

A DISCIPLINA DA MUTABILIDADE DO REGIME DE BENS NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO: CONCILIAÇÃO ENTRE EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA DOS CÔNJUGES E VISÃO INSTITUCIONALISTA DO CASAMENTO

THE DISCIPLINE OF THE MUTABILITY OF THE ASSETS' REGIME IN THE BRAZILIAN CIVIL LAW: CONCILIATION BETWEEN AUTONOMY OF COUPLE'S WILL EXERCISE AND THE INSTITUTIONALIST MARRIAGE VISION

Fábio Siebeneichler de Andrade¹

Professor Titular de Direito Civil da PUCRS

Francisca Juliana Castello Branco Evaristo de Paiva²

Professora de Direito da Faculdade Santo Agostinho – FSA

ÁREA(S) DO DIREITO: direito civil; direito de família; regime de bens.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a possibilidade de alteração do regime de bens no Direito de Família brasileiro de acordo com o Código Civil de 2002. Examina os pressupostos legislativos desta mudança, os seus efeitos e o seu campo

de aplicação. Além disso, estuda as razões do legislador brasileiro para a adoção da disciplina estabelecida pela codificação atual. Considera-se que o Direito brasileiro valoriza o papel institucionalista do matrimônio, sem desconsiderar a evolução que este instituto sofreu no curso das últimas décadas, especialmente o avanço da concepção contratualista do casamento,

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS. Doutor em Direito pela Universidade de Regensburg – Alemanha. Advogado no Rio Grande do Sul. *E-mail:* fabiosiebenandrade@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5144874187298158>.

² Mestranda em Direito (Minter) pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS e pela Faculdade Santo Agostinho. Advogada no PI. *E-mail:* jujuevaristo@yahoo.com.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3723287325146032>.

em que sobressairia o espaço para a autonomia privada a ser exercida pelos cônjuges no que concerne à possibilidade de mudança da sua estrutura patrimonial. No Direito de Família brasileiro, essa disciplina é submetida ao exame judicial, sendo necessário perquirir qual o limite da análise a ser feita pelo Judiciário acerca das mudanças sugeridas pelos cônjuges. Em essência, sugere-se que o Direito brasileiro adotou uma disciplina conciliadora entre estas duas percepções do casamento.

PALAVRAS-CHAVE: regime de bens; pacto antenupcial; modificação do regime de bens.

ABSTRACT: *This article aims to analyze the possibility of changing the assets' regime in the Brazilian Family Law in accordance with the Civil Code of 2002. It examines the presumptions of this change: its effects and field of application. Moreover, studies the reasons for the Brazilian legislators to adopt the discipline established by the current law. It is considered that Brazilian law values the institutionalist role of marriage, without disregarding the evolution the institute suffered in the course of the last decades, especially the advanced contractualist outline of marriage, highlighting the space for private autonomy that would be exercised by spouses – regarding the possibility of changing its equity structure. In the Brazilian family law, this topic is subject to judicial review, and it is necessary to assert the limit of analysis to be done by the Judiciary about the changes suggested by the spouses. In essence, it indicates that Brazilian law has adopted a conciliatory course between these two perceptions of marriage.*

KEYWORDS: *assets' regime; premarital pact; assets' regime modification.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A autonomia privada e as suas implicações nos princípios do sistema de regime de bens; 2 Os pressupostos da mudança do regime de bens; 3 Abrangência e efeitos da mutabilidade do regime de bens; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Private Autonomy and its effects to the marital property regime's system; 2 The presumptions of the assets' regime change; 3 Coverage and effects of the mutability of the assets' regime; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

O Direito da Família pode ser estruturalmente dividido entre uma parte pessoal e uma parte patrimonial³. Tradicionalmente, esta dicotomia concentrava-se no instituto do casamento pelo

³ Sobre esta dicotomia e a sua inserção no Código Civil de 2002, cf. COUTO E SILVA, Clóvis do. Direito patrimonial de família. *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*, n. 1, p. 39 e ss., 1971; Direito patrimonial de família no projeto de Código Civil brasileiro e no Direito português. *Revista dos Tribunais*, v. 520, p. 11 e ss.

qual os cônjuges estavam vinculados a prestar, reciprocamente, determinados deveres pessoais, bem como poderiam, se quisessem, dispor sobre as relações patrimoniais que deveriam seguir.

A esfera patrimonial da relação conjugal corresponde ao denominado regime de bens, que, como aludido acima, é permeado pela ideia de liberdade. As pessoas poderiam tanto escolher um dos sistemas estabelecidos previamente pela legislação como também poderiam conjugar disposições patrimoniais.

De acordo com o Código Civil de 1916, predominava no Direito brasileiro a concepção de que, uma vez escolhida pelos cônjuges a disciplina do regime de bens, ela não poderia mais ser alterada. Em essência, vigorava a noção da irrevogabilidade do regime de bens (art. 230)⁴.

Observe-se que não se tratava de posição isolada do Direito brasileiro. Na verdade, decorria essa solução de inspiração do Direito francês⁵, seguida pelo Direito português.

As razões para esta orientação clássica repousavam nos seguintes argumentos: temia-se que um dos cônjuges – em especial, o marido –, por força da concepção hierárquica da família e do cônjuge, pudesse, de alguma forma, influenciar o outro a modificar as disposições do regime imediatamente após o casamento. Buscava-se, também, proteger os credores dos cônjuges que, eventualmente, poderiam sofrer prejuízo na hipótese de mudanças patrimoniais⁶.

Há que se destacar, porém, que, a par dos argumentos expressos pela doutrina, a razão fundamental para este preferência do legislador repousava em uma visão institucionalista do casamento⁷. É certo que se reconhecia o caráter contratual do casamento⁸, centrado na conjunção das declarações de vontades

⁴ “Art. 230. O regime dos bens entre cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável.”

⁵ Para uma visão sobre a doutrina clássica da matéria, favorável à não modificação do regime de bens, cf. SAVATIER, R. De la portée et de la valeur du principe de l’immuabilité des conventions matrimoniales. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v. 20, p. 93-121, 1921.

⁶ Sobre o tema, ver CORREA DE OLIVEIRA, José Lamartine; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família*. Sérgio Antonio Fabris, 1990. p. 375.

⁷ A teoria institucionalista tem no Jurista francês Maurice Hauriou um dos seus pensadores cardeais. Sobre o tema ver, por exemplo, MARTY, Gabriel. La Théorie de l’Institution. In: *La Pensée du Doyen Maurice Hauriou et son Influence*. Paris: Pedonne, 1969. p. 33 e ss.

⁸ Para o delineamento do casamento como contrato, cf. CORREA DE OLIVEIRA, José Lamartine; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família*, op. cit., p. 121 e 125.

emanadas pelas partes; há que se ter presente, porém, que a concorrente visão do matrimônio como instituição, isto é, como figura essencial à vida em sociedade, e, por conseguinte, cuja regulação e salvaguarda pelo Direito se apresentava como imperiosa⁹, favorecia que predominasse a noção de imutabilidade do regime de bens, a fim de resguardar durante a vigência do casamento aquilo que foi originariamente estabelecido pelos cônjuges.

Vale ressaltar que a ideia basilar era de que o casamento estava ligado à religião, sendo, inclusive, um sacramento, pautado na indissolubilidade e considerado o único instrumento para a formação da família legítima¹⁰. Desse modo, é possível perceber, como razoavelmente coerente, que a sua relevância no plano pessoal se espalhasse igualmente para os contornos patrimoniais.

Esta percepção permeava, de forma efetiva, os mecanismos do regime patrimonial, podendo ser afirmado que a solução natural era a da imutabilidade, ainda mais que havia sido dada aos nubentes a devida oportunidade, antes do matrimônio, para a reflexão e a configuração do regime de bens que pretendiam adotar.

A filosofia que embasava tradicionalmente o casamento altera-se de forma paulatina: um primeiro marco dessa mudança encontra-se no Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962), que mitigou o princípio da chefia do marido na sociedade conjugal. A Lei do Divórcio (Lei nº 6.015/1977), por sua vez, constitui-se em um segundo referencial de desenvolvimento da concepção do instituto. Muito embora o matrimônio conserve a sua posição como instituição fundamental da constituição da família, foi rompido o dogma da indissolubilidade do vínculo.

