

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”  
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM  
CURSO DE DIREITO

**MARIANA SOUZA DELAZARI**

**REGIME DE BENS NA SOCIEDADE CONJUGAL**

MARÍLIA  
2009

**MARIANA SOUZA DELAZARI**

**REGIME DE BENS NA SOCIEDADE CONJUGAL**

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador:  
Prof. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior

MARÍLIA  
2009

Delazari, Mariana Souza

Regime de bens na sociedade conjugal / Mariana Souza Delazari; orientador: Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior. Marília, SP: [s.n.] 2009. 112 f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2009.

1. Regime de bens 2. Casamento 3. União Estável 4. Comunicabilidades 5. Incomunicabilidades 6. Princípios 7. Pacto antenupcial 8. Regime legal 9. Mutabilidade motivada

CDD: 342.1626

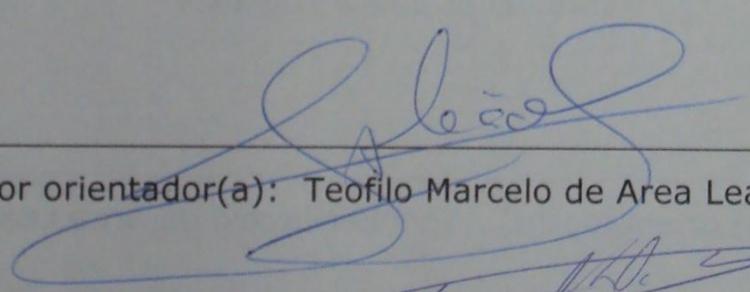


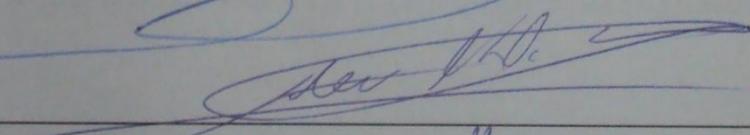
**CURSO DE DIREITO**

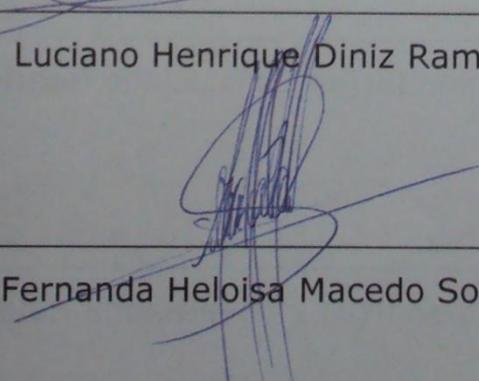
**ATA DE SESSÃO DE DEFESA DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

O Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito intitulada "REGIME DE BENS NA SOCIEDADE CONJUGAL", elaborada por Mariana Souza Delazari, RA nº. 34142-8, 5ª C Noturno foi apresentada e defendida em sessão de arguição e avaliação, em 07 de Outubro de 2009, nas dependências desta instituição de ensino, perante a banca examinadora formada pelos membros abaixo assinados, tendo obtido aprovação com a nota 10,0 (100%) e sido julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9º da Portaria n. 1.886/94/MEC, regulamentado no Curso de Direito da Fundação Eurípides-Univem pelo Regulamento do Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito.

Marília, 07 de outubro de 2009.

  
\_\_\_\_\_  
Professor orientador(a): Teofilo Marcelo de Area Leao Junior

  
\_\_\_\_\_  
Examinador(a) 1 : Luciano Henrique Diniz Ramires

  
\_\_\_\_\_  
Examinador(a) 2 : Fernanda Heloisa Macedo Soares

*“Um pouco de ciência nos  
afasta de Deus. Muito, nos  
aproxima”.*  
*Louis Pastuer*

DELAZARI, Mariana Souza. **Regime de bens na sociedade conjugal**. 2009. 112 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2009.

## RESUMO

A presente monografia tem o objetivo de estabelecer um estudo de maneira aprofundada acerca dos regimes de bens que vigoram entre os cônjuges durante o casamento bem como entre os conviventes na união estável. O casamento, forma legítima de constituição da família não pode subsistir sem um regime de bens que regule as relações patrimoniais dos cônjuges entre si e com relação a terceiros. Neste sentido, estão os contraentes livres para escolher o regime que melhor lhes pareça, dentre os quatro que a legislação coloca à sua disposição ademais da possibilidade de formular regras próprias. Ocorre que, no silêncio deles, a lei impõe a comunhão parcial de bens, sendo portanto o regime supletivo. Em que pese a liberdade de escolha, nem todos os nubentes dispõem desta possibilidade posto que lhes é imposta a separação de bens em virtude da inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento, a todos os que dependerem do suprimento judicial e aos maiores de sessenta anos. Da mesma forma, este estudo teve como objetivo estabelecer os preceitos relativos às situações cotidianas que envolvem o casamento e conseqüentemente o regime de bens adotado pelos cônjuges.

**Palavras-chave:** Regime de bens. Casamento. União Estável. Comunicabilidades. Incomunicabilidades. Princípios. Pacto antenupcial. Regime legal. Mutabilidade motivada.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO I – DAS NOÇÕES GERAIS DO REGIME MATRIMONIAL DE BENS	
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	11
1.2 CONCEITO	12
1.3 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS	13
1.3.1 Princípio da vigência imediata do regime de bens	13
1.3.2 Princípio da autonomia da vontade ou Princípio da livre estipulação	13
1.3.3 Princípio da variedade de regimes	13
1.3.4 Princípio da mutabilidade motivada	14
1.4 DISPONIBILIDADE DO PATRIMÔNIO E SUA ADMINISTRAÇÃO	14
1.4.1 Atos praticados livremente	15
1.4.2 Atos que dependem da anuência do cônjuge	19
1.4.3 Administração do patrimônio comum e particular	21
1.5 DOAÇÕES ANTENUPCIAIS E DOAÇÕES ENTRE OS CÔNJUGES	22
1.6 VENDA DE BENS ENTRE CÔNJUGES	25
1.7 SOCIEDADE EMPRESÁRIA ENTRE OS CÔNJUGES	25
1.8 INFLUÊNCIA DO REGIME DE BENS NO DIREITO SUCESSÓRIO	27
1.9 REGIME DE BENS NO CASAMENTO DE BRASILEIROS REALIZADO NO EXTERIOR	29

2.0 BENS ADQUIRIDOS DURANTE A SEPARAÇÃO DE FATO	30
2.1 RECONCILIAÇÃO DOS SEPARADOS JUDICIALMENTE	31
CAPÍTULO II – DO PACTO ANTENUPCIAL	
2.1 CONCEITO	33
2.2 NATUREZA JURÍDICA	33
2.3 CARACTERÍSTICAS	34
2.3.1 Eficácia do pacto	35
2.3.2 Casos de nulidade e invalidação do pacto	36
2.3.3 Acessoriedade do pacto	38
2.3.4 Capacidade dos nubentes para sua elaboração	38
2.3.5 Efeitos perante terceiros	40
2.3.6 Livre disposição dos bens imóveis particulares no regime da participação final nos aquestos	41
CAPÍTULO III – DOS REGIMES MATRIMONIAIS DE BENS	
3.1 COMUNHÃO PARCIAL DE BENS OU REGIME LEGAL	43
3.1.1 Bens excluídos da comunhão	45
3.1.2 Bens que integram a comunhão	51
3.1.3 Administração do patrimônio comum na comunhão parcial	53
3.1.4 Administração do patrimônio particular na comunhão parcial	54
3.2 COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS	55
3.2.1 Natureza jurídica da comunhão	56
3.2.2 Bens excluídos da comunhão	56
3.2.3 Administração do patrimônio comum e particular na comunhão universal	59

3.2.4 Término da responsabilidade do cônjuge com os credores do outro	60
3.3 SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS	60
3.3.1 Separação Convencional de bens	60
a) Administração do patrimônio	61
b) Despesas do casal	62
3.3.2 Separação Obrigatória de bens	63
3.3.3 Aplicação da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal	65
3.4 PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS	69
3.4.1 Patrimônio	70
3.4.2 Dívidas	71
3.4.3 Meação dos aquestos	72
CAPÍTULO IV – DO PRINCÍPIO DA MUTABILIDADE MOTIVADA	
4.1 REQUISITOS LEGAIS	78
4.1.1 Autorização Judicial	78
4.1.2 Pedido Motivado	78
4.1.3 Postulação por ambos os cônjuges	79
4.1.4 Procedência as razões	79
4.1.5 Ressalva dos direitos de terceiros	80
4.2 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO AOS CASADOS SOB O CÓDIGO DE 1916	82
4.3 EFEITOS DA SENTENÇA	85
CAPÍTULO V – DO REGIME DE BENS NA UNIÃO ESTÁVEL	
5.1 CONCEITO DE UNIÃO ESTÁVEL	86
5.2 UNIÃO ESTÁVEL E CONCUBINATO	87

5.3 REQUISITOS DA UNIÃO ESTÁVEL	89
5.3.1 Convivência como se casados fossem	89
5.3.2 União entre homem e mulher	91
5.3.3 Convivência Pública	92
5.3.4 União Contínua	93
5.3.5 União Duradoura	94
5.3.6 Objetivo de Constituição de Família	94
5.3.7 Fidelidade	95
5.3.8 Inexistência de Impedimentos Matrimoniais	96
5.4 REGIME DE BENS NA UNIÃO ESTÁVEL	97
5.4.1 Disposições relativas ao regime da Comunhão Parcial de bens	98
a) Administração dos Bens	98
b) Vênia Conjugal	99
c) Venda de bens ao companheiro	101
d) Bens excluídos da comunhão	101
e) Bens que integram a comunhão	101
5.4.2 Aplicação do Regime da Separação Obrigatória na União Estável	101
5.4.3 Mutabilidade de Regime na União Estável	103
5.4.4 Direito Intertemporal	103
5.4.5 Contrato de Convivência	104
5.5 CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO	106
CONCLUSÃO	108
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	111

## INTRODUÇÃO

A definição do vocábulo família segundo o dicionário Aurélio é a seguinte “pessoas aparentadas, que vivem, em geral, na mesma casa, particularmente o pai, a mãe e os filhos” ou ainda “pessoas unidas por laços de parentesco, pelo sangue ou por aliança”.

A família é o pilar da sociedade, é o núcleo fundamental no qual o ser humano recebe as primeiras lições da vida. Uma sociedade cuja base esteja se enfraquecendo passa a ter condutas morais, éticas, culturais, sociais e religiosas deturpadas que acabará por refletir no seu ordenamento jurídico uma vez que este último se inspira em tais valores. Assim sendo, a família carece de cuidado especial por ser a principal formadora dos indivíduos sociais.

Seu início se dá quando um homem e uma mulher decidem compartilhar suas vidas, dividindo as experiências, baseados numa relação de afeto que os une com o intuito de formar seu próprio núcleo familiar. O casamento e a união estável são duas das principais formas de constituição da família legítima e, justamente por esse motivo, o Código Civil Brasileiro lhes confere grande valor.

É importante salientar que o casamento e a união estável acabam tendo, além das relações pessoais de comunhão de vida, um cunho patrimonial ao passo que é regulado pelo regime de bens adotado pelos nubentes, sendo uma das conseqüências jurídicas do casamento.

A presente monografia teve a finalidade de estabelecer as regras gerais bem como as atinentes a cada regime de bens particularmente, tudo isso ricamente ilustrado com as correntes doutrinárias e decisões dos Tribunais Estaduais e os Tribunais Superiores.

