



UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO
CIENTÍFICO

PERSPECTIVA DE MUDANÇA DO REGIME DE BENS
NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO

Aluno: Vinícius Santos Oliveira
Prof: Msc. Diogo de Calasans Melo Andrade

Aracaju
2015

VINÍCIUS SANTOS OLIVEIRA

**PERSPECTIVA DE MUDANÇA DO REGIME DE BENS NA CONSTÂNCIA DO
CASAMENTO**

Trabalho de Conclusão de Curso –
Artigo – apresentado ao Curso de Direito
da Universidade Tiradentes – UNIT,
como requisito parcial para obtenção do
grau de bacharel em Direito.

Aprovado em ____/____/____.

Banca Examinadora

Diogo de Calasans Melo Andrade
Universidade Tiradentes

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

PERSPECTIVA DE MUDANÇA DO REGIME DE BENS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO

Vinícius Santos Oliveira¹

RESUMO

O presente trabalho trata da mudança do regime de bens na constância do casamento prevista pelo atual Código Civil Brasileiro, aclamando as razões que o levou a incluir tal possibilidade anteriormente inibida. Assim, inicialmente buscou-se trazer um compêndio geral da progressão do casamento na sociedade, bem como dos regimes de bens admitidos na legislação nacional, atestando a possibilidade de escolha de um destes pelos nubentes através do pacto antenupcial feito anteriormente ao matrimônio. Por fim, foi abordada a inovação trazida pelo atual Código Civil quanto a possibilidade de modificação do regime matrimonial, adelgçando os princípios os norteiam e ainda a discussão surgida na doutrina quanto a possibilidade de alteração nos casamentos contraídos na vigência do Código Civil de 1916. Na busca de informações para a construção do tema, foram utilizadas pesquisas bibliográficas de doutrinadores bem conceituados, assim como de artigos publicados na internet, jurisprudências e legislações, com o intuito de dar trazer a maior e mais clara realidade possível acerca da alteração do regime de bens nos dias atuais. Quanto à metodologia empregada, foi utilizada a indutiva, pois se empregou premissas verídicas com análise textuais e interpretativas.

PALAVRAS-CHAVE: Regime de Bens; Alteração; Casamento.

¹¹ Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: vinicius_tobias@yahoo.com.br

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico tem a intenção de analisar a possibilidade de mudança no regime de bens do casamento na constância deste.

É sabido que o casamento revela-se como um dos mais importantes institutos do Direito Civil, seja pelo seu grau de importância, seja pelas inúmeras peculiaridades que o permeiam.

De igual forma, não representa novidade alguma o fato de que as inegáveis transformações sociais tem levado o legislador a adotar posicionamentos mais atuais, de modo a acompanhar as mudanças, materializando o objetivo-mor do Positivismo Jurídico, de caráter eminentemente científico.

Instituído em sociedades estritamente patriarcais, o casamento assume características de contrato, ante a sua bilateralidade e expressão livre e desembaraçada de desígnios dos nubentes, posteriores cônjuges. Em razão de seu caráter híbrido, ou seja, ao passo que trata de direitos particulares, está envolvido no manto do interesse público, qualquer alteração nos institutos dele derivados se torna bastante intrigante e de relevante importância.

O Direito, como ciência, é dotado da característica de inegável mutabilidade, haja vista não ter outra razão de ser senão a de promover a regularização das relações interpessoais, que se aperfeiçoam com o passar do tempo. Pensar o contrário seria transformar a letra da lei em idéia morta; intangibilizar a norma positivada revelar-se-ia atitude rudimentar e paradoxal aos ideais de Justiça e de paz social.

No que pertence ao método empregado para desenvolvimento do respectivo artigo científico, foi escolhido e aplicado o indutivo, pelo qual se busca alcançar uma conclusão, caracterizando-se por análises interpretativas, históricas e textuais, através da evolução histórica e conceitual do casamento.

O tema em questão, pelo grau enredamento, apresenta dissensão doutrinárias suficientes para uma discussão enriquecedora, mormente em relação à possibilidade de aplicação da norma atual às situações pretéritas, que ocorreram sob a égide do Diploma Civil revogado.

Dividido em tópicos com títulos autoexplicativos, o presente estudo tem como foco sondar os requisitos autorizadores de aplicação do novel instituto. O primeiro

deles, no afã de impulsionar o destrinchamento sistemático do tema, traz à baila as peculiaridades inerentes ao casamento, tais como sua evolução histórica, natureza jurídica, direitos e deveres dos cônjuges. Trata-se de texto informativo e elucidativo. Os tópicos subsequentes versa sobre dos regimes de bens no casamento, descrevendo todos os permissivos legais então vigentes. Além de adentrar na discussão direta do tema em análise, evidenciando e desvendando as nuances da possibilidade da mudança do regime de bens na constância do casamento.

Foi utilizado vasto material bibliográfico, amparando-se a presente pesquisa também em artigos eletrônicos publicados na rede mundial de computadores, o que, decerto, não retira o caráter científico do estudo.

2 CASAMENTO: Da conceituação; variedades de bens e o pacto anti-nupcial

O casamento é uma das mais consideráveis instituição do direito privado, por esta causa é imensurável, os doutrinadores que dissertam a respeito desta instituição, não havendo, contudo um conceito absoluto que o defina.

Entre todos que narram sobre este fato apresenta-se, temos Beviláqua (2001, p.52), que o conceitua da seguinte forma:

Casamento é o contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estrita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer.