De forma ainda mais marcante, a Constituição Federal de 1988 tutelou a família, alterando, porém, os nortes referenciais da matéria: rompeu, por exemplo, com a noção de que o casamento viesse a ser o único meio de constituição da

⁹ Emblemática da natureza institucional do casamento encontrava-se na Constituição da República Democrática alemã (Alemanha Oriental), que, no seu art. 30, estabelecia o seguinte: “*Ehe und Familie bilden die Grundlage des Gemeinschaftslebens*” (Casamento e família moldam a base da vida social). Cf. HOLZHAUER, Heinz. *Krise und Zukunft der Ehe*. *Juristische Zeitung*, v. 10, p. 492 e 495, 2009.

¹⁰ Ver, por exemplo, DEL PRATO, Enrico. *Matrimonio, famiglia, parentela: prospettive di inizio secolo*. In: *Diritto Privato - Studi in onore di Antonio Palazzo*. UTET, 2009. p. 227 e ss.; HOLZHAUER, Heinz. *Krise und Zukunft der Ehe*. *JZ*, v. 10, p. 492 e 493, 2009: que ressalta a importância do casamento para os pensadores clássicos, como Platão, Cícero e Agostinho.

família, ao reputar legítima a união estável e a unidade monoparental¹¹. Em essência, o casamento perde a posição de monopólio para a constituição da família legítima.

Além disso, determinou expressamente a igualdade entre os cônjuges, desestruturando, portanto, a referida noção de que o vínculo entre os cônjuges era baseado em uma hierarquia em que o marido era, inequivocamente, o chefe da sociedade conjugal.

Nesse contexto, o Código Civil de 2002 sofreu essa influência, tendo a Constituição de 1988 necessariamente pautado a necessidade de alterações em suas disposições, como serve de exemplo a regulação relativa à união estável.

No que concerne ao campo restrito do direito patrimonial de família, há que se ter presente que o projeto do Código Civil de 2002, concebido na década de setenta do século XX, já contemplava a possibilidade de alteração do regime de bens, sob o influxo social de igualdade entre homem e mulher, de algum modo antecipado pela referida legislação do Estatuto da Mulher Casada.

Acrescente-se que se passou a admitir que outros mecanismos poderiam igualmente proteger os terceiros, credores dos cônjuges, como, por exemplo, um eficiente regime notarial, sem que estes fossem obrigados a permanecer durante toda a constância do vínculo matrimonial sob o mesmo regime de bens¹².

Nesse quadro, o Código Civil, no art. 1.639, disciplinou a matéria de regime de bens, tendo ratificado a concepção, já vigente ao tempo do Código de 1916, de autonomia para os cônjuges quanto à estipulação relativamente aos seus bens. Além disso, no § 2º do art. 1.639, acolheu a noção de que as partes poderiam alterar o seu regime durante o vínculo matrimonial¹³.

¹¹ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por quaisquer dos pais e seus descendentes.”

¹² Ver, por exemplo, COUTO E SILVA, Clóvis do. Direito patrimonial de família no projeto do Código Civil brasileiro e no Direito português. *Direito e Justiça*, v. 1, p. 125 e ss., 1980; ver, também, Direito patrimonial de família. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v., p. 39-51, 1972.

¹³ “Art. 1.639. [...] § 2º É admissível a 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.”

Houve, portanto, uma alteração relevante relativamente ao direito anterior, o que desencadeou expressiva análise doutrinária¹⁴. Aproximou-se o Direito Civil brasileiro de outros sistemas em que se permitia a alteração do regime de bens¹⁵. Cumpre, porém, destacar o desenvolvimento desta questão, a fim de verificar, de um lado, se a alteração ocorrida na legislação teve repercussão prática, bem como saber qual foi a concretização jurisprudencial – após mais de dez anos de vigência do Código Civil de 2002 – à matéria.

No presente trabalho, serão examinados, portanto, com base nas questões sumariamente expostas na introdução, como o Código civil estruturou a matéria a partir dos princípios concernentes ao regime de bens, examinando-se os pressupostos para a mudança do regime de bens, bem como os seus efeitos para os cônjuges e terceiros.

1 A AUTONOMIA PRIVADA E AS SUAS IMPLICAÇÕES NOS PRINCÍPIOS DO SISTEMA DE REGIME DE BENS

Mediante a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o princípio da inalterabilidade do regime de bens foi retirado do ordenamento jurídico para dar ênfase ao princípio da mutabilidade dos regimes de bens.

Acolheu-se a orientação doutrinária já existente ao tempo do Código Civil de 1916, em que se preconizava a possibilidade de os cônjuges modificarem o regime de bens após a celebração do vínculo matrimonial¹⁶.

¹⁴ Ver, por exemplo, FARRULA JR., Leônidas Filipone. Do regime de bens entre os cônjuges. In: LEITE, Heloísa Maria Dalto (Coord.). *O novo Código Civil: do direito de família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002; TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre regime de bens no novo Código Civil. *Direito das Famílias e Sucessões*, n. 2, p. 5 e ss., 2008; XAVIER, José Tadeu Neves. Questões relevantes sobre a mutabilidade de bens do casamento. *Revista de Direito Privado*, 52, p. 193 e ss., 2012.

¹⁵ Nesse sentido é a previsão do Direito alemão, no § 1.408, BGB: “*Die Ehegatten können ihre güterrechtliche Verhältnisse durch Vertrag (Ehevertrag) regeln, insbesondere auch nach der Eheschließung der Ehe den Güterstand aufheben oder ändern*”. Em tradução livre: Os cônjuges podem regular suas relações patrimoniais mediante contrato (contrato de casamento), especialmente alterar ou revogar o regime patrimonial após a celebração do casamento. Na mesma linha encontra-se dispositivo no art. 163 do Código Civil italiano: “*Le modifiche delle convenzioni matrimoniali, anteriori o successive al matrimonio, non hanno effetto se l’atto pubblico [2699] non è stipulato col consenso di tutte le persone che sono state parti nelle convenzioni medesime, o dei loro eredi*”. Em tradução livre: As modificações das convenções matrimoniais, anteriores ou posteriores ao matrimônio, não terão efeito se o ato público não contiver o consentimento de todas as pessoas que foram partes na referida convenção, ou de seus herdeiros. Pode-se apontar a mesma orientação no art. 1.397 do Código civil francês, cuja transcrição consta na nota 21.

¹⁶ Nesse sentido, cf. GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. Forense, 2000. p. 268.

Essa opção representa uma solução mais harmônica no que concerne às diretrizes do direito patrimonial de família, na medida em que acolhe, em definitivo, a noção de que esta matéria se insere no quadro da autonomia privada¹⁷, isto é: do mesmo modo como ocorre, por exemplo, no âmbito do direito obrigacional, está facultado aos particulares estabelecer o modo pelo qual será pautada a sua relação patrimonial durante a constância do casamento. Em decorrência, será a sua vontade expressa por uma declaração, que estabelecerá os contornos da matéria.

Em essência, o instituto jurídico dos regimes de bens é composto por três princípios que devem ser considerados como fundamentais: a) princípio da liberdade de escolha; b) princípio da variabilidade; c) princípio da mutabilidade. Eles concretizam a concepção de que as partes possuem autonomia para regular o modo como pretendem ver configurada a relação patrimonial entre si.

É certo que o Código Civil de 2002 estabeleceu quatro espécies de regimes de bens para o casamento. São eles: a) comunhão parcial de bens (CC, arts. 1.658 a 1.666); b) comunhão universal (CC, arts 1.667 a 1.671); c) participação final nos aquestos (CC, arts. 1.672 a 1.686); e d) separação de bens (CC, arts 1.687 e 1.688).