O primeiro capítulo foi destinado à evolução histórica dos regimes de bens, passando pela influência do Direito Romano nas legislações brasileiras pretéritas e atuais. Ademais foram estabelecidos princípios relativos a este instituto bem como uma tentativa de conceituá-lo. Da mesma forma, foram postas as regras gerais de todos os regimes tais como a disponibilidade do patrimônio comum e particular e sua administração, estabelecendo em quais casos se faz necessária a anuência do consorte e os atos que podem ser livremente praticados; a possibilidade de doações, venda de bens, contratação de sociedade empresária e sucessão entre os cônjuges; as peculiaridades do casamento de brasileiros realizados no exterior bem como o de estrangeiros celebrado no Brasil e a situação dos bens adquiridos durante a separação de fato.

No segundo capítulo foi tratado do pacto antenupcial, suas características e natureza jurídica, eficácia, casos de nulidade e invalidação, sua qualidade assessória, capacidade exigida dos nubentes para sua elaboração e efeitos produzidos perante terceiros.

O terceiro capítulo estabelece as particularidades de cada regime de bens: a comunhão parcial, o regime legal, bens que o integram e os excluídos bem como a administração do patrimônio particular neste regime; a comunhão universal, sua natureza jurídica e bens dela excluídos; a separação total de bens, dividida na separação convencional e legal, esta última com relação à aplicação da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal e por fim, a inovação do Código Civil de 2002, a participação final nos aquestos, um regime híbrido.

O quarto capítulo foi especialmente destinado ao princípio da mutabilidade motivada do regime de bens, outra inovação trazida com o advento do Código Civil de 2002, nele também foram expostos os requisitos necessários à sua configuração.

O último capítulo foi reservado à união estável tão comumente utilizada no nosso país. Primeiramente, antes de expor especificamente sobre as regras dos regimes de bens, foram especificadas suas diferenças com o concubinato e cada requisito exigido à sua caracterização. Feito isso, passou-se a apontar todas as regras dos regimes de bens expostas nos capítulos anteriores com enfoque na união estável para ao final estabelecer os preceitos da conversão da união estável em casamento.

## CAPÍTULO I – DAS NOÇÕES GERAIS DOS REGIMES MATRIMONIAIS DE BENS

### 1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

No Direito Romano, quando o casamento não seguia a *conuentio in manum*, os patrimônios do marido e da mulher eram distintos, havendo total independência entre os cônjuges. “No entanto tal regime de separação absoluta de bens foi, desde cedo, amenizado pela instituição do dote” (ALVES, 1997, p. 304).

Ao contrário, também vigorava o princípio da absorção segundo o qual o patrimônio que a mulher levava ao casar-se era incorporado ao patrimônio do *pater familias* já que tanto ela quanto seus bens estavam a ele subordinados. Nesta figura matrimonial, o *matrimonia cum manu*, a mulher ingressava com seu patrimônio na família do marido sendo equiparada à filha. (NADER, 2006, p. 433).

Fora os bens particulares da mulher levados ao casamento, seu pai ou familiares, ofereciam ao marido uma massa patrimonial destinada a cobrir os gastos ordinários da vida conjunta. Estes bens eram denominados dote. Inicialmente o dote entregue tinha caráter definitivo no entanto, com a evolução da sociedade romana e também da legislação, o marido estava obrigado a restituí-lo total ou parcialmente quando da dissolução do casamento. Já no casamento *sine manu*, os bens trazidos pela mulher continuavam sob sua administração e domínio, exercidos por intermédio do marido ou de terceiros (NADER, 2006, p. 434).

No Brasil, primeiramente o casamento era realizado pela comunhão universal, sendo mencionado pelas Ordenações Afonsina, Manuelina e Filipina. Desde tal esta época já permitia-se aos nubentes a livre estipulação do regime de bens, sendo o da comunhão total usado subsidiariamente no silêncio deles (NADER, 2006, p. 435).

O Código Civil de 1916 estabelecia quatro regimes de bens, sejam eles, a comunhão universal, a comunhão parcial, a separação e o dotal. Sem embargo este último, em virtude do contexto social da época, apresentava em seus artigos atinentes ao tema, notórias discriminações em relação à mulher.

Ao passo que o atual Código, já sob a égide da Constituição Federal de 1988, que equiparou homens e mulheres em direitos e deveres, suprimiu o regime dotal, manteve os outros três (comunhão universal, comunhão parcial, separação) e inovou com a participação final nos aquestos.

A comunhão universal de bens foi o regime legal adotado pelo Código de 1916 permanecendo até a Lei do Divórcio de 1977 quando o regime legal passou a ser o da comunhão parcial posteriormente mantido pelo Código Civil de 2002.

## 1.2 CONCEITO

O casamento assim como a união estável caracteriza-se pela comunhão de vida na qual duas pessoas decidem compartilhar suas experiências, baseados numa relação de afeto que os une com o intuito de formar seu próprio núcleo familiar.

Muito embora nessa união devam sobressair os vínculos pessoais, não deixa de ter um cunho patrimonial atinente ao regime de bens adotado pelos nubentes. Neste sentido temos que o regime de bens é uma das consequências patrimoniais do casamento, posto que este não sobreviveria sem normas que regulamentassem o patrimônio casal, bem como sua administração, disponibilidade, uso, inclusive eventual partilha no caso de rompimento da sociedade conjugal. Motivo este pelo qual a lei não consente que subsista casamento sem regime de bens, sendo adotado o da comunhão parcial caso nada disponham os contraentes. Assim nos ensina Arnaldo Rizzardo:

Os bens materiais são destinados a satisfazer as necessidades do casal e dos filhos. Mas é indispensável um ordenamento que estruture as relações pecuniárias. Os cônjuges optam por um dos vários sistemas, que são denominados regime de bens e que representam um verdadeiro estatuto do patrimônio das pessoas casadas (2004, p. 617).

Para Venosa, “regime de bens constitui a modalidade de sistema jurídico que rege as relações patrimoniais derivadas do casamento” (2006, p. 338).

Da mesma forma para Carlos Roberto Gonçalves, “é o conjunto de regras que disciplinam as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento” (2005, p.382).

No mesmo sentido entende Caio Mário da Silva Pereira que “os regimes de bens constituem, pois, os princípios jurídicos que disciplinam as relações econômicas entre os cônjuges, na constância do matrimônio” (2004, p. 187).

Do exposto, notamos na doutrina um conceito pacificado e objetivo acerca do regime de bens e por conseguinte concluímos ser o estatuto que regula os interesses patrimoniais dos cônjuges, tanto entre eles como em relação a terceiros, que vigera na constância do casamento.

## **1.3 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS**

### **1.3.1 Princípio da vigência imediata**

Este princípio decorre do § 1º do artigo 1.639 do Código Civil que dispõe: “o regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento”. A lei estabelece o início da sua vigência quando da celebração do casamento logo, nenhuma cláusula poderá instituir forma diversa a esse respeito.

### **1.3.2 Princípio da autonomia da vontade ou Princípio da livre estipulação**

O *caput* do art. 1.639 do Código Civil estabelece que “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”. Assim, depende-se do referido artigo que os nubentes são livres para escolher o regime de bens que melhor lhes pareça adequado uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro lhes concede esta liberdade de estipulação. Contudo, tal princípio esbarra em algumas restrições legais, nos casos em que a lei impõe aos contraentes o regime da separação de bens enumerados pelo art. 1.641 do Código Civil segundo o qual:

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 sessenta anos;

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

A norma assim o faz com o intuito de proteger determinadas pessoas como nos casos dos incisos II e III ou aplica uma sanção àqueles que se casaram desrespeitando as causas suspensivas da celebração do casamento, no inciso I.

### **1.3.3 Princípio da variedade de regimes**

A lei coloca à disposição dos noivos quatro regimes de bens a serem adotados, sejam eles, a comunhão universal, a comunhão parcial, a separação total e a participação final nos aquestos. De tal modo, os contraentes podem valer-se dos regimes apresentados pela lei sem fazer qualquer tipo de modificação em suas cláusulas. Ocorre que além desses regimes enumerados, a lei possibilita a formulação de regime misto conforme a vontade dos nubentes bem como a elaboração de regime próprio por intermédio do pacto antenupcial. Assim dispõe o parágrafo único do art. 1.640 do Código Civil:

Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.

Dessa forma inferimos que o pacto antenupcial se faz necessário nos casos em que os contraentes não optarem pela comunhão parcial de bens ou quando a lei não impuser o regime da separação obrigatória, ou seja, sempre que o regime escolhido for convencional e não legal.

Para Paulo Nader, a liberdade na elaboração do pacto antenupcial tem como objetivo “favorecer os interesses concretos dos nubentes e a facilitar a celebração do casamento, que poderia ter, na inflexibilidade de legislador, um grande entrave, em se tratando de pessoas de grandes recursos financeiros” (2006, p. 436).

Os futuros cônjuges, conforme anteriormente mencionado, são livres para estipularem as regras que regerão seu patrimônio durante o casamento porém de nenhuma maneira podem ferir as normas de ordem pública e tampouco seus princípios, consoante com o disposto no art. 1.655 do Código segundo o qual “é nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei”.

#### **1.3.4 Princípio da mutabilidade motivada**

Anteriormente, pelo Código de 1916, um dos princípios que regia a relação patrimonial dos cônjuges era a imutabilidade de regimes.

O Código Civil de 2002 inovou ao prever o contrário, a mutabilidade motivada de regimes conquanto haja consenso entre os cônjuges e não prejudique terceiros, no parágrafo segundo do art. 1.639 estabelecendo 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”.

Devido à importância do tema, lhe foi reservado um capítulo especial adiante no qual precisaremos os detalhes.

### **1.4 DISPONIBILIDADE DO PATRIMÔNIO E SUA ADMINISTRAÇÃO**

O Código Civil separa os atos praticados pelos cônjuges em duas classes: aqueles que cada qual pode realizar livremente e os que um cônjuge não pode praticar sem o consentimento do outro.

### 1.4.1 Atos praticados livremente

Enumera o art. 1.642 quais são os atos que os cônjuges podem praticar sem que seja necessária a autorização do outro, independentemente do regime de bens adotado:

Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente:

I - praticar todos os atos de disposição e de administração necessários ao desempenho de sua profissão, com as limitações estabelecida no inciso I do art. 1.647;

II - administrar os bens próprios;

III - desobrigar ou reivindicar os imóveis que tenham sido gravados ou alienados sem o seu consentimento ou sem suprimento judicial;

IV - demandar a rescisão dos contratos de fiança e doação, ou a invalidação do aval, realizados pelo outro cônjuge com infração do disposto nos incisos III e IV do art. 1.647;

V - reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos;

VI - praticar todos os atos que não lhes forem vedados expressamente.

Dessa forma, consoante com o inciso I, tanto o homem quanto a mulher, têm liberdade para administrar e dispor dos bens móveis necessários ao exercício de suas profissões, no entanto ficam ressalvados os bens imóveis desde que não seja adotado o regime da separação absoluta.

No pensamento de Paulo Nader “o casamento não deve ser uma camisa-de-força a impedir o trabalho, as atividades fora do lar, iniciativas no âmbito profissional, pelo homem ou pela mulher.” E ainda completa, “há interesse social na ausência de barreiras ao exercício da profissão.” (2006, p. 446).

No tocante aos bens particulares, cada cônjuge pode administrá-los sem a influência do outro, contudo insta salientar que atos de administração não compreendem a alienação caso em que a anuência é necessária salvo na separação de bens, conforme anteriormente mencionado.