Nessa perspectiva, RODRIGUES (2004, p.19) diz que o “casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem as suas relações sexuais, cuidarem de prole comum e se prestarem mútua assistência”.

Na compreensão de DINIZ (2006, p.41), “o casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mutuo, material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e constituição da família”.

No tocante a origem da palavra assegura, PEREIRA (1997, p. 56), que a palavra casamento vem do latim medieval *casamentu*, que significa a permissão do estabelecimento de uma nova casa, enquanto matrimônio vem do latim

matrimonium, onde tecnicamente indica a aliança pela qual o um homem e uma mulher se prometem o uso do corpo com a finalidade de propagação.

Conforme o Direito Civil brasileiro, a maioria dos doutrinadores traz a história do casamento a partir de Roma, desconsiderando, desta forma, a fase primitiva, como é o caso de Monteiro (2004, p.28), que entrelaça o seguinte acatamento: “Poremos de lado, nesse estudo, a fase primitiva, em que o macho empunhava o tacape e ia apresar a fêmea que lhe despertava desejo. Nessa união, nascida da força não existe casamento, mas simples captura”.

Essas espécies matrimônios romanos, nos dizeres de Venosa (2009, p 24), faziam com que a mulher se submetesse à família do marido, perdendo toda a relação de parentesco com a família paterna, sendo denominados de *cum manum*.

Diniz (2006, p. 54) acrescenta que após uma longa evolução em Roma, surgiu a *jus nuptiae* que era a modalidade de casamento livre, onde bastava para sua realização a capacidade e consentimento dos cônjuges e a ausência de impedimentos.

Por muito tempo no Brasil, a Igreja Católica, foi praticamente titular universal dos direitos dos matrimônios, onde através do decreto de 03 de novembro de 1827 os princípios do direito canônico, com base nas disposições de Concílio Trento e da Constituição do Arcebispado da Bahia, regiam todos os atos matrimoniais.

Monteiro (2004, p. 29) explana que por muito tempo o casamento religioso prevaleceu entre nós, porém, com a imigração, e conseqüentemente inevitável introdução de novas crenças, houve a imposição de decretação de outra forma de casamento mais compatível com as circunstâncias.

Foi a partir da proclamação da República, com o Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, que instituiu o casamento civil em nosso país, que o casamento veio a perder seu caráter confessional, com a separação do poder temporal e espiritual, onde não era mais atribuído nenhum valor jurídico ao casamento religioso.

Acerca desta mudança, através do Decreto n. 181, Diniz (2006, p. 55) notou o seguinte:

Uma circular do Ministério da Justiça, de 11 de junho de 1890, chegou ate a determinar que “nenhuma solenidade religiosa, ainda que sob a forma de sacramento de matrimônio, celebrada nos Estados Unidos do Brasil, constituiria, perante a lei civil, vínculo conjugal ou impedimento para livremente casarem com outra pessoa os que houverem daquela data em diante recebido esse ou outro sacramento, enquanto não fosse celebrado o casamento civil”.

Houve até um decreto que estatuiu p precedência do casamento civil, punindo com 6 meses de prisão e multa correspondente à metade do tempo o ministro de qualquer religião que celebrasse cerimônia religiosa antes do ato nupcial civil (Dec. N. 521, de 26-6-1890, ora revogado pelo Decreto n. 11, de 1º-1-1991).

A Constituição de 1891 relatou em seu artigo 72, §4º que a República só reconhecia o casamento civil, sendo gratuita sua celebração, sendo o religioso, portanto, apenas um interesse individual. Nesse contexto, Venosa (2009, p. 31) relata que houve “dificuldade de assimilação do sistema pelo clero e pela população de maioria católica na época. Com isso, generalizou-se no país o costume do duplo casamento, civil e religioso, que persiste até hoje”.

A Constituição de 1988 e o Código Civil atual continuam possibilitando tanto o casamento civil quanto religioso com efeitos civis e garantindo ainda sua gratuidade.

Vale ressaltar a narrativa de Pereira (2004, p. 42), onde afirma que a população brasileira continua com o casamento civil e religioso, e que vem crescendo consideravelmente o número de pessoas que utilizam o religioso em ambos os efeitos, eclesiástico e civil.

O matrimônio deve ser ainda um ato solene, pois a lei lhe confere uma série de formalidades, cujo não cumprimento poderá ensejar a nulidade do ato.

Assim, preceitua Gomes (2002, p. 61) que:

A lei o reveste de formalidades destinadas não somente à sua publicidade, mas também à garantia da manifestação do consentimento dos nubentes. Conquanto seja um ato eminentemente consensual, realiza-se entre nós, perante a autoridade judiciária que o celebra.

E Diniz (2006, p. 48) complementa a fala do supracitado autor, afirmando: “Não basta a simples união do homem e da mulher, com a intenção de permanecerem juntos e gerarem filhos; é imprescindível que o casamento tenha sido celebrado, conforme a lei que o ampara e rege”.

Assim, a realização do casamento inicia-se com o processo de habilitação e publicação dos editais, e registro em livro próprio, sendo a celebração presidida por uma autoridade competente, que ouvirá dos nubentes a livre e espontânea manifestação do desejo de casarem.

2.1 Dos Regimes de Bens

Como já elucidado, depois de realizado o casamento, nasce uma série de direitos e deveres peculiar aos cônjuges, sendo estes atinentes tanto as relações pessoais, quanto as patrimoniais.

Assim, com o desígnio de proteger o seu patrimônio, é que casal escolhe o regime de bens que mais lhe convier.