Mas, por força do referido princípio da liberdade de escolha, os cônjuges podem eleger o regime de bens que melhor couber à expectativa deles. A liberdade quanto à opção do regime de bens a ser adotado constitui-se em regra, de modo que cabe à parte, pura e simplesmente, determinar qual dos modos indicados pelo ordenamento será o que vai moldar as relações patrimoniais entre os cônjuges. Assim, o Estado, somente com existência de norma específica, deve intervir no enlace matrimonial determinando o regime que deve ser acatado pelos nubentes. Esta circunstância excepcional está prevista no ordenamento brasileiro, no art. 1.641, que impede, em determinadas situações, a escolha do regime de bens por parte dos nubentes – como, por exemplo, na hipótese de um deles ser maior de 70 anos –, ao estabelecer o regime da separação de bens no casamento¹⁸.

¹⁷ A literatura sobre a autonomia privada é oceânica. De forma meramente exemplificativa, indica-se COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. José Bushatski, 1976. p. 17; AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica, perspectivas estrutural e funcional. In: *Estudos em homenagem ao Professor Dr. Ferrer Correira*. Coimbra, v. II, 1989. p. 5-39.

¹⁸ “Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II – da pessoa maior de 70 anos; III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.”

Em relação ao princípio da variabilidade, deve ser entendido que o Direito de Família não aceita a ideia de que só possa existir um único modo de regime de bens. É admitida a existência de uma multiplicidade de espécies de regimes que podem ser escolhidos pelos nubentes no ato da habilitação para o casamento. Dessa forma, embora exista a variabilidade de regimes e, assim, a possibilidade de os nubentes escolherem uma das espécies, o ordenamento jurídico admite que os nubentes criem novos modelos de regimes com características particulares e próprias¹⁹.

A escolha do regime de bens, com a exceção do da comunhão parcial de bens, exige a celebração do pacto antenupcial, passível de ser qualificado como um negócio jurídico, em face da circunstância de que, mediante a sua celebração, as partes, em ato de autonomia privada, mediante a sua vontade, estabelecem efeitos jurídicos próprios relativamente à esfera patrimonial do vínculo matrimonial²⁰.

A percepção de que o pacto antenupcial enquadra-se como negócio jurídico encontra, no Código Civil de 2002, respaldo em face da redação do art. 1.653, que aplica plenamente os planos da validade e da eficácia a esta figura. Nesse dispositivo, explicita-se que, em relação à validade, faz-se mister que as partes adotem a escritura pública para a celebração do pacto antenupcial; do contrário, o ato será nulo. Nesse ponto, está-se inequivocamente no plano da validade, na medida em que se estabelece um pressuposto – a escritura pública –, sob pena da incidência de sanção pelo defeito do ato. Relativamente à eficácia, está submetido o pacto nupcial à necessidade de celebração do casamento, sem o qual não serão devidamente irradiados os efeitos decorrentes do conteúdo do ato.

O princípio da variabilidade e a possibilidade de que regimes de bens sejam criados pelos nubentes é uma regra no universo desse instituto. Essa possibilidade só não incidirá mediante situações específicas, como na hipótese de contrariedade às regras e aos princípios de ordem pública, presente no Direito de Família. Esse entendimento está sedimentado no art. 1.655 do CC, que

¹⁹ Cf., a este respeito, o Enunciado nº 331 da Jornada de Direito Civil: “O Estatuto patrimonial do casal pode ser definido por escolha de regime de bens distinto daqueles tipificados no Código Civil em seus arts. 1.639 e parágrafo único do art. 1.640”.

²⁰ Nesse sentido, ver GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. Saraiva, 1992. p. 34.

assim dispõe: “É nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei”²¹.

Fixados estes pontos, cumpre destacar que, em face da referida adoção pelo Código Civil de 2002 da possibilidade de as partes alterar o regime de bens, configurou-se uma melhor harmonização do sistema jurídico familiar patrimonial, na medida em que se elevou o grau de autonomia privada.

Desse modo, não é somente no momento da celebração do casamento que podem as partes exercer a sua autonomia privada acerca do regime de bens, podem fazê-lo ao longo do casamento. Ora, tendo em visto que o casamento é, em essência, uma relação que se prolonga no tempo, esta possibilidade se apresenta como razoável, na medida em que permite aos cônjuges ajustá-la, de acordo com as vicissitudes que enfrentam.

2 OS PRESSUPOSTOS DA MUDANÇA DO REGIME DE BENS

A fim de aplicar-se efetivamente a mutabilidade do regime de bens, cumpre verificar os requisitos indicados no art. 1.639, § 2º, do Código Civil, que, em sua essência, não foram modificados pela disciplina estabelecida no art. 734 do Código de Processo Civil de 2015²².

A primeira exigência legal para a modificação do regime de bens é que ela deve ocorrer na esfera judicial²³. Logo, está excluída expressamente a possibili-

²¹ Sobre o tema, ver, por exemplo, MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed. Forense, 1992. p. 683.

²² “Art. 734. A alteração do regime de bens do casamento, observados os requisitos legais, poderá ser requerida, motivadamente, em petição assinada por ambos os cônjuges, na qual serão expostas as razões que justificam a alteração, ressalvados os direitos de terceiros.

§ 1º Ao receber a petição inicial, o juiz determinará a intimação do Ministério Público e a publicação de edital que divulgue a pretendida alteração de bens, somente podendo decidir depois de decorrido o prazo de 30 (trinta) dias da publicação do edital.

§ 2º Os cônjuges, na petição inicial, ou em petição avulsa, podem propor ao juiz meio alternativo de divulgação da alteração do regime de bens, a fim de resguardar direito de terceiros.

§ 3º Após o trânsito em julgado da sentença, serão expedidos mandados de averbação aos cartórios de registro civil e de imóveis, e caso qualquer dos cônjuges seja empresário, ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins.”

²³ Sobre este ponto, muito embora questões processuais não sejam objeto precípua do tema, há que se ter presente que se trata de questão submetida à jurisdição voluntária, com regulação no referido art. 734 do Código de Processo Civil. Contudo, não se pode afastar a possibilidade de ocorrer divergência no âmbito da justiça comum brasileira acerca de pontos concernentes ao procedimento e mesmo sobre a competência do Juízo para examinar o pleito do casal. Em relação à necessidade de intimação do Ministério Público, foi estabelecida expressamente no § 1º do art. 734.

dade de os cônjuges pretenderem, por si mesmos, no âmbito extrajudicial, promover a referida alteração²⁴.

A este respeito, a solução adotada pelo Código de 2002 é passível de uma primeira reflexão, na medida em que, a partir da Lei nº 11.441/2007, o próprio casamento pode ter decretado a sua dissolução consensual na esfera extrajudicial – a par de permitir que outros atos, como o inventário e a partilha, possam ser realizados na esfera administrativa²⁵.

Há, portanto, dissintonia entre as soluções adotadas pela legislação mais recente e a que se encontra na codificação, na medida em que, se para a própria dissolução do vínculo conjugal é factível a adoção da via extrajudicial, esta possibilidade também poderia ser adotada para a regulação das questões patrimoniais das partes durante a vigência da relação conjugal.

Vislumbra-se, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro adota, na atualidade, solução passível de ser considerada como incoerente, na medida em que admitiu, para a dissolução do vínculo, carácter contratual do casamento, permitindo o seu término mediante um puro e simples ajuste privado²⁶.

Na realidade, é possível ver nesta solução do legislador, ao insistir na necessidade de as partes recorrerem ao Juízo, a prevalência, ainda que relativizada e restrita à parte patrimonial, da postura clássica, expressivamente institucionalista, anteriormente mencionada, que pretende salvaguardar o que

²⁴ A possibilidade de modificação do regime de bens na esfera extrajudicial ocorre, por exemplo, no Direito francês, que estabelece, porém, o interstício de dois anos para esta pretensão e a condição de que o casal já tenha filhos maiores. Na hipótese de filhos menores, será exigida a intervenção judicial. Cf. o seguinte trecho do art. 1.397: “Après deux années d’application du régime matrimonial, les époux peuvent convenir, dans l’intérêt de la famille, de le modifier, ou même d’en changer entièrement, par un acte notarié. Lorsque l’un ou l’autre des époux a des enfants mineurs, l’acte notarié est obligatoirement soumis à l’homologation du tribunal du domicile des époux”. Em tradução livre: Após dois anos de aplicação do regime matrimonial, os cônjuges podem decidir, no interesse da família, pela sua modificação, ou mesmo pela sua integral alteração, mediante um ato notarial. Quando um ou outro dos cônjuges possuir filhos menores, o ato notarial será submetido obrigatoriamente à homologação do tribunal do domicílio dos cônjuges.