Caso um dos cônjuges tenha alienado ou gravado de ônus real os imóveis do casal, obrigando tais bens sem que o outro tenha consentido ou sem o suprimento judicial, pode este último reivindicá-los em juízo. Ônus real, para Venosa, é o “gravame que recai sobre uma coisa, restringindo o direito do titular de direito real” (2003, p. 31). Assim, acertadamente a legislação impõe que o cônjuge não pode livremente dispor do patrimônio, seja por meio de alienação ou gravando-o de ônus real já que este último, conforme a lição acima citada, reduz os direitos reais do proprietário.

No tocante ao aval ou fiança, bem como à doação sem caráter remuneratório, quando estes forem prestados sem a devida concordância do cônjuge, ou sem o suprimento judicial, o cônjuge prejudicado poderá requerer que o ato jurídico celebrado seja desfeito.

Para Fábio Ulhoa Coelho, aval “é o ato cambiário pelo qual uma pessoa (avalista), se compromete a pagar título de crédito, nas mesmas condições que um devedor desse título (avalizado)” (2002, p. 410). Quanto à fiança, o próprio Código Civil traz sua definição no art. 818, segundo o qual “pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra”. Assim nos ensina Carlos Roberto Gonçalves que “alguém estranho à relação obrigacional originária, denominado fiador, obriga-se perante o credor, garantindo com seu patrimônio a satisfação do crédito deste, caso não o solva o devedor” (2006, p. 526).

Logo, justa se faz a necessidade de anuência do consorte se um dos cônjuges pretende avalizar algum título de crédito ou ser fiador em alguma obrigação posto que sujeita seu patrimônio ou parte dele na satisfação de tal título ou obrigação. Neste sentido já decidiu a 35ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acerca da fiança na apelação nº 1100978-0/8, julgada em 25 de junho de 2007:

**FIANÇA - GARANTIA PRESTADA SEM OUTORGA UXÓRIA - ATO ABSOLUTAMENTE NULO - O fato da esposa do fiador não ter assentido na fiança prestada pelo marido em contrato de locação, se arguido por parte legítima, nulifica totalmente a fiança e exonera a fiadora da garantia prestada, pois a ausência de vênua conjugal exclui totalmente a fiança emprestada. Recurso desprovido.**

Assim sendo, dispõe a súmula 332 do STJ que tem a seguinte redação: “A anulação de fiança prestada sem outorga uxória implica a ineficácia total da garantia”. Portanto depreende-se que a falta do consentimento do cônjuge na fiança é causa que enseja sua nulidade total, no entanto, essa nulidade se opera em favor do cônjuge que não consentiu ficando sua meação excluída das obrigações neste sentido ao passo que para o cônjuge que prestou a fiança sem a anuência do seu consorte ela será válida e seu patrimônio particular bem como sua meação no patrimônio comum respondem por ela.

No entanto, o mesmo não ocorre com o aval posto que a falta de anuência do cônjuge, não o nulifica mas o torna anulável pelo cônjuge que não consentiu, conforme observamos no acórdão prolatado pela 14ª Câmara Direito – Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo na apelação nº 7080385-9, julgada em 22 de novembro de 2006:

AVALISTA - Outorga uxória - Com o novo Código Civil o aval válido de pessoa casada necessita da autorização prévia do outro cônjuge - Mas o aval não se equipara à fiança; não é nulo o aval de pessoa casada sem consentimento do outro cônjuge - Pode ser invalidado pelo outro cônjuge que não deu consentimento para o aval (exceto se o casamento deu-se pelo regime da separação absoluta de bens - art. 1.647, III, do novo Código Civil) - O avalista não pode pleitear a ineficácia do aval por falta de outorga uxória - Rejeitada a arguição de carência de execução em relação ao avalista.

Entretanto, o art. 1.646, garante ao terceiro prejudicado, direito de regresso contra o cônjuge que realizou o negócio jurídico ou seus herdeiros, nos casos dos incisos III e IV do art. 1.642.

O cônjuge pode ainda solicitar de volta bens comuns, independente se móveis ou imóveis, que tenham sido doados ou transferidos ao concubino pelo outro cônjuge uma vez comprovado que não foram adquiridos pelo esforço comum destes últimos. Entende-se por concubinato a relação não eventual entre homem e mulher impedidos de casar pelo art. 1.521 do Código Civil, seja pelo concubinato incestuoso nos casos dos incisos I a V, seja pelo concubinato adúltero elencado no inciso VI. Ocorre que o inciso V do art. 1.642, descreve o fato de os cônjuges serem separados de fato a mais de cinco anos. É pacífico na doutrina e jurisprudência que a separação de fato não obsta a constituição de união estável, assim sendo, o separado de fato que mantiver nova relação conjugal, estaria diante de uma união estável e não de um concubinato adúltero. Ao preceituar tempo da separação de fato em cinco anos, o inciso V acaba contrariando a norma regulamentadora da união estável que não estabelece tempo mínimo para sua constituição.

Do exposto, inferimos duas soluções aptas a sanar a dúvida gerada pela norma: ou exclui-se a possibilidade de a regra jurídica tratar de concubinato adúltero, referindo-se apenas ao concubinato incestuoso já que este, igualmente constitui causa de impedimento para a caracterização da união estável ou, como nos ensina Carlos Roberto Gonçalves, a demarcação deste prazo caracteriza um retrocesso à atual jurisprudência dos tribunais segundo as quais a separação de fato é caso de rompimento fático do vínculo e portanto os bens adquiridos neste período não se comunicam ao outro cônjuge (2005, p. 393).

Nas sábias palavras de Maria Berenice Dias encontramos a solução à divergência normativa:

A referência é ao “concubino” ou ao “cúmplice” de relação adúltera, figuras que só existem durante a vigência do casamento. Pode-se concluir, assim, que somente as doações e transferências feitas antes da separação de

fato é que estariam sujeitas à anulação. No entanto, a referência a bens comuns (CC 1.642 V) permite pensar que estão sujeitas a desconstituição as liberalidades levadas a efeito depois da cessação da vida em comum mas antes da partilha de bens. Diga-se o mesmo quanto à referência ao “esforço do concubino” para a aquisição do bem, a evidenciar que se trata de bem adquirido depois da cessação da convivência conjugal, quando não mais cabe falar em “bem comum” (2007, p. 212).

O inciso VI, ressaltando a qualidade de rol exemplificativo do art. 1.642, deixa em aberto a possibilidade de outros casos não previstos em lei usando-se do conceito negativo pelo qual tudo aquilo que não for expressamente vedado aos cônjuges, lhes será permitido.

Também o art. 1.643 do Código Civil admite que um dos cônjuges adquira produtos necessários à economia doméstica, ainda que a crédito, bem como obtenha empréstimo destinado a adquirí-los, sem que seja necessária a anuência do cônjuge. E ainda acrescenta o art. 1.644 que “as dívidas contraídas para os fins do artigo antecedente obrigam solidariamente ambos os cônjuges”. É neste sentido a decisão 35ª Câmara da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação nº 1067620- 0/0, julgada em 14 de maio de 2007:

É cedido na jurisprudência que os bens de cada um dos cônjuges (ou companheiros) não respondem pelas dívidas contraídas pelo outro, a não ser no caso de que tais dívidas tenham revertido em benefício da família do devedor. A comprovação de que as dívidas assumidas por um dos cônjuges (ou companheiros) não beneficiou a sua família cabe ao outro cônjuge (ou companheiro), no caso dos embargos de terceiro, já que se presume que os atos praticados pelo marido vieram em benefício da família, levando-se em conta, inclusive, pela experiência comum, que normalmente os negócios feitos por um dos cônjuges vêm em favor comum, de toda a entidade familiar.

Temos também o acórdão prolatado pela Vigésima Quarta Câmara do Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no Agravo de Instrumento nº 7196687-7, julgado em 24 de janeiro de 2008:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - PENHORA DE IMÓVEL - DÍVIDA CONTRAÍDA EM BENEFÍCIO DA FAMÍLIA - PRESUNÇÃO - POSSIBILIDADE PENHORA SOBRE A TOTALIDADE DO BEM DO CASAL - As dívidas contraídas por um dos cônjuges presumem-se revertidas em benefício da família, e, ainda mais, levando-se em conta que não há provas de que o produto da referida obrigação não se reverteu em favor da entidade familiar, não deve ser acolhida a pretensão deduzida pelo agravante visando a preservação referente à metade ideal do bem imóvel em questão. Recurso parcialmente provido.

### 1.4.2 Atos que dependem da anuência do cônjuge

A anuência do cônjuge é também denominada outorga uxória ou autorização marital, esta relativa à concordância do marido e àquela em relação à esposa. Com o intuito de proteger o patrimônio familiar, a lei confere maior proteção aos casos de maior valor econômico, exigindo portanto, a anuência do cônjuge para a prática de determinados atos elencados no art. 1.647, salvo se os cônjuges forem casados pela separação absoluta de bens:

Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;

III - prestar fiança ou aval;

IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada.

Assim sendo, é vedado ao cônjuge alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis ainda que sejam bens particulares, nos regimes da comunhão universal e parcial, posto que na participação final nos aquestos, pelo art. 1.656, podem os nubentes dispensar outorga do cônjuge no tocante aos bens particulares. Acerca da nulidade do ato sem a anuência do cônjuge, já decidiu a 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos Embargos Infringentes nº 144.679.4/7-02, julgado em 22 de novembro de 2005:

Embargos Infringentes. Ato de disposição de bem imóvel. Necessidade do consentimento da mulher, qualquer que seja o regime de bens. Ausência que implica na nulidade do ato. Preservação dos interesses do núcleo familiar, ante a doação de um outro imóvel aos filhos do casal. Fato que não retira a necessidade da anuência na venda. Ausência, ademais, de detalhes da doação a permitir a conclusão de que a mesma garante, em termos patrimoniais, o futuro da família. Embargos rejeitados.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, “a vênua conjugal também se faz necessária no compromisso de compra e venda irrevogável e irretroatável, pois é hábil para transferir o domínio por meio da adjudicação compulsória (CC, art, 1.418)” (2005, p. 397).

No entanto, conforme anteriormente mencionado, no exercício da profissão a anuência do cônjuge é dispensada no intuito de não colocar obstáculos ao seu exercício e por esse motivo temos no art. 978 do Código Civil que “o empresário casado pode, sem necessidade de outorga conjugal, qualquer que seja o regime de bens, alienar os imóveis que integrem o patrimônio da empresa ou gravá-los de ônus real”.

Como consequência do inciso I temos o inciso II dispondo que tampouco pode o cônjuge pleitear tais bens ou direitos, como autor ou réu, pois igualmente implicaria perda da propriedade do imóvel correspondendo a uma forma de alienação (GONÇALVES, 2005, p. 398).

Do mesmo modo não se permite ao cônjuge prestar fiança ou aval sem a anuência do seu consorte devido às consequências patrimoniais que essa decisão pode causar, cabendo a este último intentar sua anulação ou ainda lhe resta a opção de opor embargos de terceiros na tentativa de liberar sua parte do bem já que os cônjuges apenas respondem de maneira solidária em relação às dívidas revertidas em proveito do lar.

E por fim, é proibido que o consorte faça doação de bens comuns ou dos que possam integrar futura meação, não sendo remuneratória. As doações remuneratórias estão excluídas porquanto são consideradas uma contraprestação, pagamento. Igualmente ficam excluídas da regra, as doações realizadas em benefício dos filhos. Para Carlos Roberto Gonçalves, a regra contida neste inciso abrange apenas os bens móveis já que aos imóveis foi reservado o inciso I (2005, p. 401).