Gonçalves (2005, p. 382) traz sua definição acerca do tema da seguinte forma:

Regime matrimonial é o conjunto de regras aplicáveis a sociedade conjugal considerada sob o aspecto dos seus interesses patrimoniais. Em síntese, o estatuto patrimonial dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento. Regula especialmente o domínio e a administração de ambos ou de cada um sobre os bens anteriores e os adquiridos na constância da união conjugal.

A escolha do regime de bens pelos nubentes deve anteceder a realização do casamento. Porém, mesmo que os consortes não se manifestem acerca do tipo do regime, a lei escolherá por eles, onde, vigorará o regime da comunhão parcial de bens.

Rémy Cabrillac *apud* Lôbo (2003, p. 232) expõe o seguinte comentário a respeito da liberdade de escolha dos regimes de bens pelos cônjuges:

A história dos regimes matrimoniais demonstra que a liberdade de convenções matrimoniais sempre foi mais ampla que a liberdade contratual ordinária. A justificação desse princípio era outra: ao permitir aos futuros esposos o direito de escolher um regime matrimonial adaptado às suas necessidades e desejos, o legislador encorajava o casamento. Essa é a razão para que se fale não de liberdade de escolher um regime matrimonial mas, sobretudo, de liberdade de convenção matrimonial.

Ressalta-se, portanto, que os nubentes devem optar pelo regime de bens de acordo com o seu caráter patrimonial, pondo a frente às necessidades econômicas para a conservação do lar. Assim, percebe-se que é o regime de bens quem administra as relações financeiras no sistema jurídico, que surgem do matrimônio.

O Código Civil dispõe de quatro tipos de regimes de bens, que poderão ser escolhidos pelos nubentes através do pacto antenupcial, que vigorará após a celebração do casamento. São eles: regime da comunhão parcial de bens; regime

da comunhão universal de bens; regime da separação total de bens; e, participação final nos aquestos, que passarão agora uma análise mais detalhada.

2.1.1 Da Comunhão Parcial de Bens

Com o estabelecimento da Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, o regime da comunhão parcial bens, também denominado de comunhão de aquestos ou de adquiridos, passou a ser comum em nosso país, pois, havendo nulidade, ineficácia ou inexistência de pacto entre os cônjuges quanto aos seus bens, este regime passou a ser adotado como o regime legal.

O regime da comunhão parcial é compreendido pela comunicação dos bens adquiridos pelos cônjuges após o matrimônio, ou seja, após a celebração deste e não do registro, não sendo abrangidos, portanto, os bens anteriores ao casamento, bem como aqueles que, mesmo após o casamento, sejam produto de doação, como por exemplo, antecipação da herança sem a contemplação do cônjuge por afinidade e, por herança em inventário, e os bens de uso pessoal.

Neste sentido Gomes (2002 p. 197) se manifesta:

Não são excluídos os bens doados em vida, os deixados em testamento, com cláusula de incomunicabilidade, como também os sub-rogados em seu lugar, ou seja, os que substituem os bens comunicáveis. Assim, se o dono de um terreno recebido em doação com cláusula de incomunicabilidade resolver vendê-lo para, com o produto da venda, adquirir um veículo, este se sub-rogará no lugar do terreno e será também comunicável.

Não havendo manifestação dos nubentes acerca da escolha do regime de bens no decorrer do processo de habilitação, será reduzido a termo o regime da comunhão parcial pelo oficial do Registro Civil, que informará aos nubentes a possibilidade de escolha de outro regime previsto pelo Código Civil.

Vale acentuar que a lei teve o intento de alertar da dificuldade de se comprovar o momento da aquisição dos bens, portanto, quando se tratar de comunhão parcial, é de plena importância que os bens adquiridos pelos cônjuges, antes do casamento, sejam inventariados, através de escritura pública ou até mesmo em pacto antenupcial, para que fique estabelecido quais os pertencentes a cada um.

As obrigações anteriores ao casamento são assumidas individualmente pelo cônjuge que as contraiu, bem como, aquelas provenientes de atos ilícitos, salvo se ficar comprovado que o casal tirou proveito da ilicitude, caso em que o *quantum* indenizatório deverá recair sobre bens comuns a este.

Aquele que estiver na administração dos bens dos cônjuges responderá pelas dívidas surgidas durante esta com os bens comuns e os particulares.

Ocorre a dissolução da sociedade conjugal: pela morte de um dos cônjuges, caso em que, os bens que eram de sua propriedade passaram aos herdeiros; e, pela separação judicial, divórcio ou anulação, onde os bens que integram o patrimônio comum serão partilhados.

2.1.2 Da Comunhão Universal de Bens

O regime da comunhão universal é escolhido através do pacto antenupcial, que lhe conferirá validade mediante escritura pública. Neste regime os cônjuges devem comunicar não só todos os seus bens presentes e futuros, adquiridos antes e depois do casamento, mesmo aqueles havidos por doação, compra ou outro tipo de aquisição, mas também todas as dívidas, constituindo assim uma só massa, que somente com a dissolução da sociedade conjugal pode ser dividida.

Contudo, são incomunicáveis: os bens doados ou herdados com a cláusula da incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; os bens gravados de fideicomisso e o direito de herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro, com a cláusula de incomunicabilidade; os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Vale frisar, que a cláusula de incomunicabilidade abrange também os bens sub-rogados no lugar dos doados ou legados, conforme salienta Gonçalves (2007, p. 126)

Não são excluídos os bens doados em vida, os deixados em testamento, com cláusula de incomunicabilidade, como também os sub-rogados em seu lugar, ou seja, os que substituem os bens incomunicáveis. Assim, se o dono de um terreno recebido em doação com cláusula de incomunicabilidade resolver vendê-lo para, com o produto da venda, adquirir um veículo, este se sub-rogará no lugar do terreno e será também incomunicável.