²⁵ Sobre o tema, cf., por exemplo, MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Contratualização do casamento e simplificação das formas: questões relativas a estado civil e reconciliação. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 41, p. 66 e ss.

²⁶ Sobre a extensão de regulação privada no âmbito do Direito de Família, cf. STAKE, J. E.; GROSSBERG, Michael; FINEMAN, Martha, AMAR, Akhil Reed; AUSTIN, Regina; ULEN, Thomas S. Opportunities for and limitations of private ordering in Family Law. *Indiana Law Journal*, v. 73, p. 535 e ss., 1998; ALEXANDER, Gregory. The New Marriage Contract and the limits of private ordering. *Cornell Law Faculty Publications*, paper 459, 1998.

foi previamente ajustado no âmbito patrimonial, tendo em vista a extrema importância do casamento para a vida social: considera-se que, no curso do matrimônio, a possibilidade de alteração do regime de bens é matéria relevante – consoante se verifica dos demais requisitos a seguir examinados –, o que induz que se trate de matéria cujo *status* exige a via judicial²⁷.

A preocupação do legislador com a segurança jurídica, a proteção de terceiros e mesmo quanto à eventual possibilidade de ascendência de um cônjuge sobre o outro, prevalece, portanto, frente a outros argumentos passíveis de serem suscitados em prol da opção pelo caminho extrajudicial, tais como uma sensível maior celeridade no processo da mutabilidade, desburocratização no exercício de direitos e menor custo para os cônjuges.

Um segundo pressuposto para a alteração do regime de bens consiste em que ele deverá ser pleiteado por ambos os cônjuges²⁸. Desse modo, uma primeira observação a ser feita consiste em que está excluída pela regra legal, tanto do Código civil como do processual, a possibilidade de apenas um das partes pretenderem a alteração do regime.

A solução legislativa harmoniza-se com a natureza do pacto antenupcial, que, como afirmado anteriormente, se constitui em negócio jurídico, dessa forma, caracterizado pelo acordo de vontades. Nesses termos, a sua alteração somente poderia decorrer de pedido conjunto das partes, a fim de expressar a existência de consenso dos cônjuges acerca da conveniência e necessidade de rearranjo da base patrimonial do casamento²⁹. Prepondera, aqui, o paralelo com o regime do contrato, que somente em caráter excepcional, com base na onerosidade excessiva, permite a revisão do negócio. Não se ratifica, portanto,

²⁷ Para uma visão em princípio favorável à solução do Direito brasileiro, cf. MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*, op. cit., p. 692. Para uma crítica a respeito, ver, por exemplo, XAVIER, José Tadeu Neves. Questões relevantes sobre a mutabilidade de bens do casamento. *Revista de Direito Privado*, p. 193 e 201, 2012.

²⁸ A exigência de que o pedido de modificação seja feita por ambos os cônjuges também se encontra, por exemplo, no indicado art. 1.397 do Código Civil francês, supratranscrito.

²⁹ Há que se ter presente que o Código Civil, no art. 1.648, autoriza que o juiz supra a outorga uxória para as hipóteses previstas no art. 1.647, quando a concordância não pode ser concedida ou quando a recusa é imotivada. Nesses casos, observa-se que se trata de iniciativas unilaterais, como, por exemplo, a concessão de fiança ou aval, que o legislador, para garantia patrimonial, tornou indispensável a concordância do cônjuge. No caso da modificação do regime de bens, a matéria é estruturalmente bilateral, na medida em que envolve alteração do pacto antenupcial, mutuamente estabelecido pelas partes.

no presente trabalho, a posição doutrinária que reputa cabível o exame pelo Judiciário do pedido unilateral do cônjuge para modificar o regime de bens³⁰.

Situação distinta seria aquela em que um dos cônjuges não possui condições para expressar o seu consentimento no que concerne à mudança do regime de bens. Na hipótese, portanto, em que um cônjuge estiver submetido à curatela, ou tiver optado pela adoção da figura de tomada de decisão apoiada, prevista no Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), em seu art. 116, pode-se admitir a viabilidade de submissão do pedido de alteração do regime de bens por intermédio de terceiro³¹. Considera-se, portanto, que, por força do disposto no art. 85 do referido Estatuto³², a mudança de regime de bens exigirá a atuação do curador, na medida em que se trata de ato de natureza patrimonial e negocial.

Ressalte-se que a circunstância de o ato ser praticado por um terceiro, como, por exemplo, o curador, não retira da parte a necessidade de atender aos demais pressupostos legais, tendo em vista que o pleito apresentado será objeto de exame judicial.

A par de o pedido de modificação ser feito por ambos os cônjuges, ele deverá ser apresentado de forma motivada. O pressuposto contido no § 2º do art. 1.639 conjuga-se com a necessidade de que o fundamento apresentado pelas partes seja objeto de análise judicial. Esta também é a previsão contida no Código de Processo Civil, no aludido art. 734.

Esta exigência pode ser vista como uma forma de intervenção estatal na esfera da vida patrimonial dos cônjuges, na medida em que a sua pretensão de alterar o regime matrimonial deverá ser submetida ao crivo do juiz, que poderá considerar que não existem os elementos ou as razões suficientes para o pedido modificatório³³.

³⁰ No sentido de considerar factível o pedido unilateral de alteração do regime, ver XAVIER, José Tadeu Neves. Questões relevantes sobre a mutabilidade do regime de bens. *Revista de Direito Privado*, 52, p. 193 e 207, 2012.

³¹ No citado art. 1.397 do Código Civil francês, consta, expressamente, que, para os casos de cônjuge submetido ao regime de curatela, o pedido de modificação deverá ser submetido ao juiz respectivo (*juge des tutelles*).

³² “Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.”

³³ Para uma visão essencialmente crítica quanto a esta regulação, cf. VERAS, Érica Verícia Canuto de Oliveira. Possibilidade de alteração de regime de bens (REsp 1.119.462/MG). *Direito das Famílias e Sucessões*, n. 34, p. 98 e 107, 2013.

Uma vez mais é perceptível que a solução adotada pelo codificador de 2002 ainda repousa na referida concepção institucional do casamento, baseado na sua importância para a vida familiar. Há que se ponderar, porém, que a recente alteração normativa que possibilita a dissolução do vínculo conjugal fora da esfera matrimonial aprofunda a divergência entre a matriz conceitual do Código e a que foi adotada mais recentemente no Direito brasileiro, para permitir a dissolução do vínculo por ato privado dos cônjuges – mediante chancela notarial.

Não obstante esta circunstância, nada impede que elas convivam, na medida em que se pode considerar que, na vigência do casamento, a relevância da alteração patrimonial dos cônjuges exige certa motivação, que deve ser dotada de conteúdo relevante, a ponto de convencer o juízo³⁴.

A questão central que se põe aqui, porém, consiste em saber qual o grau de análise do juiz acerca das razões expostas pelas partes para mudar o seu regime de bens. No direito comparado, observa-se que a solução francesa, disciplinada no já indicado art. 1.397 do Código Civil, exige para a mudança do regime de bens que ela seja feita “no interesse da família”. Trata-se, visivelmente, de um conceito indeterminado, na medida em que ele é suficientemente amplo para permitir que o juiz possa verificar as razões que conduziram os cônjuges à decisão de alterar o regime. Este requisito denota que os argumentos relativos ao bem-estar de apenas um dos cônjuges podem não ser levados em consideração no Direito francês.

Da mesma forma, a fórmula “interesse da família” dá margem a que se investigue se a proposta modificatória não conduzirá a uma eventual disparidade entre os cônjuges. Há que se ter presente, também, que a solução francesa exige que os filhos maiores e as pessoas que participaram do pacto originário devam ser notificados pessoalmente acerca da proposta de modificação³⁵.