Contudo, se o cônjuge se nega injustificadamente a dar seu consentimento para que o outro pratique algum ato do qual sua concordância é indispensável, ou se estiver impossibilitado de fazê-lo, pode o cônjuge prejudicado recorrer às vias judiciais para dirimir a questão, caso em que o juiz decidirá e se for o caso lhe dará o suprimento judicial do consentimento do cônjuge, conforme o disposto no art. 1.648 que estabelece: “cabe ao juiz, nos casos do artigo antecedente, suprir a outorga, quando um dos cônjuges a denegue sem motivo justo, ou lhe seja impossível concedê-la”.

Acerca do tema, decidiu a Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação nº 247.24 9-4/2-00, julgada em 15 de abril de 2003:

CAUTELAR - Suprimento de consentimento marital - Esquiva inconsistente, centrada apenas em aspectos formais do procedimento judicial - Ação Julgada procedente, considerado suprido o consentimento, com imposição dos ônus de sucumbência.

A posterior aprovação do cônjuge que antes se negava a concedê-la valida o ato, porém para tanto deve ser feita através de instrumento público ou particular desde que autenticado, nos termos do parágrafo único do art. 1.649.

Pelo art. 1.650 inferimos que apenas o cônjuge a quem cabia consentir com o ato é parte legítima para a demanda de decretação de invalidade dos atos praticados sem seu consentimento ou suprimento judicial e, caso faleça, essa legitimidade é transmitida aos seus herdeiros. No mesmo sentido o art. 1.649, estabelece prazo de até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal para a propositura da ação. Referido artigo também declara ser o ato jurídico anulável, isto posto o Código não o eiva de nulidade, deixando a critério do cônjuge prejudicado pleitear sua anulação.

### **1.4.3 Administração do patrimônio comum e particular**

No tocante ao patrimônio comum, em virtude da igualdade entre homens e mulheres trazida pela Constituição Federal de 1988, a lei estabelece que os cônjuges conjuntamente o administrarão e também em quais casos estão livres para praticar certos atos, ressalvando outros em que a anuência do consorte é indispensável, conferindo assim, maior proteção ao patrimônio do casal.

Ao mesmo passo, a lei aponta possíveis soluções para as hipóteses nas quais um dos cônjuges está privado de exercer a administração dos bens do casal bem como dos seus próprios, incumbindo ao outro esta tarefa, nos termos do art. 1.570:

Se qualquer dos cônjuges estiver em lugar remoto ou não sabido, encarcerado por mais de cento e oitenta dias, interditado judicialmente ou privado, episodicamente, de consciência, em virtude de enfermidade ou de acidente, o outro exercerá com exclusividade a direção da família, cabendo-lhe a administração dos bens.

Prescreve o art. 1.651 que caberá ao cônjuge não impossibilitado gerir os bens comuns e exclusivos do seu consorte quando este não puder fazê-lo. Referido artigo também possibilita ao cônjuge alienar livremente os bens móveis comuns, porém no tocante aos bens móveis exclusivos do consorte bem como os imóveis comuns e exclusivos, apenas poderá fazê-lo mediante autorização judicial.

Ante a situação acima descrita, o cônjuge que estiver na posse dos bens particulares do seu consorte, pelo art. 1.652, será responsável para com este e seus herdeiros pelo valor do bem e seus rendimentos, como:

- I - como usufrutuário, se o rendimento for comum;
- II - como procurador, se tiver mandato expresso ou tácito para os administrar;
- III - como depositário, se não for usufrutuário, nem administrador.

Dessa forma, o cônjuge administrador responderá como usufrutuário em sendo comuns os bens, neste sentido, o usufruto é conceituado como “direito de fruir as utilidades e frutos de uma coisa sem alterar-lhe a substância” (PEREIRA, 2004, p. 203).

O cônjuge não responderá pelos frutos percebidos pois lhe pertencem por direito, no entanto, responderá pela substância do bem e cessada a posse, deve devolvê-lo ao proprietário ou a seus herdeiros, no estado em que o recebeu ressalvada a deterioração decorrente do uso normal (GONÇALVES, 2005, p. 396).

Pelo inciso II, o cônjuge responderá como procurador desde que tenha mandato expresso ou tácito para tanto. Ele exercerá a administração dos bens nos termos do mandato, respondendo pela conservação do bem e seus frutos e, ao final, deverá prestar contas ao titular ou seus herdeiros.

De acordo com o último inciso, caso não se enquadre nos outros dois incisos acima, responderá como depositário, “com encargo de guardar os bens até que sejam reclamados, sujeitando-se às penas de depositário infiel se não os devolver prontamente e na íntegra” (GONÇALVES, 2005, p. 396).

## **1.5 DOAÇÕES ANTENUPCIAIS E DOAÇÕES ENTRE OS CÔNJUGES**

Na vigência do Código anterior, ao marido era vedado constituir dote em favor da futura esposa, no entanto lhe era permitido fazer doações antenupciais, salvo nos casos de imposição legal do regime da separação de bens. À mulher, igualmente eram permitidas as doações em favor do marido, conforme estipulava o art. 312 (VENOSA, 2008, p. 341).

O atual Código não trouxe expressa regulamentação acerca das doações antenupciais seguindo estas, a regra geral das doações que pressupõe como requisitos de validade do ato que a parte seja capaz e que a doação não envolva mais da metade dos bens do doador, assim denominada doação inoficiosa, respeitando-se desse modo, a legítima dos herdeiros. Essas doações realizadas antes de celebrado o casamento entre os nubentes ou por terceiros a um ou ambos, podem ser feitas no pacto antenupcial.

Insta salientar que fica vedada a doação realizada pelo cônjuge adúlterino ao seu concubino, de acordo com o inciso V do art. 1.642 do Código Civil, bem como a doação ao cônjuge se estes forem casados pelo regime da separação obrigatória de bens, pois desta forma estaria burlando a imposição legal do regime. Assim decidiu a Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Cível nº 229.566-4/7-00, julgada em 09 de março de 2003:

ANULAÇÃO DE TESTAMENTO. Alegação de que a transmissão de bem por meio de testamento ao cônjuge supérstite, casado sob regime de separação de bens, significa burla à lei, devendo ser declarado nulo. Ação improcedente. Recurso improvido. O testador respeitou a legítima, deixando à viúva a parte disponível da herança. Recurso improvido.

No mesmo sentido é a decisão da Primeira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Cível nº 194.311.4/6, julgada em 19 de outubro de 2004:

CASAMENTO - Regime de bens - Separação legal obrigatória - Art. 258, II do CC de 1916 - Varão octogenário - Doação à consorte antes do casamento - Nulidade - Casal que vivia em concubinato e cogitava unir-se em matrimônio - Liberalidades tendentes a contornar a proibição do art. 226 do CC então vigente - Ação procedente - Recurso desprovido.

A este respeito também já decidiu a Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Cível nº 512 240 4/8-00, julgada em 04 de setembro de 2008:

ANULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL E RESPECTIVA ESCRITURA PÚBLICA - Alegação de simulação - Prova dos autos hábil a comprovar a prática de simulação relativa, por interposta pessoa - Negócio jurídico simulado de compra e venda de imóvel com a finalidade de disfarçar verdadeiro negócio de doação a cônjuge, na constância do regime da separação obrigatória de bens, em detrimento dos direitos sucessórios dos filhos do doador, herdeiros necessários - Alienação a cônjuge do conteúdo econômico da propriedade em prejuízo dos filhos - Art. 167 do Código Civil - Nulidade do negócio jurídico simulado de compra e venda - Nulidade do negócio jurídico dissimulado de doação, por se tratar de doação inoficiosa e implicar burla ao regime da separação obrigatória de bens - Fraude à lei - Exegese do art. 166, VI, do Código Civil - Ação procedente, para o fim de declarar a nulidade do negócio jurídico de compra e venda do imóvel e respectiva escritura pública - Recurso provido.

A doação realizada, quer por terceiros em benefício de um ou ambos os cônjuges, quer entre os próprios nubentes muitas vezes constitui um negócio condicionado à efetiva realização do casamento, neste sentido dispõe o art. 546 do presente Código:

A doação feita em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa, quer pelos nubentes entre si, quer por terceiro a um deles, a ambos, ou aos filhos que, de futuro, houverem um do outro, não pode ser impugnada por falta de aceitação, e só ficará sem efeito se o casamento não se realizar.

A lei não impede que durante a constância do casamento, os cônjuges estabeleçam doações em favor do outro desde que compatível com o regime de bens por eles adotado e que respeite interesses de terceiros sob pena de configurar fraude contra credores. Assim sendo, se casados forem sob o regime da comunhão universal de bens, a doação apenas terá efeitos se vier acompanhada com a cláusula de incomunicabilidade, já que a massa patrimonial pertence a ambos os cônjuges. De tal modo, para Maria Berenice Dias, “no regime da comunhão universal, o ato seria inócuo, pois, recebido o bem, passaria a pertencer também ao doador” e conclui, “assim, para ser válida a doação, é necessária cláusula de incomunicabilidade, ou seja, consignação expressa de que o bem doado ficará exclusivamente para o donatário (CC 1.668 IV)” (2007, p. 217). É neste sentido o acórdão prolatado pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no Agravo de Instrumento nº 70021504923, julgado em 11 de dezembro de 2007:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PARTILHA. REGIME DE BENS. INEXISTÊNCIA DE MEAÇÃO SOBRE BEM CLAUSULADO. REGIME DE SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS. HERANÇA. CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE VIVO COM OS DESCENDENTES DO FALECIDO SOBRE OS BENS PARTICULARES DEIXADOS. No casamento realizado pelo regime da separação total de bens, com pacto antenupcial, há a incomunicabilidade total dos bens anteriores e posteriores ao matrimônio. O bem doado com cláusula de incomunicabilidade não integra a meação do cônjuge, seja qual for o regime de bens. Ademais, o gravame que incide sobre o bem o torna bem particular, afastando-o da meação, admitindo-se, contudo, que sobre ele concorra na sucessão o cônjuge sobrevivente com os herdeiros descendentes, na esteira do que dispõe o artigo 1.829 inc. I do Código Civil. Agravo desprovido.

Também temos a decisão prolatada pela Quinta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no Agravo de Instrumento nº nº 340.700.4/0, julgado em 24 de março de 2004 :

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Doação com reserva de usufruto e cláusula de incomunicabilidade e reversão no tocante a duas donatárias - Falecimento da doadora - Jurisdição voluntária - Artigo 1.109, do Código de Processo Civil - Provimento para julgar procedente o pedido - Cláusula de incomunicabilidade que não se confunde com a de inalienabilidade - Possibilidade da transferência imobiliária pretendida - Expedição de mandado judicial, autorizando o registro. "A incomunicabilidade veda a transmissão do bem recebido, exclusivamente, entre os cônjuges, criando, ainda que casados sob o regime da comunhão universal de bens, patrimônio exclusivo da beneficiária dos bens. Tal circunstância, no entanto, não impede a alienação dos bens a terceiros, ou seja, a persistência desta cláusula em nada obsta o negócio jurídico e o registro a ser feito no serviço imobiliário".

