O pacto antenupcial e a autonomia privada. In: LOUZADA, Ana Maria Gonçalves, et al (Coord.). **Família e jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Civil nº 007.512-4/2-00.** Rel. Des. Cezar Peluso; São Paulo, DJSP 18 ago. 1998. Disponível em:http://brs.aasp.org.br/netacgi/nph-brs.exe?d=AASP&f=G&l=20&p=21&r=402&s1 =posse&s2=&u=/netahtml/aasp/aasp1.asp>. Acesso em: 27 mar. 2014.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil:** direito de família. 7. ed. São Paulo: Gen/Método, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.