As disposições expostas no art. 1.668, não impedem, porém, que os nubentes, no pacto antenupcial, incluam ou excluam bens ou débitos.

A comunhão universal será extinta com a dissolução da sociedade conjugal, que poderá ocorrer com a morte de um dos cônjuges, com a separação ou o divórcio, e, pela sentença de nulidade ou anulação do casamento.

2.1.3. Da Separação de Bens

O regime da separação de bens pode ocorrer de duas formas: convencional, onde é acordado entre as partes, através do pacto antenupcial; e legal, que é proveniente de lei, nos casos elencados no art. 1.641 do Código Civil.

Neste regime, não há que se falar em comunhão de bens do casal, pois cada cônjuge mantém, exclusivamente para si, todos os bens e obrigações adquiridas antes e na constância do casamento, caracterizando assim, a completa individualização do patrimônio de cada um, onde cada consorte pode dispor ou alienar os seus bens livremente.

O Código Civil dispõe, em seu art. 1.688 que, salvo estipulado em contrário no pacto antenupcial, ambos os cônjuges deverão contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens.

Neste sentido, Diniz (2006, p.188) estabelece:

[...] ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos do seu trabalho e de seus bens, exceto se houver estipulação em contrário no pacto antenupcial, impondo, p. ex., ao marido o dever de assumir sozinho os encargos da família, pagando as despesas com seu patrimônio particular.

Ao tempo do Código Civil de 1916, havia dúvidas tanto na doutrina com na jurisprudência brasileira, acerca do regime de separação obrigatória, pois se verifica

que havia uma sociedade de fato, em que os aquestos representam o produto do esforço comum, entre os cônjuges casados sob este tipo de regime.

Para acabar com esse impasse, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 377 que narra: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Inicialmente a Súmula foi aplicada de forma ampla aos bens adquiridos durante o casamento, restringindo-se posteriormente aos bens resultantes de esforço comum. Ficou reconhecida, portanto, uma verdadeira sociedade de fato daqueles que casavam sob o regime de separação obrigatória, onde os bens resultantes de esforço comum se comunicariam, ficando de fora penas aqueles adquiridos a título gratuito ou como produto de alienação de bens existentes anteriormente ao casamento.

2.2.4 Da Participação Final nos Aquestos

Considera-se por aquesto, os bens adquiridos na constância do casamento por cada um ou ambos os cônjuges, a título gratuito, como doação, herança ou legado, ou, a título oneroso.

A participação final nos aquestos representa um regime misto, pois, na constância do casamento, aplicam-se os princípios do regime da separação de bens, onde cada cônjuge mantém a livre administração do seu patrimônio individual, e, na dissolução do matrimônio, sobrepõem-se as regras do regime da comunhão parcial, pois cada cônjuge terá direito a metade dos bens adquiridos onerosamente pelo casal durante o casamento.

Assim, a constituição deste regime se dá “pelos bens obtidos individualmente pelos cônjuges, ou por ambos, e que passam a integrar uma massa comum por ocasião de liquidação da sociedade matrimonial, sendo repartidos os aquestos.”(Dias e Pereira (2006, p. 184).

Portanto, cada um dos cônjuges poderá, de forma própria, dispor e administrar livremente de seus bens móveis, porém, necessitará da outorga uxória quando se tratar de bens imóveis, caso não haja convenção em contrário.

Serão excluídos da soma dos patrimônios próprios, ou seja, não farão parte da apuração dos aquestos, os bens anteriores ao matrimônio ou os sub-rogados em seu lugar, os que sobrevierem a título gratuito por sucessão ou liberalidade, bem como as dívidas relativas a esses bens.

No que é pertinente as dívidas, quando contraídas por somente um dos cônjuges, mesmo que na constância do casamento, serão de responsabilidade apenas de quem as contraiu, exceto se ficar comprovado que estas tiverem sido em proveito do outro.

Dissolvida a sociedade conjugal, passa-se a divisão dos aquestos, que nas palavras de Rodrigues (2004, p. 196) ocorre da seguinte maneira:

[...] a apuração da participação se faz em etapas: 1ª) com a verificação do acréscimo patrimonial de cada um dos cônjuges; 2ª) a apuração do respectivo valor para a compensação e identificação do saldo em favor de um ou de outro; e, por fim, 3ª) a execução do crédito.

Como visto, o regime de participação final nos aquestos tende a ser o menos aconselhável aos nubentes, pois envolve regras de regimes diversos, e complexidade na apuração contábil proposta, onde se faz necessário não só a identificação exata dos aquestos, mas também o valor destes, que muitas vezes necessitará de perito, o que tornará ainda mais lento o processo.

2.1.5 Do Pacto antenupcial

O pacto antenupcial é a forma pela qual, os nubentes, antes de celebrar o casamento, estipulam um regime de bens diverso do regime legal, muito embora existam casos que a lei impõe o regime obrigatório da separação de bens.

Por conseguinte, pacto antenupcial é um contrato que sucede antes do casamento, por meio do qual os consortes convencionam sobre o regime de bens que vigorará durante a vigência do casamento.