## **1.6 VENDA DE BENS ENTRE OS CÔNJUGES**

Consoante com o disposto no art. 499 do Código Civil, “é lícita a compra e venda entre cônjuges, com relação a bens excluídos da comunhão”. Por conseguinte, o texto legal traz a autorização expressa sobre a venda de bens entre os cônjuges, no entanto a lei ressalva que apenas aqueles que não integram a comunhão podem ser objetos desta compra e venda posto que restaria sem sentido vender ao consorte bem que já lhe pertence pela comunhão. Dessa forma nos ensina Arnaldo Rizzardo que:

É estranha, mas não inviável, a compra e venda entre cônjuges. Com muita raridade se trata do assunto. Em vista da conceituação cada vez mais contratualista que vai assumindo o casamento, a tendência é considerar isoladamente o patrimônio de cada cônjuge (2007, p. 686).

Já que a lei restringe os bens que podem ser vendidos ao cônjuge, no regime da comunhão universal não há razão nesse negócio ao passo que cada bem é de propriedade de ambos os cônjuges, dessa forma há a impossibilidade de cônjuges casados pela comunhão universal, vender bem ao seu consorte. Na comunhão parcial, como estabelecido no artigo supracitado, a venda limita-se aos bens particulares de cada qual, seguindo as regras da compra e venda ordinária. Da mesma forma, na participação final nos aquestos os bens individuais podem ser livremente vendidos ao outro.

O mesmo ocorre na separação de bens uma vez que todos os bens são particulares desde que não se estabeleça um condomínio entre os consortes no caso de aquisição conjunta. Por ser onerosa a transmissão da propriedade, não há vedações na venda de bem de um consorte ao outro nos casos em que a lei impôs o regime da separação obrigatória.

Insta salientar que as regras relativas à venda de bens entre os cônjuges de igual forma são aplicadas aos companheiros posto que a união estável pode adotar o regime da comunhão parcial de bens ou mesmo regime diverso no contrato de convivência.

## **1.7 SOCIEDADE EMPRESÁRIA ENTRE OS CÔNJUGES**

Estabelece o art. 977 do Código Civil: “faculta-se aos cônjuges contratar sociedade entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória”. Referido artigo veda a sociedade empresária entre os cônjuges casados pela comunhão universal e separação obrigatória, permitindo portanto

àqueles casados sob a comunhão parcial, separação convencional e participação final nos aquestos. As vedações se justificam no primeiro caso em razão de que a massa patrimonial formada é única e no segundo caso pois permitiria a burla à lei.

Maria Berenice Dias discorda do dispositivo legal e acrescenta que por se tratar de norma referente ao casamento, atinge as bodas celebradas antes da entrada em vigor da lei e conclui “como se trata de restrição à qualidade de sócios, e não à opção do regime de bens, os cônjuges dispuseram de prazo até 11.01.2007 para promover as necessárias adaptações (CC 2.031)” (2007, p. 556).

Assim dispôs o art. 2.031 do Código Civil: “as associações, sociedades e fundações, constituídas na forma das leis anteriores, bem como os empresários, deverão se adaptar às disposições deste Código até 11 de janeiro de 2007”.

No entanto, não é pacífico na doutrina o posicionamento a aludida autora. Para alguns doutrinadores, a nova imposição legal recai sobre os sócios que desejarem se casar, estes últimos forçadamente deverão optar pela comunhão parcial ou participação final nos aquestos se desejarem manter a sociedade. Acerca do assunto decidiu a Primeira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação nº nº 358.867-5/0-00, julgada em 18 de abril de 2006:

MANDADO DE SEGURANÇA - SOCIEDADE REGULARMENTE REGISTRADA NA JUNTA COMERCIAL ENTRE MARIDO E MULHER SUPERVENIÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 - ARTIGO 977 A PROIBIR SOCIEDADE ENTRE CASADOS NO REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL OU NO DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA - DIREITO ADQUIRIDO DOS SÓCIOS -SEGURANÇA CONCEDIDA - APELO DA FAZENDA DESPROVIDO CÓDIGO CIVIL - ART. 977 DESNECESSIDADE DE ADOÇÃO DE REGIME DIVERSO DE CASAMENTO - §20 DO ARTIGO 1639 DO CC OU DE DESFAZIMENTO DA SOCIEDADE OU DO MATRIMÔNIO, PARA CUMPRIR O PRECEITO DO ARTIGO 977 – DIREITO ADQUIRIDO DOS CÔNJUGES QUE FORMARAM SOCIEDADE ANTES DA VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO CIVIL - APELO DA FAZENDA DESPROVIDO – A vedação do artigo 977 do CC não se aplica às sociedades registradas anteriormente à vigência da nova lei, mas incide apenas para as sociedades a serem constituídas após 11.1.2003. O artigo 2031 do CC não incide sobre sociedades entre cônjuges cujos atos constitutivos sejam anteriores ao advento da nova normatividade, pois a eles socorre o direito adquirido de índole fundante e de ênfase explicitada na Constituição de 1988, a partir da alteração topográfica do capítulo dos direitos e garantias individuais.

Nada impede que os cônjuges casados pela comunhão universal de bens que desejam constituir sociedade empresária, pleiteiem a mudança do regime de bens uma vez presentes os requisitos. Cumpre observar que o mesmo não pode ocorrer com os casados pela separação obrigatória.

## **1.8 INFLUÊNCIA DO REGIME DE BENS NO DIREITO SUCESSÓRIO**

Não podemos confundir herança com meação pois segundo Venosa, “a meação do cônjuge, não é herança. Quando da morte de um dos consortes, desfaz-se a sociedade conjugal” (2003, p. 104).

Se um dos consortes falece sem que tenha deixado ascendentes ou descendentes, a totalidade da herança passa ao cônjuge sobrevivente independente do regime de bens pelo qual eram casados, segundo o art. 1.838. O Código Civil de 2002 permitiu ao cônjuge sobrevivente concorrer na herança com os descendentes do falecido dependendo do regime de bens e independente dele, se concorrer com os ascendentes.

Na concorrência com os descendentes competirá o cônjuge sobrevivente, desde que casado fossem sob o regime da comunhão parcial com bens particulares, separação absoluta de bens ou participação final nos aquestos. Deste modo fica excluído da herança o cônjuge que era casado sob o regime da comunhão universal, separação obrigatória de bens e comunhão parcial sem bens particulares, é o que define o art. 1.829, I. Neste sentido temos a decisão da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no Agravo de Instrumento nº 70021504923, julgado em 11 de dezembro de 2007:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PARTILHA. REGIME DE BENS. INEXISTÊNCIA DE MEAÇÃO SOBRE BEM CLAUSULADO. REGIME DE SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS. HERANÇA. CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE VIVO COM OS DESCENDENTES DO FALECIDO SOBRE OS BENS PARTICULARES DEIXADOS. No casamento realizado pelo regime da separação total de bens, com pacto antenupcial, há a incomunicabilidade total dos bens anteriores e posteriores ao matrimônio. O bem doado com cláusula de incomunicabilidade não integra a meação do cônjuge, seja qual for o regime de bens. Ademais, o gravame que incide sobre o bem o torna bem particular, afastando-o da meação, admitindo-se, contudo, que sobre ele concorra na sucessão o cônjuge sobrevivente com os herdeiros descendentes, na esteira do que dispõe o artigo 1.829 inc. I do Código Civil. Agravo desprovido.

No entanto, de acordo com o disposto no art. 1.830, o cônjuge sobrevivente apenas terá direito à herança do seu consorte falecido se no momento da morte deste último, não

estivessem separados judicialmente e tampouco separados de fato há mais de dois anos, ressalvada a prova neste caso de que a convivência tinha se tornado impossível sem culpa do sobrevivente. Para Carlos Roberto Gonçalves, “não se faz mais necessária, portanto, a separação judicial, para o afastamento do cônjuge sobrevivente, da relação sucessória”. E ainda completa, “podem os demais herdeiros, demandar tal afastamento se comprovarem que os cônjuges estavam separados de fato há mais de dois anos” (2008, p. 162).

Contudo, o Código Civil traz tratamento diferenciado ao companheiro sobrevivente, ao passo que estabelece que este último apenas será sucessor no tocante aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável consoante com o disposto no art. 1.790 “a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes”. Acerca da diferença entre o cônjuge e o companheiro supérstite na sucessão decidiu a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no Agravo de Instrumento nº 70024063547, julgado em 27 do agosto de 2008:

SUCESSÕES. INVENTÁRIO. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. DIFERENÇA DE TRATO LEGISLATIVO ENTRE UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A PRECEITOS OU PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. 1. A capacidade sucessória é estabelecida pela lei vigente no momento da abertura da sucessão. Inteligência do art. 1.787 do Código Civil. 2. O art. 226 da Constituição Federal não equiparou a união estável ao casamento civil, apenas admitiu-lhe a dignidade de constituir entidade familiar, para o fim de merecer especial proteção do Estado, mas com a expressa recomendação de que seja facilitada a sua conversão em casamento. 3. Tratando-se de institutos jurídicos distintos, é juridicamente cabível que a união estável tenha disciplina sucessória distinta do casamento e, aliás, é isso o que ocorre, também, com o próprio casamento, considerando-se que as diversas possibilidades de escolha do regime matrimonial de bens também ensejam sequelas jurídicas distintas. 4. O legislador civil tratou de acatar a liberdade de escolha das pessoas, cada qual podendo escolher o rumo da sua própria vida, isto é, podendo ficar solteira ou constituir família, e, pretendendo constituir uma família, a pessoa pode manter uma união estável ou casar, e, casando ou mantendo união estável, a pessoa pode escolher o regime de bens que melhor lhe aprouver. Mas cada escolha evidentemente gera suas próprias sequelas jurídicas, produzindo efeitos, também, no plano sucessório, pois pode se submeter à sucessão legal ou optar por fazer uma deixa testamentária. 5. É possível questionar que a regulamentação do direito sucessório no Código Civil vigente talvez não seja a melhor, ou que a regulamentação posta na Lei nº 9.278/96 talvez fosse a mais adequada, mas são discussões relevantes apenas no plano acadêmico ou doutrinário, pois existe uma lei regulando a matéria, e essa lei não padece de qualquer vício, tendo sido submetida a regular processo legislativo, sendo devidamente aprovada, e, como existe lei regulando a questão, ela deve ser

cumprida, já que se vive num Estado democrático de direito. Recurso provido, por maioria, vencido o Relator.

Por sua vez, no caso de um herdeiro casado desejar renunciar a parte que lhe cabe na herança, de acordo com a construção doutrinária dominante, é necessária a anuência do seu cônjuge posto que a sucessão aberta constitui bem imóvel, indivisível, ressalvados os casados sob o regime da separação de bens. Ao passo que para a doutrina minoritária, não seria necessário o consentimento do consorte já que a herança não chegou a incorporar o patrimônio do renunciante casado.

### **1.9 REGIME DE BENS NO CASAMENTO DE BRASILEIROS REALIZADO NO EXTERIOR**

Estabelece o §4º do art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil que “o regime de bens, legal ou convencional, obedece à lei do país em que tiverem os nubentes domicílios, e, se este for diverso, à do primeiro domicílio conjugal”.

Assim, ainda que sejam brasileiros os cônjuges, se residirem em outro país, celebrando ali seu casamento e estabelecendo o seu domicílio, estão sujeitos à lei local. Da mesma forma, estabelece o referido artigo que se os cônjuges, antes de celebrado o casamento, tiverem domicílios distintos, o regime de bens será regido pelas leis da localidade em que pretendem fixar seu domicílio conjugal. Nas palavras de Arnaldo Rizzardo:

De observar que, em geral, prepondera, perante o direito internacional privado, ser o domicílio, e não a nacionalidade, que determina as regras sobre os direitos. Prevalece o ordenamento jurídico do país onde as pessoas têm o domicílio, por um princípio inerente ao direito de soberania das nações (2007, p. 679).