O Direito alemão, que tem como premissa a liberdade dos cônjuges para constituir, alterar ou mesmo revogar o denominado contrato de casamento no citado § 1.408 do Código Civil, tem sido estabelecido um controle judicial

³⁴ Sobre os limites da autonomia privada no âmbito matrimonial, cf. ALEXANDER, Gregory. *The New Marriage Contract and the Limits of Private Ordering*, op. cit., p. 503 e ss.

³⁵ Art. 1.397, segunda alínea: “*Les personnes qui avaient été parties dans le contrat modifié et les enfants majeurs de chaque époux sont informés personnellement de la modification envisagée. Chacun d’eux peut s’opposer à la modification dans le délai de trois mois*”. Em tradução livre: As pessoas que integraram o contrato modificado, bem como os filhos maiores de cada um dos cônjuges, são informados pessoalmente da modificação pretendida. Cada um deles pode se opor à modificação no prazo de três meses.

acerca destas modificações, sendo referido que a jurisprudência estabeleceu esta modalidade de análise sobre o conteúdo do pacto, tendo, por exemplo, o cuidado de examinar se a disposição pactuada não decorre de uma dominância unilateral – *einseitige Dominanz*, o que implicaria a existência de uma disparidade contratual³⁶.

No Direito brasileiro, o legislador não estabeleceu uma fórmula específica, um *standard*, a guiar o intérprete sobre qual seria o balizamento a ser seguido para a análise dos motivos apresentados pelas partes. Observe-se também que, ao contrário do Direito francês (art. 1.397), inexistente tempo mínimo para que as partes possam pleitear a alteração – nem há qualquer restrição quanto ao número de vezes que a modificação do regime possa ser pleiteada.

Esta circunstância, porém, não impede que se utilizem os mecanismos e princípios já existentes, a fim de bem sopesar as justificativas apresentadas pelos cônjuges.

É certo que se poderia sustentar que não deveria haver controle do Judiciário acerca da motivação apresentada pelas partes, na medida em que o crivo judicial poderia configurar interferência estatal. Esta visão, porém, representa uma percepção que não somente não leva em conta a referida percepção institucional do casamento, como também não se coaduna com a orientação contemporânea do contrato, tendo em vista que mesmo na esfera obrigacional o vínculo negocial pode estar sujeito ao controle judicial, em face de cláusulas gerais, como o que veda o abuso de direito e o princípio da boa-fé. Estabelecida essa ressalva, pode-se vislumbrar qual concepção prepondera quando o Judiciário procede ao exame das motivações apresentadas pelos cônjuges.

Com efeito, muito embora tenha sido afirmado pelo Superior Tribunal de Justiça que “não se deve exigir dos cônjuges, justificativas exageradas ou provas concretas de prejuízo na manutenção do regime originário”, o certo é que esta assertiva é sempre acompanhada de análise acerca da pertinência jurídica da motivação apresentada, tendo a Corte Especial reputado razoável a proposta de mudança, quando um dos cônjuges pretende constituir sociedade de responsabilidade limitada com terceiro, o que poderia acarretar prejuízo ao patrimônio da esposa em face da iniciativa desencadeada pelo marido³⁷.

³⁶ Cf. SCHWAB, Dieter. *Familienrecht*. 20. ed. Beck Verlag, n. 224, 2012. p. 105.

³⁷ Cf. o REsp 1119462, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, J. 26.02.2013, em cuja ementa consta o seguinte: “2. Assim, a melhor interpretação que se deve conferir ao art. 1.639, § 2º, do CC/2002 é a que não exige dos cônjuges justificativas exageradas ou provas concretas do prejuízo na manutenção do

Da análise das circunstâncias que permearam o caso supraindicado e que levou ao provimento do recurso especial, observa-se que, nas instâncias ordinárias, ocorreu verdadeira intromissão do Juízo no âmbito de decisão dos cônjuges, tendo em vista que se considerou desnecessária a modificação do regime de bens pela motivação apresentada, sob o argumento de que a sociedade a ser constituída por um dos cônjuges revestiria a forma limitada, o que já representaria proteção suficiente ao patrimônio da outra parte.

Verifica-se, portanto, em face desta primeira diretriz estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça, que tão longe não pode ir o juiz no exame das motivações do casal: não pode ele pretender “saber melhor” que as partes o que seria adequado, ou desconsiderar o seu interesse legítimo em estabelecer uma solução jurídica própria e autorizada pela legislação, tendo em vista que este tipo de conduta constituir-se-ia em verdadeira interferência na autonomia privada. Configurar-se-ia uma espécie de censura judicial às soluções jurídicas que as partes pretendem eleger dentro do leque de opções que o ordenamento jurídico lhes fornece.

Há que se ter presente, porém, que o exame a ser feito pelo juiz não deve se contentar com a simples análise da regularidade formal, a ponto de permitir a mudança de regime com base na apresentação de qualquer fundamentação.

Esta orientação encontra-se presente na jurisprudência, na medida em que o Superior Tribunal de Justiça, por sua 3ª Turma, considerou que a simples justificativa genérica de independência financeira e patrimonial do casal não seria suficiente para que as partes fossem autorizadas a modificar o regime de bens. Acrescentou a Corte Especial que, a fim de proteger um dos cônjuges, não se poderia aceitar a mudança do regime de bens que importaria uma doação

regime de bens originário, sob pena de se esquadriñar indevidamente a própria intimidade e a vida privada dos consortes. 3. No caso em exame, foi pleiteada a alteração do regime de bens do casamento dos ora recorrentes, manifestando eles como justificativa a constituição da sociedade de sociedade de responsabilidade limitada, entre o cônjuge varão e o terceiro, providência que é acauteladora de eventual comprometimento do patrimônio da esposa com a empreitada do marido. A divergência conjugal quanto à condução da vida financeira da família é justificativa, em tese, plausível à alteração do regime de bens, divergência essa que, em não raras vezes, se manifesta ou se intensifica quando um dos cônjuges ambiciona enveredar-se por uma nova carreira empresarial, fundando, como no caso apreço, sociedade com terceiros, na qual algum aporte patrimonial haverá de ser feito, e do qual pode resultar impacto ao patrimônio comum do casal”.

do patrimônio a um dos interessados. Observou, ainda, o STJ, que a mudança proposta continha o risco de prejuízo à eventual prole do casal³⁸.

No caso indicado *supra*, tratava-se de mudança do regime da comunhão universal para o de separação de bens, em que se determinou que haveria possibilidade de especial prejuízo para a mulher, tendo em vista a inexistência de demonstração inequívoca de que ela possuía condições de manutenção autônoma e patrimônio próprio.

Vê-se, portanto, que a orientação emanada da Corte Especial conduz à conclusão de que a “apuração das razões” por parte do Judiciário não se limita a um exame formal. Ela se faz no plano substancial, a fim de verificar se a mudança pretendida pelos cônjuges não oculta propósito abusivo ou é capaz de ser prejudicial a um dos integrantes da família ou mesmo decorre de uma posição de eventual predominância de uma das partes em relação à outra. Trata-se, portanto, de percepção que não somente reconhece o caráter institucionalista do matrimônio, tendo em vista que ele é um dos instrumentos pelo qual o ordenamento legitima a regulação pessoal e patrimonial entre duas pessoas, a fim de constituir família, como também tem presente a natureza especial do vínculo contratual celebrado pelas partes.

Um terceiro requisito previsto no § 2º do art. 1.639 consiste em que devem ser ressalvados os direitos de terceiros. Verifica-se aqui que o dispositivo legal não explicita de que modo esta “ressalva” deva ser feita, quais os direitos que os terceiros podem opor frente à pretensão dos cônjuges e nem mesmo quais os terceiros que poderão suscitar prejuízo frente à modificação.