Quanto à legitimidade para firmar o pacto antenupcial, Diniz (2006, p. 157), se manifesta da seguinte forma:

É preciso deixar bem claro que o pacto antenupcial é firmado pelos nubentes, que são interessados no seu regime de bens e considerados aptos a estipulá-lo, desde que tenha habilitação

matrimonial. Como se admite em nosso direito, o casamento por procuração poderá ser firmado pelo mandatário, que obviamente se sujeitará ao estabelecido pelo mandante, pois se foi investido de poderes especiais para o casamento sob o regime comunitário, não poderá adotar, mediante pacto, outro diverso. E se um dos nubentes for menor de idade, a eficácia do pacto ficará condicionada à aprovação de seu representante legal, salvo nos casos de regime obrigatório de separação de bens (CC, art. 1.654).

Conforme afirmado por Diniz no texto supra, os nubentes menores de idade, somente podem contrair o matrimônio e firmar o pacto antenupcial com a aprovação do seu representante legal, ressalvadas as hipóteses do regime obrigatório de separação de bens. Contudo, havendo divergência entre estes, os nubentes podem requerer o suprimento judicial para dar validade ao casamento.

Muito embora o pacto antenupcial seja convencionado e assinado pelos nubentes, poderão terceiros, parentes ou não, que façam doações em razão do casamento que será realizado, intervir na escolha.

Assim, depreende-se que as cláusulas que abarcarão o pacto antenupcial podem ser escolhidas livremente pelos nubentes, contanto, que não contrariem a lei ou prejudiquem direitos inerentes às partes na relação familiar, como por exemplo, instituir cláusula onde determine que apenas um dos cônjuges exerça o dever de educação dos filhos ou possa alienar os imóveis sem a outorga uxória.

Nesse contexto, elucida Diniz (2006, p.158-159):

O pacto antenupcial deve conter tão-somente, estipulações atinentes às relações econômicas dos cônjuges. Considerar-se-ão nulas as cláusulas nele contidas que contravenham disposição legal absoluta, prejudiciais aos direitos conjugais, paternos, maternos, etc. (CC, art. 1.655). Igualmente não se admitem cláusulas que ofendam os bons costumes e a ordem pública. Exemplificativamente, nula serão as cláusulas, e não pacto, que a) dispensem os consortes dos deveres de fidelidade, coabitação, e mútua assistência; b) privem a mãe do poder familiar ou de assumir a direção da família, ficando submissa ao marido; c) alterem a ordem de vocação hereditária; d) ajustem a comunhão de bens, quando o casamento só podia se realizar-se pelo regime obrigatório da separação; e) estabeleçam que o marido, mesmo que o regime matrimonial de bem não seja o da separação, pode vender imóveis sem outorga uxória.

No que pertine a forma do pacto antenupcial, este deverá respeitar o exposto no parágrafo único do art. 1640 do Código Civil, onde preconiza que no processo de

habilitação, os nubentes poderão, através do pacto antenupcial, feito por escritura pública, optar por qualquer dos regimes que Código Civil regula.

Desta forma, verifica-se que, não sendo convencionado pelos consortes ou sendo nulo ou ineficaz o pacto antenupcial, vigorará o regime da comunhão parcial de bens, conforme preceitua o art. 1.640 do Código Civil.

3 MUTABILIDADE X ALTERNÂNCIA DE REGIMES

Como visto anteriormente, o Código Civil disciplina variações de regime de bens que regularão a situação jurídica do patrimônio dos nubentes após a celebração do casamento, dentre os quais os cônjuges optarão por aquele que mais lhes convir ou até mesmo combiná-los.

É vedado, porém, que ao fazer uso dessa liberdade de estruturação do regime de bens, os nubentes estabeleçam cláusulas que contrariem princípios de ordem pública ou a natureza e os fins do casamento.

3.1 Da alteração do Regime de Bens após a realização do Casamento

Como já explanado, antes de realizado o casamento é definido o regime de bens que vigorará durante o a sociedade conjugal, seja ele escolhido livremente pelos consortes através do pacto antenupcial ou com a criação de um regime próprio, com a combinação dos regimes previsto em lei, seja ele definido por lei.

Neste sentido, o artigo 1.639, §2º deste Diploma prevê que “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”. Quanto a terminologia “alteração do regime de bens” citado pela lei, leciona Dias (2009, p. 233):

Ainda que a lei fale em “alteração do regime de bens”, tal não significa que a única possibilidade seja trocar um regime por outro, ou fazer uma combinação entre as modalidades existentes. Como há plena liberdade de os nubentes deliberarem da forma que lhes aprouver sobre seus bens antes do casamento, dispõe da mesma liberdade para introduzirem as modificações que quiserem durante o matrimônio.

A referida autora cita ainda que existe essa mesma possibilidade na união estável, pois, não conferir a esta a mesma liberdade do casamento geraria um injustificável desequilíbrio dos dois institutos, caso em que, a qualquer tempo, podem os companheiros através de sucessivos contratos de convivência, modificarem o que lhes convier sobre o regime de bens.

Assim, quando o texto do referido artigo firma que o requerimento da modificação não pode ser feito por apenas um dos consortes, mas sim, por consentimento de ambos, demonstra que a legitimidade é exclusiva destes, concluindo-se ainda que se trata de jurisdição voluntária. Barbosa (2004, p. 327-328) explica:

Admitir o pedido formulado por um só dos cônjuges seria impor ao outro um novo regime, o que não seria razoável: o acordo de vontades que orientou a escolha original deve orientar a alteração, visto que apenas a lei pode impor um regime, e o faz por causas entendidas justas pelo legislador.