Neste sentido decidiu a Terceira Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 134.246 – SP, julgado em 20 de abril de 2004:

Ação declaratória. Casamento no exterior. Ausência de pacto antenupcial. Regime de bens. Primeiro domicílio no Brasil.1. Apesar do casamento ter sido realizado no exterior, no caso concreto, o primeiro domicílio do casal foi estabelecido no Brasil, devendo aplicar-se a legislação brasileira quanto ao regime legal de bens, nos termos do art. 7º, § 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, já que os cônjuges, antes do matrimônio, tinham domicílios diversos.2. Recurso especial conhecido e provido, por maioria.

Igualmente, é vedado aos cônjuges, quando regressarem ao Brasil, desconsiderar o regime de bens adotado quando da celebração do casamento, tomando outro em seu lugar.

No entanto, a situação é diversa se o casamento entre brasileiros for realizado perante autoridade diplomática ou consular posto que no consulado vigem as normas pátrias. O casamento de brasileiros realizado no exterior, no consulado, seguirá as normas brasileiras e terá a mesma validade que se fosse celebrado no país de origem, logo, as regras atinentes ao regime de bens serão as brasileiras. Contudo, para que seja válido no Brasil, quando regressarem, o casamento deve ser registrado no Cartório de Registro Civil do domicílio dos nubentes. Assim dispõe o art. 18 da LICC no tocante à competência do Consulado em realizar o casamento dos brasileiros no exterior:

Tratando-se de brasileiros, são competentes as autoridades consulares brasileiras para lhes celebrar o casamento e os mais atos de Registro Civil e de tabelionato, inclusive o registro de nascimento e de óbito dos filhos de brasileiro ou brasileira nascidos no país da sede do Consulado.

Da mesma forma, o casamento de estrangeiros celebrado no Brasil, segue a regra geral do domicílio dos nubentes, sendo-lhes aplicadas as normas brasileiras consoante com o disposto no parágrafo 4º do art. 7º da LICC supracitado.

## **2.0 BENS ADQUIRIDOS DURANTE A SEPARAÇÃO DE FATO**

É pacífico na doutrina e na jurisprudência que com a separação de fato cessam os efeitos do regime de bens adotado pelos nubentes quando da celebração do casamento. Logo, os bens adquiridos por cada consorte após a separação de fato, ainda que antes da separação judicial ou divórcio direto, pertencem exclusivamente ao adquirente e em nenhuma hipótese integrarão a meação. Dessa forma já decidiu a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 2007/0218671-0, julgado em 11 de março de 2008:

CIVIL. SEPARAÇÃO DE FATO. DESTINO DOS BENS. Os bens adquiridos por um dos cônjuges após a separação de fato não integra o acervo a ser partilhado pelo casal. Agravo regimental desprovido.

Neste mesmo sentido é a decisão prolatada pela Oitava Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível nº 70026316455, julgada em 02 de outubro de 2008:

APELAÇÃO CÍVEL. ANULAÇÃO DE PARTILHA. SEPARAÇÃO DE FATO. EXTINÇÃO DO REGIME DE BENS. A separação de fato do casal põe fim ao regime de bens adotado, não se comunicando aqueles adquiridos após a ruptura da vida em comum. Assim, a ex-mulher do falecido não possui qualquer direito sobre o imóvel adquirido após a separação de fato, ainda que a dissolução do vínculo conjugal tenha sido declarada posteriormente. RECURSO IMPROVIDO.

E também a decisão da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nos Embargos de Declaração nº 70027047703, julgado em 13 de novembro de 2008:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SEPARAÇÃO DE FATO. PARTILHA DE BENS. A separação de fato do casal põe fim ao regime de bens, independentemente do regime adotado, não se comunicando, portanto, os bens adquiridos após o rompimento da vida em comum. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS E DESACOLHIDOS (13/11/2008).

## **2.1 RECONCILIAÇÃO DOS SEPARADOS JUDICIALMENTE**

Os separados judicialmente podem reconciliar-se a qualquer momento, é o que estabelece o art. 1.577 do Código Civil Brasileiro: “seja qual for a causa da separação judicial e o modo como esta se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer, a todo tempo, a sociedade conjugal, por ato regular em juízo” e seu parágrafo único dispõe que “a reconciliação em nada prejudicará o direito de terceiros, adquirido antes e durante o estado de separado, seja qual for o regime de bens”.

O casamento se restabelecerá nos mesmos moldes, por conseguinte quando da reconciliação, o regime de bens adotado no casamento volta a vigorar entre os cônjuges. No caso em que estes desejam modificar o regime de bens, devem pleitear em juízo sua alteração respeitado o §2º do art. 1.639 do Código Civil. Acerca do tema a Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo prolatou a seguinte decisão no Agravo de Instrumento nº 633.257-4/8-00, julgado em 23 de junho de 2009:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Divórcio - Partilha de Bens - Agravante e agravada que foram casados entre 1.965 e 1.980 sob o regime de comunhão universal de bens – Separação Judicial homologada em 1.980 – Posterior reconciliação formal do casal em 1.994 (averbada no registro

civil), com nova separação em 2.008. A reconciliação havida em 1.994 ocorre da mesma forma e sob o mesmo regime de bens do casamento (comunhão universal de bens) - Os bens amealhados por ambos os cônjuges no período compreendido entre a primeira separação judicial em 1.980 e o divórcio em 2.008 também integram o patrimônio comum por força do regime de bens adotado, que passou a vigorar novamente com a reconciliação - Decisão Mantida – Recurso Improvido.

## **CAPÍTULO II – DO PACTO ANTENUPCIAL**

### **2.1 CONCEITO**

Para Silvio Rodrigues, o pacto antenupcial “é o contrato solene, realizado antes de celebrado o casamento, por meio do qual as partes dispõem sobre o regime de bens que vigorará entre elas, durante o matrimônio” (2002, p. 173).

Da mesma forma, para Carlos Roberto Gonçalves, “é um contrato solene e condicional, por meio do qual os nubentes dispõem sobre o regime de bens que vigorará entre ambos, após o casamento” (2005, p. 405).

Define-o Arnaldo Rizzardo: “corresponde esta figura à convenção solene, através de escritura pública, na qual, declaram os cônjuges, o regime que adotam, se diverso do legal, e as condições ou adendos que resolvem acrescentar” (2007, p. 627).

Paulo Nader, o conceitua como “negócio jurídico bilateral, de Direito de Família, sujeito à condição suspensiva, pois os efeitos se produzem apenas com a realização do casamento (*si nuptiae sequantur*), que é sempre um acontecimento futuro e incerto, pois passível de desistência” (2006, p. 459).

Por conseguinte temos que o pacto antenupcial é um contrato solene e condicional no qual os nubentes elegem o regime de bens que entre eles vigerá na constância do seu casamento, se desejarem adotar regime diverso do legal. É contrato solene já que a própria lei veda no art. 1.653 do Código Civil, qualquer outra forma de ajustar as cláusulas constantes do pacto senão via escritura pública e, condicional posto que o pacto apenas terá validade se celebrado o casamento.

Ainda que devidamente regulamentado pela lei brasileira nota-se que apenas uma pequena parcela dos brasileiros o adotam estipulando livremente as regras patrimoniais do seu casamento. Nas palavras de Paulo Nader, tal fenômeno ocorre pois “em nenhuma hipótese, a celebração do pacto constitui um dever, apenas mera faculdade dos nubentes” (2006, p. 458).

### **2.2 NATUREZA JURÍDICA**

É pacífico na doutrina que o pacto antenupcial tem natureza jurídica contratual e em virtude disso é dado aos nubentes certa liberdade na manifestação da vontade decorrente do princípio da autonomia da vontade ou da livre estipulação, conforme dito anteriormente, consoante com o disposto no art. 1.639 do Código Civil. Conquanto para Arnaldo Rizzardo, o

pacto antenupcial extrapola o conceito obrigacional de contrato pois “revela um conteúdo institucional, ou se eleva à categoria de instituição, pois submetida à regulamentação de rígidos princípios, que as partes não podem alterar” (2007, p. 627).

Ocorre que, a liberdade de estipulação de cláusulas que melhor aprouver aos nubentes encontra obstáculo nas normas de caráter público já que nulo será o pacto que contrariá-las, por este motivo Rizzardo o equipara não a um contrato submetido à autonomia da vontade das partes mas o caracteriza como instituição. Infere-se do art. 1.655 do Código Civil que “é nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta em lei”. Logo, os nubentes são livres para elaborarem suas cláusulas desde que estas não contrariem as normas jurídicas estabelecidas.

### **2.3 CARACTERÍSTICAS**

O pacto antenupcial faz-se necessário sempre que o regime de bens a ser adotado pelos nubentes for diverso do regime legal, qual seja a comunhão parcial de bens, quando não for o regime imposto em virtude da inobservância das vedações legais, bem como, quando os consortes desejam adotar regime híbrido, criando assim, suas próprias regras. Dessa forma dispõe o parágrafo único do art. 1.640 do Código Civil pátrio:

Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este Código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.

Neste sentido é a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais no processo nº 1.0000.00.337693-6/000(1), julgado em 18 de setembro de 2003:

PROCESSUAL CIVIL - DECISÃO FUNDAMENTADA - NULIDADE INDEFERIDA - 2 - FAMÍLIA - CASAMENTO - REGIME DE BENS - PACTO - COMUNHÃO UNIVERSAL - PACTO ANTENUPCIAL - NULIDADE. 1 - A fundamentação concisa e objetiva, por si só não induz a nulidade, pois se distancia da alegada falta de fundamentação. 2 - A opção pelo regime universal de bens deve ser precedida do PACTO ANTENUPCIAL definido por escritura pública constante da certidão de casamento. A ausência do PACTO ANTENUPCIAL torna inexistente a opção dos nubentes por qualquer PACTO diferente da comunhão parcial, que deve vigorar a teor do art. 1640 do novo Código Civil.

Consoante com o art. 1.639 do Código Civil, o pacto deve preceder ao casamento sendo expresso o artigo neste sentido, “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens o que lhes aprouver” mais especificamente, pelo parágrafo único do art. 1.640 acima citado, devem fazê-lo no processo de habilitação. Não pode ser estabelecido depois da celebração das bodas posto que não havendo pacto lavrado antes de celebrado o casamento, vigorará entre os nubentes o regime da comunhão parcial de bens e a lavratura posterior caracteriza tentativa de modificação do regime de bens adotado e portanto faz-se necessária a autorização judicial (MONTEIRO, 2004, p. 190). Nas sábias palavras de Maria Berenice Dias:

Não é estabelecido prazo de validade do pacto matrimonial. Mesmo falando a lei que a opção pelo regime de bens ocorre no processo de habilitação para o casamento (CC 1.640 parágrafo único), não está sujeito ao prazo de eficácia de dita habilitação, que é de 90 dias a contar da extração do certificado (CC 1.532). Mesmo caducando a habilitação, persiste válido o pacto anteriormente levado a efeito por escritura pública (2007, p. 216).

As cláusulas nele estabelecidas podem ser modificadas a qualquer tempo antes da celebração das bodas, e depois dela, se submetem à aprovação pelo juiz, uma vez que poderia prejudicar interesses de terceiros.

De acordo com o capítulo anterior, é possível que no pacto antenupcial ocorram doações recíprocas entre os cônjuges antes da celebração do casamento bem como doações de terceiros a um ou ambos consortes.