Observa-se, portanto, que, em relação à tutela de terceiros, a disciplina do Código Civil é lacunosa, em especial se comparada ao regramento estabelecido por ordenamentos como o Direito francês – no indicado art. 1397 –, que adota o

³⁸ Cf. o REsp 1.427.639/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, J. 10.03.2015, em que consta o seguinte: “3. No caso em exame a alteração patrimonial foi pleiteada consensualmente por ambos os cônjuges ora recorrentes com base na justificativa genérica de independência financeira e patrimonial do casal, demonstrando a ausência de violação de direitos de terceiros. 4. As instâncias ordinárias, todavia, negaram a alteração patrimonial por reputarem que a mera vontade de preservação e individualização dos patrimônios dos cônjuges não configura justo motivo, requisito legal indispensável. 5. Ademais, o Tribunal de origem, visando a proteção de um dos cônjuges, assentou que a modificação ‘equivalaria à doação do patrimônio a um dos interessados, exclusivamente, mascarando desta forma, uma divisão que poderia prejudicar, sim, e inclusive, a eventual prole’. 6. Rever tais conclusões demandaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula nº 7/STJ”.

cuidado de exigir a intimação pessoal dos filhos maiores acerca do propósito de modificação do regime de bens.

Em uma tentativa de sanar a falta de concretização do preceito do Código Civil, o Enunciado nº 113 da Jornada de Direito Civil preconizou que houvesse ampla publicidade e o exame acerca da inexistência de débito de qualquer natureza.

Não obstante, inexistia crítica à exigência de ampla publicidade por parte do enunciado, o mesmo não se pode dizer acerca da necessidade de “inexistência de débito”. Trata-se de exigência desproporcional, pois a simples existência de débito por parte dos cônjuges não se constitui, por si só, em impedimento para que ocorra a mudança do regime de bens. A presença de débito, na verdade, somente poderia configurar um obstáculo intransponível para a alteração do regime de bens nas hipóteses em que houvesse situação de insolvência, quando, então, se poderia presumir que a modificação do regime de bens teria a finalidade de fraudar credores³⁹.

A par desta diretriz doutrinária, alguns Tribunais, por intermédio de suas corregedorias, preocuparam-se em concretizar a determinação legal, a fim de propiciar maior segurança jurídica frente os regimes de bens e a sua possível modificação, no decorrer do casamento. Um exemplo neste sentido encontra-se no Tribunal do Rio Grande do Sul, mediante os Provimentos nºs 024/2003 e 32/2006, que exigiu a publicação de edital em jornal local, além do Diário Oficial, a fim de satisfazer a exigência de que os terceiros tenham os seus interesses resguardados.

Apesar de eventuais inconformidades das partes frente a estas exigências, seja em face dos custos delas decorrentes, seja por força da inexistência de regra expressa neste sentido, o certo é que elas têm sido confirmadas pela jurisprudência⁴⁰.

³⁹ Nesse sentido, cf. a seguinte decisão do TJRS, Apelação Cível nº 70055750996, 7ª C.Cív., Relª Desª Sandra Brisolara Medeiros, J. 11.06.2014: “Apelação cível. Direito de família. Alteração do regime de bens. Possibilidade. [...] 2. A existência de ações tramitando contra um dos cônjuges e contra a empresa da qual o varão é sócio majoritário, tendo em vista a data em que ajuizadas e o valor atribuído à causa, não são, por si só, óbices à pretensão, considerando, por primeiro, que os direitos de terceiros estão naturalmente ressalvados; por segundo, porque o valor do patrimônio amealhado pelo casal está muito além dos questionados débitos; e, por terceiro, porque os efeitos da alteração são *ex nunc*, ou seja, não retroagem, passando a vigor o novo regime a partir da alteração”.

⁴⁰ “Apelação cível. Família. Alteração de regime de bens do casamento. Inconformidade dos apelantes quanto à determinação de publicação de edital dando ciência aos eventuais interessados da homologação da alteração. Recurso ao qual se nega provimento tendo em vista a necessidade de

Estas exigências foram objeto de disciplina no Código de Processo Civil, que, no art. 734, faz menção à necessidade publicação de edital, permitindo, porém, no § 2º, que as partes sugiram procedimento alternativo de intimação dos terceiros para divulgar a mudança de regime.

Cumprir referir que a sentença que autorizar a alteração de regime de bens deverá ser averbada tanto no assento de casamento quanto no registro de imóveis (art. 1.657 do Código Civil)⁴¹, com o quê se dará publicidade à modificação efetuada pelo casal. Na hipótese de exercício de atividade empresária por um dos cônjuges, deverá ocorrer o arquivamento igualmente na Junta Comercial, nos termos do art. 979 do Código Civil. Também quanto a este ponto, foi disciplinada a questão no aludido art. 734 do Código de Processo Civil.

3 ABRANGÊNCIA E EFEITOS DA MUTABILIDADE DO REGIME DE BENS

Identificados os pressupostos para a mudança do regime de bens, outro ponto que merece destaque na discussão aqui suscitada consiste em saber se a alteração pretendida pelos cônjuges se aplica para todos os tipos de regime ou apenas tem abrangência em algumas das hipóteses previstas na codificação civil.

Quanto a este tópico, foi objeto de intenso debate doutrinário a questão de saber se as partes poderiam alterar o regime de bens de casamentos contraídos ao tempo do Código Civil de 1916. A orientação restritiva repousava no argumento de que o casamento constituiria um ato jurídico perfeito, razão pela qual não poderiam os cônjuges alterar os seus dispositivos nesta circunstância. Um outro argumento residia no teor do art. 2.039 do Código Civil⁴², que indicava uma limitação para a alteração do regime quando o matrimônio fosse contraído à época do código anterior.

A orientação prevalente, porém, posicionou-se no sentido de que o casamento produz efeitos continuativos. Ou seja, o casamento celebrado na vigência do Código Civil de 1916 pode continuar a gerar efeitos na vigência do Código de 2002. Nesses termos, o casamento não pode ser considerado ato

ampla divulgação da alteração. Sentença que obedeceu ao contido no Provimento nº 024/2003-CGJRS. Recurso desprovido" (Apelação Cível nº 7000999251, 8ª C.Cív., Rel. Des. Alfredo Guilherme Englert, J. 17.02.2005)

⁴¹ "Art. 1.657. As convenções antenupciais não terão efeito perante terceiros senão depois de registradas, em livro especial, pelo oficial do registro de imóveis do domicílio dos cônjuges."

⁴² "Art. 2.039. O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior; Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por eles estabelecido."

jurídico perfeito, pois a lei a ser aplicada deve ser aquela vigente no momento da produção dos seus efeitos⁴³, invocando-se o teor do art. 2.035 do Código Civil.

Cumprido pontuar, porém, que a questão já foi pacificada na jurisprudência, tendo em vista a expressiva orientação no sentido de considerar possível a mutabilidade do regime de bens para os vínculos contraídos ao tempo do Código Civil de 1916⁴⁴.

Um segundo tema de debate sobre a abrangência da possibilidade de modificação do regime de bens consiste em saber se os cônjuges podem pretender a modificação do regime da separação obrigatória de bens, estabelecido no Código Civil, no art. 1.641, supratranscrito.

Sobre este tópico, há que se ter presente, em primeiro lugar, as diversas circunstâncias que ensejam a incidência do regime da separação obrigatória de bens. Deve-se, inicialmente, reputar que, uma vez resolvida a questão que fez valer a separação obrigatória dos bens, não haverá razão para que os cônjuges não possam exercer a liberdade quanto à modificação do regime da separação de bens por uma outra espécie de regime de bens. Pode-se apontar, como exemplo, uma mulher que venha a casar com outrem por se encontrar viúva, mas sem que tenha realizado a partilha dos bens do marido com os filhos oriundos do seu casamento anterior. Nessa situação, ocorre causa suspensiva reconhecida pelo Código Civil em seu art. 1.523, I.

Uma vez, porém, que for resolvido o tema da partilha dos bens, deixará de existir a causa suspensiva e, assim, os cônjuges terão toda a liberdade para a mutabilidade do regime de bens, imposto por lei. Este raciocínio vem alicerçado na razoabilidade e na isonomia, que são princípios de grande valia no nosso ordenamento jurídico.

O inciso III do art. 1641 do CC também deve seguir o mesmo entendimento explanado *supra*. Finda a menoridade do cônjuge, cabível que se possa alterar o regime de bens determinado pela lei, na medida em que cessaram as circunstâncias especiais que preconizavam a tutela das partes.