Ao falar em motivação do pedido, trata-se de uma motivação processual, não sendo admitido assim, meros caprichos, e muito menos situações hipotéticas, mas sim justificativas relevantes de fato como no caso de cônjuges que passam a ter vidas econômicas e profissionais próprias.

Vale ressaltar, que esse requerimento deve ser formulado judicialmente, por um advogado habilitado, e dirigido a um juiz competente, não podendo os consortes requerer a modificação diretamente no Cartório de Registro Civil.

É imperioso destacar a importância da intervenção do Ministério Público no processo de modificação do regime matrimonial, pois, além de analisar a procedência do pedido, com base nos motivos alegados pelo casal, deverá apurar,

com cautela objetiva, se com a alteração do regime de bens houverá não a possibilidade de fraude ou qualquer tipo de dano a terceiros.

A sentença judicial que autorizar a mudança do regime matrimonial passará a ter efeitos após o trânsito em julgado e servirá como instrumento competente para a revogação do pacto antenupcial, passando esta decisão a servir de base para comprovação do novo regime, não sendo necessário, desta forma, a lavratura de um outro pacto.

O artigo em comento prevê ainda que o jamais poderá ser concedido o pedido de alteração do Regime de bens se este for em prejuízo de terceiros, onde no caso da existência de credores o direito destes permanecerá garantido, não havendo a possibilidade de diminuir as suas garantias.

Deste modo, Lôbo (2003, p. 235) doutrina:

[...] a mudança de regime de bens valerá para o futuro, não prejudicando os atos jurídicos perfeitos; a mudança poderá alcançar os atos passados se o regime adotado (exemplo: substituição de separação convencional por comunhão parcial ou universal) beneficiar terceiro credor, pela ampliação das garantias patrimoniais. Em relação aos terceiros, especialmente os credores, aplica-se o princípio geral *fraus omnia corrumpit*, não podendo a mudança de regime permitir aos cônjuges que ajam fraudulentamente contra os interesses daqueles.

Assim, faz-se mister, não só para evitar prejuízo de direito de terceiros, mas para dar segurança nas negociações imobiliárias feitas pelos cônjuges e ainda para tornar a eficácia *erga omnis*, que a sentença modificativa do regime de bens seja averbada tanto no Registro Civil das Pessoas Naturais, e seu assento na circunscrição imobiliária do domicílio conjugal, como no Registro Público das Empresas Mercantis, se qualquer dos cônjuges for comerciante.

Nota-se, portanto, que apesar do Código Civil ter sido omissivo quanto aos efeitos produzidos após o transitado em julgado da sentença que defere o pedido alteração do regime, alguns doutrinadores, defendem que os efeitos produzidos pela alteração do regime de bens poderão ser tanto *ex tunc* quanto *ex nunc*.

Nesse contexto afirma Manfré (2003, p. 48) que:

[...] à falta de óbice da lei, ser possível a retroação dos efeitos dessa sentença à data da celebração do casamento, desde que, conjuntamente, os interessados requeiram nesse sentido ao juiz. Caso contrário, ou seja, inexistindo pedido exposto nessa conformidade, os efeitos contar-se-ão da data da autorização judicial.

Em qualquer dessas hipóteses, haverá a ressalva de terceiros, como impõe o art. 1.639, §2º.

É interessante notar, que o Código Civil brasileiro não estabelece um prazo após o casamento para que possa ser solicitada a alteração do regime de bens, diversamente do que ocorre com o Código francês, que dita que somente poderá ser pleiteada essa mutabilidade após um prazo de dois anos da celebração do casamento ou da homologação da última mudança de regime, tendo como justificativa que antes desse período a imaturidade dos consortes na vivência conjugal venha acarretar a mudança do regime de forma equivocada.

Assim, nota-se que apesar de atualmente vigorar o princípio da mutabilidade justificada do regime de bens, o Código Civil expõe situações em que poderá haver a mudança, concluindo-se, portanto, que a regra é a inalterabilidade sendo a mudança apenas uma exceção.

3.2 Da alteração do Regime de Bens para Casamentos Realizados na Vigência do Código Civil de 1916

Como visto, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 passou a ser admitida a alteração do regime de bens entre os cônjuges, desde que obedecido os requisitos impostos na lei. Diante dessa possibilidade surge a indagação se esta mutação do regime prevista atualmente atinge também os casamentos realizados à época do Código Civil de 1.916.

A respeito do assunto, o artigo 2.039 do atual Código Civil dispõe que “O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei nº3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido”. Por conta deste dispositivo, várias interpretações doutrinárias surgem a respeito da possibilidade de alteração.

Assim, para aqueles estudiosos que defendem que a alteração só será admitida para os casamentos realizados após 11 de janeiro de 2003, que é a data da

entrada em vigor do atual Código, a justificativa utilizada está no ato jurídico perfeito, previsto no inciso XXXVI, art. 5º, da Constituição Federal de 1.988, que preconiza que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, e no §1º do artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, onde afirma que “reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”.

Observa-se, portanto, que ambos os dispositivos supracitados tratam do princípio da irretroatividade das leis, onde estes doutrinadores os interpretam de forma que muito embora o Código de 1.916 tenha sido revogado com o advento da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, suas normas permanecem eficazes, não havendo assim a possibilidade da alteração do regime de bens dos casamentos realizados em tal período.

No rol dos que defendem esse posicionamento, está Leite (2002, p. 315.), onde explana a seguinte narrativa:

[...] algumas questões surgem do dispositivo em exame. A primeira delas é saber se somente aqueles que se casaram após a entrada em vigor do novo Código Civil poderão alterar o regime de bens. A resposta é afirmativa, sob pena de se ferir o ato jurídico perfeito e, por conseguinte, a norma insculpida no inciso XXXVI, do art. 5º da Constituição da República onde está cristalizado o Princípio da Irretroatividade das Leis.