O art. 1.535 do Código Civil autoriza a celebração do casamento por intermédio de procurador devidamente constituído assim sendo, igualmente é permitido que o pacto antenupcial seja celebrado por procurador com poderes especiais para tanto.

### **2.3.1 Eficácia do pacto**

Conforme dito anteriormente o pacto deve ser realizado antes da celebração do casamento, mais especificamente no procedimento de habilitação deste, no entanto, sua eficácia não gera efeitos desde logo, apenas o terá depois de celebrado o casamento perdurando até eventual dissolução deste. Assim sendo, a eficácia do pacto sofre condição suspensiva que posteriormente terá efeito retroativo pois ele existe, é válido contudo sua eficácia decorre da celebração do casamento (DIAS, 2007, p. 216).

### 2.3.2 Casos de nulidade e invalidação do pacto

Nulo será o pacto que contrariar disposição legal conforme se depreende do art. 1.655 do Código Civil pelo qual “é nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta em lei”. Este é o limite que a norma impõe ao princípio da livre estipulação dada aos nubentes segundo o qual, os cônjuges, antes de realizado o casamento, estão livres para estipular em relação ao seu patrimônio o que melhor lhes pareça, no entanto, devem observar as normas caráter público bem como os bons costumes e em nenhum momento podem contrariá-los. Para Venosa, a anulação nos casos de nulidade relativa segue a regra geral dependendo portanto da iniciativa dos interessados (2008, p. 323).

Da mesma forma, a livre estipulação dos nubentes restringe-se às questões patrimoniais não podendo eles estabelecer cláusulas nas quais deveres do casamento restem alterados, consoante com o entendimento doutrinário majoritário. No dizer expressivo de Carlos Roberto Gonçalves:

As estipulações permitidas são as de caráter econômico, uma vez que os direitos conjugais, paternos e maternos, são normatizados, não se deixando a sua estruturação e disciplina à mercê da vontade dos cônjuges. Assim, exemplificamente, nenhum valor terão as cláusulas que dispensam os cônjuges do dever de fidelidade, coabitação, mútua assistência, sustento e educação dos filhos e exercício do poder familiar (2005, p. 406).

No entanto, para Maria Berenice Dias nada impede que os nubentes disciplinem questões não patrimoniais:

Ora, se a lei impõe deveres e assegura direitos ao par, não há qualquer impedimento a que estipulem encargos ao outro, inclusive, sobre questões domésticas. Ainda que haja possibilidade de a execução de algumas avenças ser buscada na via judicial, ao menos como acordo entre eles têm plena validade. Assim, pode ficar definido por exemplo, quem irá ao supermercado, que é proibido fumar no quarto ou deixar roupas no chão etc. Porém é nula a cláusula que prive a mãe do poder familiar, ou altere a ordem de vocação hereditária (2007, p. 217).

Aludida autora é favorável à possibilidade do estabelecimento de cláusulas que não são expressamente vedadas por lei, dessa forma, nulas serão as cláusulas que contrariarem normas públicas partilhando neste último ponto, da ideia dos autores mais conservadores:

Gera controvérsia a possibilidade de ser pactuada indenização para ser paga por um dos cônjuges ao outro por ocasião do fim do casamento, seja em razão da vontade de ambos ou de culpa de um deles. Também se tem notícia do estabelecimento, ao menos em contratos de união estável, de

indenizações progressivas por tempo de duração do vínculo. Divergem as opiniões sobre a validade de tais avenças (2007, p. 217).

Do artigo 1.640 supracitado, inferimos que os regimes de bens devem ser adotados por intermédio do pacto antenupcial salvo o regime legal da comunhão parcial cuja escolha é presumida quando os nubentes nada convencionarem. Igualmente, deve ser realizado por meio de uma escritura pública sob pena de nulidade, consoante com o disposto no art. 1.653 do CC: “é nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir casamento”. Temos que a falta de escritura pública invalida o pacto e se não advier casamento, este se torna ineficaz. Para Paulo Nader, o pacto antenupcial permanece válido no entanto lhe falta efeito jurídico (2006, p. 462).

A lei, não estabelece prazo para a sua caducidade quando não ocorre casamento posterior, no entanto é de observar-se um lapso temporal razoável e a intenção dos nubentes de contrair as núpcias. Da mesma forma será nulo o pacto no caso de morte de um dos nubentes ou se um deles decide casar-se com outra pessoa, casos nos quais a intervenção judicial não se faz necessária para a declaração da caducidade do pacto (GONÇALVES, 2005, p. 405). Neste mesmo sentido temos a decisão da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível nº 70025650300, julgada em 04 de setembro de 2008:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. DISSOLUÇÃO. REGIME DE BENS. PACTO ANTENUPCIAL. PARTILHA.

- 1) PACTO ANTENUPCIAL - O pacto antenupcial firmado entre as partes perdeu a validade, porquanto não sobrevieram as núpcias. Assim, vigora entre os conviventes o regime de comunhão parcial de bens.
- 2) PARTILHA – Inexistindo prova cabal da sub-rogação alegada, devem ser partilhados os bens adquiridos onerosamente na constância da união. Também partilháveis as dívidas contraídas durante o enlace que, presumidamente, reverteram em proveito da entidade familiar.

E também a decisão da Apelação Cível nº 70018847160 da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgada em 13 de junho de 2007:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADA COM PARTILHA DE BENS. ESCRITURA PÚBLICA DE PACTO ANTENUPCIAL NÃO SUCEDIDA DE CASAMENTO.

INEFICÁCIA, NOS TERMOS PREVISTOS NO ART. 1.653 DO CÓDIGO CIVIL. UMA VEZ DECLARADA A UNIÃO ESTÁVEL MANTIDA ENTRE AS PARTES, PREVALECE O REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS, NÃO SE CONFERINDO EFICÁCIA AO PACTO PRÉ-NUPCIAL QUE PREVÊ O REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL, VEZ QUE A CONDIÇÃO PARA QUE GERE EFEITOS É A REALIZAÇÃO DO CASAMENTO, O QUE NÃO OCORREU NA ESPÉCIE. PARTILHA. BEM IMÓVEL. AQUISIÇÃO MEDIANTE SUBROGAÇÃO DE BENS DO REQUERIDO DEMONSTRADA NOS AUTOS. Estando suficientemente comprovado nos autos que a casa objeto da controvérsia foi construída mediante emprego de recursos financeiros advindos da venda do trator de propriedade do requerido, bem como de verbas decorrentes de ação trabalhista, recursos estes suficientes para a construção de toda a casa, o corolário é o desprovimento do recurso, mantendo-se na íntegra a sentença que excluiu referido bem da partilha. Recurso desprovido.

Se houver vício em uma das cláusulas do pacto, todo ele não será contaminado, mantendo-se as disposições que não contrariam a ordem pública (GONÇALVES, 2005, p. 406).

### **2.3.3 Acessoriedade do pacto**

O pacto antenupcial é acessório e dessa forma deve seguir o principal que é o casamento, assim, sendo dissolvido este último pela separação ou divórcio ou ainda nos casos em que for anulado, nenhuma validade será conferida ao pacto no entanto o contrário não é verdadeiro a medida que a nulidade do pacto não nulifica o casamento, no entanto, não poderá ele, subsistir sem regime de bens, de tal modo que a lei supre sua falta impondo o regime legal. Já na hipótese de casamento putativo os efeitos gerados em favor do cônjuge de boa-fé não serão anulados (RIZZARDO, p. 627).

### **2.3.4 Capacidade dos nubentes para sua elaboração**

A capacidade exigida para a elaboração do pacto é a mesma exigida para a celebração do casamento, assim, os menores entre dezesseis e dezoito anos necessitam da autorização dos pais para casar, e igualmente precisarão de sua assistência na elaboração da convenção antenupcial conforme o art. 1.654 do Código Civil, segundo o qual “a eficácia do pacto antenupcial, realizado por menor, fica condicionada à aprovação do seu representante legal, salvo as hipóteses de regime obrigatório de separação de bens”.

Igualmente, os incapazes por qualquer motivo que não a menoridade também devem estar regularmente representados pelo curador, caso contrário não podem convencionar no pacto. Neste sentido é a decisão da Nona Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça

do Estado de São Paulo na Apelação Cível nº 195.330-4/0-00, julgada em 04 de setembro de 2007:

PACTO ANTENUPCIAL. Anulação. Laudo pericial conclusivo da incapacidade da autora à época da celebração do ato. Ação procedente. Recurso improvido.

Portanto, a eficácia do pacto celebrado quando um ou ambos consortes forem menores está condicionada à concordância do representante legal ressalvados os casos de imposição legal da separação de bens que ocorrerá sempre que for necessário o suprimento judicial para a realização do casamento, nos termos do art. 1.641, inciso III.

Por conseguinte, define o art. 1.537 do Código Civil que “o instrumento de autorização para casar transcrever-se-á integralmente na escritura antenupcial”. Do referido artigo inferimos que apenas será transcrita no pacto antenupcial a autorização advinda de suprimento judicial uma vez que o regime de bens entre os nubentes deverá ser o da separação obrigatória, fazendo-se necessário portanto, o pacto. Nos outros casos em que os pais espontaneamente concedem a autorização, o casamento pode ser celebrado pela comunhão parcial, logo o pacto não é exigido e a autorização não será nele transcrita.

É dada aos representantes legais a faculdade de se oporem ao pacto celebrado pelos menores desde que apresentem razões suficientes. Neste caso, o oficial de registros públicos deve encaminhar os autos ao juiz de direito que decidirá, após a oitiva do membro do Ministério Público e análise dos argumentos apresentados pelas partes, havendo ainda a possibilidade de produção de provas. Do exposto, torna-se anulável o pacto celebrado se lhe faltar a assistência dos representantes legais do menor bem como se houver vícios de consentimento, este último caso decorrente da regra geral dos contratos às quais se submete a convenção antenupcial (RIZZARDO, 2007, p. 630).

Assim explica Arnaldo Rizzardo que “o consentimento prestado ao matrimônio não serve para o pacto antenupcial. A recusa a este último ato pode derivar de razões bem diversas daquelas que ensejaram o casamento” (2007, p. 631). Portanto, a anuência para o casamento não isenta a aquiescência dos representantes legais do menor na elaboração da convenção antenupcial podendo estes consentir com o casamento e não concordarem com o pacto uma vez que este último trata das disposições patrimoniais.

### 2.3.5 Efeitos perante terceiros

Via de regra o pacto antenupcial não gera efeitos perante terceiros, no entanto o art. 1.657 do Código Civil faculta aos nubentes que registrem a convenção no Cartório de Registro de Imóveis para que possa gerar tais efeitos: “as convenções antenupciais não terão efeito perante terceiros senão depois de registradas, em livro especial, pelo oficial de Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges”.

O registro torna público o ato e para Carlos Roberto Gonçalves “sem ele o regime escolhido só vale entre os nubentes (regime interno). Perante terceiros, é como se não existisse o pacto, vigorando então o regime da comunhão parcial (regime externo)”. E ainda conclui “depois de efetuado, a sua eficácia atua, porém, *erga omnes*, não se admitindo alegação de ignorância por parte de quem quer que seja” (2005, p. 405). É neste sentido a decisão da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na Apelação Cível nº 70015599251, julgada em 29 de novembro de 2006:

APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. EMBARGOS DE TERCEIROS. Penhora sobre meação do devedor, casado sob o regime de separação convencional de bens. A estipulação levada a efeito por pacto antenupcial somente gera efeito perante terceiros após ser devidamente registrada em livro especial (Livro nº 3 Registro Auxiliar) do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges, nos termos dos artigos 261 do CC/1916, 1657 do CC/2002 e 167, inciso I-12, e 178, inciso V, da Lei 6.015/1973. No caso, tal registro não ocorreu, o que torna ineficaz o pacto perante terceiros. PROVERAM. UNÂNIME.