⁴³ Nesse sentido, cf. o Enunciado nº 260 da Jornada de Direito Civil: “A alteração do regime de bens prevista no § 2º do art. 1.639 do Código Civil também é permitida nos casamentos realizados na vigência da legislação anterior”.

⁴⁴ Nesse sentido, cf. o REsp 730.546/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, J. 23.08.2005, em que consta da ementa o seguinte: “Civil. Regime matrimonial de bens. Alteração judicial. Casamento ocorrido sob a égide do CC/1916 (Lei nº 3.071). Possibilidade. Art. 2.039 do CC/2002 (Lei nº 10.406). Correntes doutrinárias. Art. 1.639, § 2º, c/c art. 2.035 do CC/2002. Norma geral de aplicação imediata”. Ver, também, REsp 1.427.639/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, J. 10.03.2015.

Grande discussão, porém, envolve a questão de saber se é cabível a alteração do regime de bens para os maiores de 70 anos (inciso II do art. 1.641). Observe-se que, nos termos da legislação, é suficiente que apenas um dos cônjuges tenha a idade superior a 70 anos para que o regime de bens venha a ser o da separação obrigatória. Para setores da doutrina, esta disposição é atentatória ao princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁵, uma vez que reduz a autonomia da pessoa envolvida; além disso, seria restritiva da sua liberdade para o relacionamento, implicando igualmente em distinção no que concerne ao regime da união estável. Em essência, seria passível de ser reputada como inconstitucional⁴⁶.

Contudo, esta incisiva posição doutrinária não encontra plena sustentação jurisprudencial, em especial no que concerne à hipótese do referido inciso II do art. 1.641 do Código Civil. Considera-se que, neste caso, a regra legal é cogente, razão pela qual a possibilidade de permitir a mudança do regime de bens seria uma abertura à burla da vedação legal⁴⁷.

A fim de restringir a aplicação do citado inciso II, pode-se indicar como razoável a orientação do Enunciado nº 261 da III Jornada de Direito Civil, que considera não incidir a obrigatoriedade do regime da separação de bens a pessoa com mais de 60 anos (atualmente 70), quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade.

Em relação aos efeitos da mutabilidade do regime de bens, indaga-se se as mudanças promovidas pelas partes podem retroagir ou se elas somente poderiam vigorar para o futuro.

A questão do início da eficácia do regime de bens foi objeto de regramento expresso no art. 1.639, § 1º, do Código Civil: nesse dispositivo, foi claramente previsto que ele começa a vigorar desde a data do casamento.

⁴⁵ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*, op. cit., p 694.

⁴⁶ COSTA MACHADO; CHINELATO; LAMENZA. *Código Civil interpretado*, 6. ed., 2013, p. 1384.

⁴⁷ Nesse sentido, cf. a seguinte ementa do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70040404667, 8ª C. Civ., Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, J. 24.02.2011: “Apelação cível. Alteração de regime de bens. De separação legal obrigatória para comunhão universal. Impossibilidade. Nubentes maiores de 60 anos. Sentença mantida [...] 2. O regime específico da separação de bens incidiu ao caso por imposição legal, posta em regra cogente em face de contar o varão mais de sessenta anos à época de celebração do casamento (o ano de 2006). 3. E não há qualquer hipótese no § 2º do art. 1.639 da codificação em vigor que excepcione aquela normativa permitindo a alteração do regime de bens, daquele obrigatório, para o que quer o casal (comunhão universal). 4. Outro poderia ser o entendimento se eventualmente cessada causa transitória que, ao tempo do casamento, exigia regime obrigatório da separação patrimonial – mas não é este o caso dos autos”.

Mas no que concerne aos efeitos da alteração do regime de bens inexistem qualquer disciplina. Sustenta-se, por um lado, que a mudança introduzida pelas partes poderia retroagir, tendo em vista tanto a prevalência da autonomia privada quanto a circunstância de evitar um sistema em que houvesse a duplicidade de regimes em uma só vida matrimonial⁴⁸. De outro, observa-se que, na disciplina sobre o tema estabelecida no projeto de Estatuto das Famílias, em tramitação no Parlamento, determinou-se expressamente no art. 38, § 1º, que “a alteração não dispõe de efeito retroativo”.

Considera-se, aqui, porém, que em princípio a alteração do regime de bens promovida pelas partes deve ter efeitos para o futuro, a fim de ir ao encontro da segurança jurídica e da necessidade de não prejudicar a terceiros, pressuposto expresso da legislação para permitir a alteração do regime de bens.

Na hipótese de a mudança do regime de bens direcionar-se para o passado, esta alteração poderá ser reputada como uma transferência de bens, passível, portanto, de tributação. Afinal, se as partes procedem a uma alteração no sistema patrimonial até então vigente, com o efeito, por exemplo, de indicar que um determinado bem sobre o qual ambos eram titulares passará a ser de propriedade única de um deles, há que se concluir que esta nova disposição patrimonial configurou uma transferência patrimonial.

No âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, encontra-se a orientação no sentido de que a alteração no regime de bens somente vigora para o futuro, o que vai ao encontro da orientação aqui preconizada⁴⁹. No mesmo sentido, também se encontram precedentes no âmbito dos Tribunais estaduais⁵⁰.

CONCLUSÃO

Do que se expôs, há que se considerar que o tema da mutabilidade do regime de bens pode ser reconhecido como umas das matérias mais discutidas no universo do Direito de Família.

⁴⁸ Sobre esse ponto, cf. XAVIER, José Tadeu Neves. Questões relevantes sobre a mutabilidade do regime de bens do casamento. *Revista de Direito Privado*, v. 52, p. 193 e 211, 2012.

⁴⁹ Cf. REsp 1.300.036/MT, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, J. 13.05.2014: “Recurso especial. Civil e processual civil. Direito de Família. Dissolução do casamento. Alteração do regime de bens. Termo inicial dos seus efeitos. *Ex nunc*. Alimentos. Razoabilidade. Binômio. Necessidade e possibilidade. Conclusões alcançadas pela corte de origem. Impossibilidade de revisão na via eleita. Súmula nº 7/STJ”.

⁵⁰ Nesse sentido, ver a decisão, referida *supra*, da Apelação Cível nº 70055750996, 7ª C.Cív., Relª Desª Sandra Brisolará Medeiros, J. 11.06.2014.

A imutabilidade determinada pelo Código Civil de 1916 representava uma limitação para que a pessoa, sujeito de direito, pudesse exercer, no âmbito do casamento, uma das formas de constituição familiar, a livre manifestação de sua vontade no âmbito patrimonial.

Muito embora a matéria tenha sido objeto de alteração no Código Civil de 2002, com o reconhecimento da possibilidade de modificação do regime de bens pelas partes, a disciplina estabelecida pelo legislador brasileiro, tanto no âmbito material quando na esfera processual, acarreta a necessidade de diversas ponderações.

A matéria de mutabilidade do regime de bens no Direito brasileiro reflete uma tensão dialética entre dois polos. De um lado, a visão decorrente do consenso que se estabelece entre as partes, consubstanciada no fato de estas serem autorizadas a livremente estabelecer um regramento patrimonial para a sua vida conjugal. A autonomia pessoal se instrumentaliza pelo pacto antenupcial, cuja natureza jurídica é, precisamente, de negócio jurídico, circunstância que reflete a percepção clássica desta figura no quadro dos atos jurídicos: primeiro, o elevado grau de iniciativa das partes; e, segundo, o seu nível de poder jurídico, tanto para decidir quando para moldar o seu *modus vivendi* patrimonial.

Por outro lado, ainda predomina no Direito brasileiro a visão institucionalista do matrimônio, no sentido de que esta figura jurídica representa um pilar no qual está assentada a vida familiar e o modo jurídico como dois seres estruturam, em essência, uma comunhão de vida nos planos pessoal e patrimonial.

Apesar de haver sido apontada uma constante contratualização do matrimônio – na medida em que se vislumbra, por exemplo, a possibilidade de dissolução do vínculo –, certo é que em relação à possibilidade de alteração do regime de bens, em virtude da força da visão institucionalista do casamento, construiu a codificação civil brasileira um caminho de conciliação: ao mesmo tempo em que flexibilizou às partes a faculdade de alterar o regime de bens primitivamente pactuado, estabeleceu uma série de pressupostos para que a modificação possa ocorrer.