Em sentido contrário a este posicionamento, encontram-se aqueles que defendem a possibilidade de pessoas casadas à época do Código anterior serem atingidas pela mutabilidade do regime de bens previsto atualmente.

3.3 Da alteração do Regime de Bens em se Tratando de Regime Obrigatório

Quando se fala em regime obrigatório surgem vários questionamentos acerca da possibilidade de alteração do regime de bens no curso do casamento, pois como já explicitado, o Código Civil em seu art. 1.641 obriga este regime para aquelas pessoas que contraírem o matrimônio sem observância das causas suspensivas para a celebração deste; para maiores de setenta anos (por força da lei 12.344/2010); e para todos aqueles que dependam de suprimento judicial para casar.

Alguns doutrinadores, afirmam que não haverá a possibilidade da alteração nessas hipóteses, como é o caso de Gonçalves (2005, p. 387), afirma que a mudança do regime de bens não é admitida na hipótese de casamento submetido ao regime de separação obrigatória previsto no artigo 1.641 do Código Civil.

Contrário ao entendimento daqueles que defendem a imutabilidade o regime obrigatório de bens Simão (2003, p,99) defende a possibilidade de alteração relatando que:

As causas suspensivas do casamento não impedem que o casamento se realize (vide o caput do artigo 1523 que utiliza a expressão “não devem se casar”), mas este virá acompanhado de uma sanção, a adoção obrigatória do regime da separação total de bens. Tratam-se de normas protetivas dos próprios nubentes ou de terceiros que poderiam ter prejuízos com o casamento.

Assim, o viúvo que, tendo filhos, se casa novamente sem realizar inventário dos bens da primeira esposa, deve se casar pelo regime da separação de bens (CC, art. 1523, I) para evitar confusão patrimonial entre os bens da primeira (que deveriam ser partilhados entre os herdeiros desta) e os bens da segunda esposa. Da mesma forma, o tutor que casa com sua pupila antes de prestar contas de sua administração (CC, art. 1523, IV), afinal poderia se utilizar do casamento para encobrir seus desmandos na administração do patrimônio alheio.

A questão que se coloca é a seguinte: após realizado o casamento em infração à causa suspensiva e tendo os nubentes adotado o regime da separação obrigatória, podem os cônjuges requerer a alteração do regime de bens? A resposta dependerá do caso concreto, em que pese, no primeiro momento, termos a impressão de que a resposta seria não.

Isso porque se a causa suspensiva vier a desaparecer, durante o curso do casamento, a proteção almejada pela lei torna-se desnecessária e os cônjuges terão todo o direito de pleitear a alteração do regime. Retomemos os exemplos analisados. Se o viúvo, depois de casado pelo regime da separação obrigatória, fizer o inventário dos bens de sua primeira esposa, partilhando-os entre os herdeiros, poderá requerer ao Juízo a alteração do regime, pois com a mudança ninguém sofrerá qualquer tipo de prejuízo.

Da mesma forma o tutor que se casa com a pupila pela separação obrigatória, e, posteriormente, presta conta de sua administração e se verifica que a mesma foi idônea e irrepreensível. Os cônjuges poderão, normalmente, requerer a alteração do regime da separação obrigatória para outro que lhes aprouver.

Neste sentido têm-se Rodrigues (1993, p. 151) que defende o mesmo posicionamento onde explana:

[...] apenas se superada aquela circunstância que impedia a livre opção das partes (p. ex., quando o cônjuge divorciado promove a

partilha dos bens integrantes de seu anterior casamento, desaparecendo assim a causa suspensiva que lhe impunha o regime de separação).

Em 2010, após a alteração trazida pela lei 10.344/2010, que modificou o inciso II do art. 1641 do Código Civil, de 60 para 70 anos, surge uma nova problemática, qual seja: aquelas pessoas que casam pelo regime de separação obrigatória de bens com mais de 60 anos e menos de 70 anos podem alterar o regime de bens? Em resposta a tal problemática, temos a seguinte explicação de Simões:

Exemplifico. Se certa pessoa se casou em 2010, antes da vigência da lei 23344, ou seja, antes de 9 de dezembro, tendo 60 anos, foi-lhe imposto o regime de separação obrigatória de bens. Posteriormente, a lei muda aumentando a idade para 70 anos. Haveria fundamento para mudança do regime?

A resposta é afirmativa. A mudança de regime afeta o plano da eficácia e não da validade do casamento. Aliás, os deveres dos cônjuges e os regimes de bens se situam no plano da eficácia. Em termos de eficácia prevalece a lei do momento em que o negócio jurídico produz os efeitos.

Assim, a mudança é possível desde que no momento da propositura da ação judicial de mudança, um dos cônjuges não tenham mais de 70 anos.

Outro argumento importante a se pensar é que se essas pessoas com mais de 60 anos e menos de 70 se divorciassem hoje e se casassem novamente com os mesmos cônjuges, o regime seria de livre escolha em razão da alteração legal. Obrigar o casal se divorciar para obter o que desejam por uma simples mudança de bens é algo inconcebível inclusive com base no princípio da preservação do negócio jurídico e do casamento como base da família.

Nota-se, portanto, que caso venha a desaparecer o motivo que obrigou os nubentes a casarem sob o regime de separação obrigatória, este poderão requerer em juízo a modificação do regime, desde que preenchido os requisitos impostos pela lei.

Há de convir, porém, que no caso de pessoas maiores de setenta anos, a causa que obriga o regime de separação não desaparecerá jamais, pois trata-se do quesito idade. Sendo assim, nestes casos não será admitida a modificação do regime de bens.

Nesse diapasão, conclui-se que nos casos dos incisos I e III do art. 1.641 do Código Civil, será admitido à substituição do regime da separação obrigatória por

qualquer outro regime escolhido pelos consortes, ficando excluído dessa prerrogativa apenas aqueles previstos no inciso II do citado artigo, quais sejam, pessoas maiores de 70 (setenta) anos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se perceber, após a análise do presente trabalho, que a inovação trazida pelo legislador ordinário ainda tem encontrando diferentes interpretações, principalmente em relação aos casamentos firmados na vigência do Código Civil de 1916. No entanto, tal discussão revela-se eminentemente doutrinária, visto que o Superior Tribunal de Justiça já sedimentou seu entendimento acerca do assunto, objeto de apreciação do presente estudo.

A integração e a análise cumulada entre a possibilidade de mudança de regime de bens na vigência do casamento e as diversas peculiaridades destes, tiveram como pretensão proporcionar a fácil compreensão do tema proposto, saciando eventuais dúvidas quanto à aplicabilidade do instituto.

Foi verificado que somente após a ingerência e posterior deferimento proferido pelo Poder Judiciário, é que a livre intenção de ambos os cônjuges poderá se materializar. Não basta o surgimento da vontade inequívoca dos interessados para que seja alterado o regime de bens do casamento já em vigor. O interesse público, principalmente de eventuais credores, submete a referida mudança à análise mais criteriosa, sob pena de caracterizar a aplicação do texto normativo para fins escusos, tais como a fraude contra credores.

A contratualidade do casamento torna-o passível de alteração, desde que amparado em alguns requisitos autorizadores. A livre deliberação não encontra guarida na legislação civil vigente.

Constata-se, ainda, que é patente o desconhecimento dos subordinados à lei no que se refere às modalidades de regime de bens, o que, indubitavelmente, fomenta a dúvida quanto à mutabilidade do instituto contratual.

A disseminação da *mens legislatoris* revela-se medida de extrema importância, vez que resulta na desmistificação da inalterabilidade do casamento que há muito deixou de ser uma simples reunião de pessoas de diferentes estirpes,

para assumir a posição de um dos mais importantes, senão o mais importante, contratos existentes no Direito Civil.

Em razão da inegável importância do instituto em comento, a didática promovida pelo presente estudo teve o fiel condão desobstaculizar a aplicação do Princípio da Mutabilidade Justificada, impedindo, como dito alhures, que burladores da lei promovam seu desvirtuamento.

A submissão do caso concreto à apreciação pelo Poder Judiciário representa medida acertada do legislador, de modo a fazer valer a disposição legal. A relativização da intangibilidade do regime de bens do casamento, escolhido ou não, pelos cônjuges, é inovação que acompanha as transformações da sociedade e ampara situações outrora insolucionáveis.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Heloisa Helena. **Alteração do regime de bens e o art.2.039 do Código Civil**. In: Pereira, PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Afeto, ética, família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. São Paulo: Red. Livros, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. Ed. Rev. Atual e ampl- São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 21.ed. Vol.V. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**. 9.ed. São Paulo: Saraiva 2002

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. Vol.VI. São Paulo: Saraiva 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família.**Vol.VI. São Paulo: Saraiva 2007.

LEITE, Heloisa Maria Daltro (Coord.). **O novo Código Civil- Do Direito de Família.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado.** Vol.XVI. São Paulo: Atlas, 2003.

MANFRÉ, José Antônio Encinas. **Regime matrimonial de bens no novo Código Civil.** São Paulo: Juarez de Oliveira,2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito de família.** 32 ed. Vol.II. São Paulo: Saraiva,2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** 14.ed. Rio de Janeiro: Forense,2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica.** Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

RODRIGUES, Silvo. **Direito Civil: Direito de Família.** 28.ed. Vol.VI. São Paulo: Saraiva, 2004.

SIMÃO, José Fernando. **Mutabilidade do regime da separação obrigatória- Decisão surpreendente!.** 2003. Disponível em: http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0908. Acesso em 31/03/2015.

SIMÃO, José Fernando. **Pessoas que casam pelo regime de separação obrigatória de bens com mais de 60 anos e menos de 70 anos podem alterar o regime de bens?.**Disponível em: http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0713. Acesso em 27/04/2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito de Família. 9.ed. São Paulo: Atlas,2009.

ABSTRACT

This paper deals with the change of matrimonial regime during marriage foreseen in the current Brazilian Civil Code, acclaiming the reasons which led it to include that possibility earlier inhibited. So, initially sought to bring a general compendium of marriage progression in society as well as the matrimonial regimes allowed under national law, attesting the possibility of choice one of those by betrothed with the prenuptial agreement made before the marriage. Finally, the innovation brought by the current Civil Code was broached about the possibility of changing the matrimonial regime, tapering principles which guide it and also the discussion emerged in doctrine about the possibility of change in marriages contracted in the presence of the Civil Code of 1916. In search of information to build the theme, bibliographical research reputable scholars, articles published on the Internet, case law and legislation in order to bring the largest and clearest possible reality about the change in the matrimonial regime nowadays were used. As for methodology, the inductive was used because truthful assumptions with textual and interpretative analysis were used.

KEY WORDS: Matrimonial regime; Change; Marriage.