Entre os requisitos estabelecidos pelo legislador, pontifica a circunstância de que não somente a alteração do regime deva ser necessariamente judicial, como também deva existir o controle judicial.

Com efeito, impõe-se ao juiz o mister de apurar a justificativa das modificações preconizadas pelas partes, o que limita a autonomia destas para

efetuar e propor alterações. Ora, é indesviável o questionamento acerca do risco de, à toda hora, ocorrer desproporcionalidade na efetivação deste controle, ainda mais quando ainda impera em nosso meio ao menos certa desconfiança quanto às motivações que conduzem os cônjuges a pretender modificar o seu regime de bens.

Desse modo, é necessário que se estabeleça certa diretriz às Cortes, a fim de pautar a atuação judicial no sentido de uma lógica de ponderação, ou do razoável, a fim de não tornar ociosa a faculdade instituída pelo legislador para que os cônjuges possam alterar o seu regime de bens.

Por outro lado, foi estabelecido um controle pela codificação civil mediante o regime da separação legal de bens, para um determinado grupo de pessoas, em especial aos que possuem determinada idade. Não obstante a crítica doutrinária, este controle tem sido ratificado pela jurisprudência, que não permite a sua alteração pelas partes.

Também, quanto a este ponto, sobressai a concepção institucionalista do matrimônio, bem como a visão de que o estabelecimento de uma completa autonomia pessoal no que concerne à moldura do regime patrimonial para determinado grupo de pessoas representaria um elevado risco pessoal. Está-se aqui no âmbito da proteção da pessoa diante de si mesmo, tendo, portanto, o legislador civil considerado que as pessoas devam ser salvaguardadas da possibilidade de celebração de pactos patrimoniais após determinada idade.

A questão de saber se esta opção legislativa, do ponto de vista axiológico, afrontaria a dignidade pessoal representa uma clara opção entre duas tendências: de um lado, a ideia libertária, no sentido de que a qualquer momento poderá a pessoa estabelecer os seus vínculos pessoais e patrimoniais, independentemente de regulação; a segunda, no sentido de que há um risco ao vincular-se, em especial a partir de determinada faixa etária, sendo conveniente o estabelecimento de determinados limites, como é o caso de um regime legal de separação de bens. Dito de forma livre: os vínculos pessoais não formam mais alianças patrimoniais.

Em uma visão holística do ordenamento privado, defende-se aqui a primeira concepção. No ordenamento privado brasileiro, a capacidade civil é a regra, do que resulta a inexistência de presunções de incapacidade ou de dificuldade de conhecimento. As regras paternalistas, portanto, devem ser excepcionais, razão pela qual o regime da separação obrigatória para o cônjuge de determinada idade representa uma *captis de minutio* a ser condenada.

Tendo sido erigido este regime coercitivamente pelo codificador, a solução de que a parte possa livremente alterá-lo configuraria uma violação ao sistema: facultar-se-ia às partes modificar o que foi expressamente determinado pela legislação civil. Em última análise, efetivado o casamento, objetivo primário do particular, mediante o acesso ao Judiciário, seria permitido a ele retificar o que foi determinado pela lei. Do ponto de vista valorativo, esta solução apresentase como tão ou mais vulnerável para a sociedade do que a estabelecida pelo Código Civil no que concerne ao regime da separação legal de bens. Justifica-se, portanto, a orientação jurisprudencial, que veda às partes esta opção.

Nesse contexto, de inequívoca polaridade entre duas concepções contrastantes, autonomia e institucionalização, que ainda permeiam o âmbito patrimonial no ordenamento privado brasileiro, a solução a ser preconizada reside, em última análise, no paulatino estabelecimento de claras diretrizes jurisprudenciais fundadas em uma lógica de razoabilidade, a fim de salvaguardar a esfera de liberdade que o codificador civil pretendeu conceder ao particular para moldar a sua vida patrimonial no âmbito do matrimônio.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Gregory. The New Marriage Contract and the limits of private ordering. In: *Cornell Law Faculty Publications*, paper 459, p. 503 e ss., 1998.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica, perspectivas estrutural e funcional. In: *Estudos em homenagem ao Professor Dr. Ferrer Correira*. Coimbra, v. II, 1989. p. 5-39.

BRASIL. Apelação Cível nº 70040404667, 8ª C.Cív., Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, J. 24.02.2011.

_____. Apelação Cível nº 70055750996, 7ª C.Cív., Relª Desª Sandra Brisolara Medeiros, J. 11.06.2014.

_____. Provimento nº 24/2003-CGJRS. Recurso desprovido. Apelação Cível nº 70009999251, 8ª C.Cív., Rel. Des. Alfredo Guilherme Englert, J. 17.02.2005.

_____. REsp 730.546/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, J. 23.08.2005.

_____. REsp 119462, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, J. 26.02.2013.

_____. REsp 1.300.036/MT, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, J. 13.05.2014.

_____. REsp 1.427.639/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, J. 10.03.2015.

_____. TJRS, Apelação Cível nº 70055750996, 7ª C.Cív., Relª Desª Sandra Brisolará Medeiros, J. 11.06.2014.

COSTA MACHADO; CHINELATO; LAMENZA. *Código civil interpretado*. 6. ed. Manole, 2013.

COUTO E SILVA, Clóvis do. Direito patrimonial de família. *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*, n. 1, p. 39 e ss., 1971.

_____. Direito patrimonial de família no projeto de Código Civil brasileiro e no Direito português. *RT*, 520, p. 11 e ss.

_____. *A obrigação como processo*. José Bushatski, 1976.

DEL PRATO, Enrico. Matrimonio, famiglia, parentela: prospettive di inizio secolo. In: *Diritto Privato - Studi in onore di Antonio Palazzo*. UTET, 2009. p. 227 e ss.

FARRULA JÚNIOR, Leônidas Filipone. Do regime de bens entre os cônjuges. In: LEITE, Heloísa Maria Daltro (Coord.). *O novo Código Civil: do direito de família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. Forense, 2000.

GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. Saraiva, 1992.

HOLZHAUER, Heinz. Krise und Zukunft der Ehe. *Juristische Zeitung*, v. 10, p. 492 a 498, 2009.

MADALENO, Rolf. *Curso do direito de família*. 4. ed. Forense, 2011.

MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Contratualização do casamento e simplificação das formas: questões relativas a estado civil e reconciliação. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 41, p. 66 e ss.

MARTY, Gabriel. La Théorie de l'Institution. *La Pensée du Doyen Maurice Hauriou et son Influence*. Paris: Pedonne, 1969. p. 33 e ss.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família*. Sérgio Antonio Fabris, 1990. p. 121-125, 375.

SAVATIER, René. De la portée et de la valeur du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v. 20, p. 93-121, 1921.

SCHWAB, Dieter. *Familienrecht*. 20. ed. Beck Verlag, 2012.

STAKE, Jeffrey Evans; GROSSBERG, Michael; FINEMAN, Martha; AMAR, Akhil Reed; AUSTIN, Regina; ULEN, Thomas S. Opportunities for and limitations of Private Ordering in Private Law. *Indiana Law Journal*, v. 73, p. 535-565, 1998.

TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre regime de bens no novo Código Civil. *Direito das Famílias e Sucessões*, n. 2, p. 5 e ss., 2008.

VERAS, Érica Verícia Canuto de Oliveira. Possibilidade de alteração de regime de bens (REsp 1.119.462/MG). *Direito das Famílias e Sucessões*, n. 34, p. 98 e 107, 2013.

XAVIER, José Tadeu Neves. Questões relevantes sobre a mutabilidade de bens do casamento. *Revista de Direito Privado*, 52, p. 193 e ss., 2012.

Submissão em: 26.07.2015

Avaliado em: 24.08.2015 (Avaliador A)

Avaliado em: 29.07.2015 (Avaliador B)

Avaliado em: 19.04.2016 (Avaliador C)

Aceito em: 12.07.2016