E também temos a decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais no Agravo Retido nº 1.0024.02.698806-3/001(1), julgado em 29 de maio de 2007:

AÇÃO ANULATÓRIA - PACTO ANTENUPCIAL - SENTENÇA - FUNDAMENTAÇÃO - AUSÊNCIA DE PROVA DE ERRO SUBSTANCIAL OU DOLO. A sentença que contém o relatório dos fatos importantes do processo, traduzindo a prestação jurisdicional pleiteada, bem como os motivos nos quais o juiz fundamentou seu entendimento, não apresenta quaisquer defeitos que a possam anular. O PACTO ANTENUPCIAL é solene e condicional, dependendo de ser documentado obrigatoriamente por meio de escritura pública, e só tem eficácia após a celebração do casamento. Através dele, os nubentes estabelecem o regime jurídico sobre os seus bens após o casamento. Não se reveste de caráter contratual, mas institucional. O documento público ""faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrevem, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença" - (art. 364, CPC), e somente não prevalece mediante prova robusta de vícios que possam anulá-lo.

No caso de incidir erro material no registro de casamento os nubentes conjuntamente podem requerer sua retificação sem que caracterize mudança de regime uma vez que acabou por ser registrado regime diverso daquele por eles convencionado. É neste sentido a decisão da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Minas Gerais na Apelação Cível nº 1.0384.03.018186-9/001, julgada em 01 de março de 2005:

RETIFICAÇÃO DO REGISTRO DE CASAMENTO - REGIME DE BENS - ERRO MATERIAL - ANUÊNCIA DO CÔNJUGE VIRAGO - EXIGÊNCIA NÃO CUMPRIDA - EXTINÇÃO DO PROCESSO. Para a eficácia do pedido de retificação do registro de casamento, apesar de apoiado na tese de "erro material", a anuência do cônjuge virago se revela essencial, pelos efeitos jurídicos dele advindos. Descumprida a determinação judicial de apresentação da anuência do cônjuge virago, a extinção do processo, sem julgamento do mérito, configura-se decisão livre de censura. APELO IMPROVIDO.

E também a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na Apelação Cível nº 70007392087, julgada em 10 de dezembro de 2003:

RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. REGIME DE BENS DO CASAMENTO. INEXISTÊNCIA DE PACTO ANTENUPCIAL. Não tendo havido pacto antenupcial, o regime de bens do casamento é mesmo o da comunhão parcial, que é o regime legal, sendo nula a convenção acerca do regime de bens, quando não constante de escritura pública. Constitui flagrante erro material na certidão de casamento a referência ao regime da comunhão universal. Inteligência do art. 1.640 CCB. Recurso provido.

### **2.3.6 Livre disposição dos bens imóveis particulares no regime da participação final nos aquestos**

Estabelece o art. 1.656 do Código Civil “no pacto antenupcial, que adotar o regime da participação final nos aquestos, poder-se-á convencionar a livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares”. No aludido regime os patrimônios de cada cônjuge anteriores ao casamento permanecem incomunicáveis e apenas serão partilhados em eventual dissolução aqueles adquiridos na constância do casamento. Assim, tais bens somente se comunicarão no caso de dissolução da sociedade conjugal, permanecendo particular o patrimônio de cada qual durante as bodas. Dessa forma, os nubentes que desejam adotar esse regime, podem estabelecer no pacto a livre disposição dos bens imóveis particulares. Para Paulo Nader:

De acordo com a previsão do art. 1.656, a liberdade de alienar abrange: a) os imóveis pertencentes a cada cônjuge e existentes antes do casamento; b)

os imóveis adquiridos com os rendimentos daqueles ou os sub-rogados; c) os imóveis adquiridos por liberalidade ou herança (2007, p. 465).

Do exposto, temos que os bens adquiridos em nome de apenas um dos cônjuges na constância do casamento, não podem ser livremente alienados já que podem integrar futura meação no caso de rompimento do casamento.

## **CAPÍTULO III – DOS REGIMES MATRIMONIAIS DE BENS**

### **3.1 COMUNHÃO PARCIAL DE BENS OU REGIME LEGAL**

O regime da comunhão parcial de bens será adotado no caso de ser nulo ou inválido o pacto antenupcial, pela vontade dos nubentes bem como quando estes nada dispuserem acerca do regime matrimonial que pretendem escolher. É sabido que o casamento não pode subsistir sem um regime de bens que regule as relações patrimoniais entre os cônjuges assim como suas relações com terceiros, por conseguinte, no silêncio dos nubentes a lei impõe o regime da comunhão parcial que por este motivo também é denominado regime legal consoante com o disposto no art. 1.640 do Código Civil segundo o qual “não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial”.

No entanto desde as primeiras leis vigentes no território brasileiro, as Ordenações, vigorava como regime supletivo a comunhão universal, apenas com o advento da Lei do Divórcio em 1977, Lei nº 6.515, que a comunhão parcial passou a ser o regime legal. Para Arnaldo Rizzardo tal alteração do regime supletivo “decorre de fortes razões históricas e da evolução dos direitos da mulher”. E ainda complementa “dada à posição de soberania sempre desfrutada pelo marido, não raramente desbaratava o mesmo os bens advindos do casamento com uma mulher mais abastada que ele” (2007, p. 635).

Ao optar por este regime os contraentes não precisam valer-se do pacto antenupcial, salvo se desejarem incluir cláusulas próprias à comunhão parcial, bastando a declaração de vontade quando da celebração do casamento ou mesmo a inércia deles já seria suficiente para fazer valer o regime legal.

Nos casamentos brasileiros temos que este regime é o mais escolhido pelos cônjuges dado que o consideram o mais justo dos regimes porquanto é constituído de três patrimônios distintos: o particular do homem, o particular da mulher e o patrimônio comum estabelecendo quanto aos bens anteriores ao casamento a separação e quanto àqueles adquiridos na constância das bodas, denominados aquestos, a comunhão. É pois, um regime híbrido.

Assim estabelece o art. 1.658 do Código Civil que “no regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes”. Do exposto temos que os bens que cada cônjuge possuía ao casar-se permanecem de sua propriedade não se comunicando ao seu consorte e os adquiridos, via de regra onerosamente na constância do casamento, formam o patrimônio comum do casal

ressalvado o disposto nos artigos seguintes do Código, pois há a presunção de que ambos contribuíram para a formação do patrimônio comum, cada qual na medida de suas possibilidades independentemente de valores concretos. Assim para Paulo Nader:

Sob o prisma axiológico o regime de comunhão parcial se revela justo, pois contempla adequadamente a fase anterior ao casamento e a subsequente. Natural que os bens adquiridos na primeira, quando não havia comunhão de vida, permaneçam separados. Se durante a sociedade conjugal houver a plena integração do casal, a solidariedade prevalecerá espontaneamente também no plano econômico, independentemente do regime de bens adotado. Em caso de dissolução da sociedade, a não-partilha dos bens anteriores ao casamento se revela correta, pois não propicia vantagem ou desvantagem para o homem ou a mulher. Igualmente justa será a divisão dos bens havidos na constância do consórcio, pois se presume que tanto um quanto o outro contribuíram, com seu trabalho, no lar ou fora dele, para a formação do patrimônio comum (2006, p. 470).

Igualmente Maria Berenice Dias o considera lógico e ético a medida que “o que é meu é meu, o que é teu é teu e o que é nosso, metade de cada um” (2007, p. 218). Neste sentido é categórico o art. 1.661 do Código Civil ao prever que “são incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento”, do referido artigo depreendemos a nítida intenção do legislador em manter particular, logo incomunicável, todo e qualquer bem adquirido antes do casamento bem como aqueles adquiridos posteriormente mas que tenham por motivo ensejador causa anterior ao casamento. É neste sentido a decisão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 2004/0169577-6:

Direito civil. Família. Imóvel cuja aquisição tem causa anterior ao casamento. Transcrição na constância da sociedade conjugal. Incomunicabilidade. - Imóvel cuja aquisição tenha causa anterior ao casamento realizado sob o regime de comunhão parcial de bens, com transcrição no registro imobiliário na constância deste, é incomunicável. Inteligência do art. 272 do CC/16 (correspondência: art. 1.661 do CC/02). - A jurisprudência deste Tribunal tem abrandado a cogência da regra jurídica que sobreleva a formalidade em detrimento do direito subjetivo perseguido. Para tal temperamento, contudo, é necessário que a forma imposta esteja sobrepujando a realização da Justiça. Recurso especial não conhecido (28/06/2005).

Conforme anteriormente exposto tanto a doação quanto a venda de bens entre os cônjuges são possíveis neste regime de bens desde que restrinjam-se àqueles excluídos da comunhão consoante com o disposto no art. 499 do Código Civil.

### 3.1.1 Bens excluídos da comunhão

No regime da comunhão parcial basicamente serão comunicáveis os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento ficando excluídos do acervo comum o patrimônio que cada um possuía antes da sua celebração e aqueles adquiridos a título gratuito como herança e doação. Assim dispõe o art. 1.659 do Código Civil Brasileiro acerca dos bens que não integrarão a comunhão dos cônjuges:

Excluem-se da comunhão:

- I – os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;
- II – os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;
- III – as obrigações anteriores ao casamento
- IV – as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;
- V – os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;
- VI – os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;
- VII – as pensões, meio-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

O patrimônio que cada cônjuge possuía ao casar, compreendendo os bens móveis, imóveis e as obrigações não se comunicam ao consorte, neste sentido de acordo com o art. 1.661 tampouco integrará o acervo comum dos nubentes os bens adquiridos na constância do casamento mas por fato anterior a ele como por exemplo se um dos cônjuges ingressou com uma ação de indenização por danos materiais decorrente de acidente de trânsito antes de realizar-se as bodas no entanto apenas foi efetivamente ressarcido tempos depois quando do trânsito em julgado da sentença condenatória momento este em que já havia se casado. Estes valores ainda que sobrevivendo na constância do casamento serão comunicáveis pois a comunhão parcial visa compartilhar bens cuja aquisição denote esforço comum do casal. Nos casos acima, tanto o patrimônio anterior ao casamento quanto aquele contraído por fato anterior não contam com a cooperação de ambos os cônjuges mas apenas um deles. Estes são os bens que integram o patrimônio particular do homem ou da mulher e não se comunicam ao consorte em virtude do princípio que rege a comunhão parcial dos bens, ou seja, apenas se comunicarão os adquiridos onerosamente na constância do casamento.

Igualmente, o inciso I do referido artigo exclui da comunhão os bens adquiridos através de doação ou herança na constância do casamento, bem como os sub-rogados em seu lugar uma vez que estão ligados a apenas um dos consortes. Caso o doador ou testador desejasse que o bem fosse transmitido aos consortes conjuntamente, seria necessária expressa

disposição neste sentido posto que a regra é a incomunicabilidade de tais bens. Dado que a lei mantém particulares os bens herdados e os adquiridos por doação, também o faz com os bens sub-rogados em seu lugar. Dessa forma decidiu a Sétima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Cível nº 358.891-4/6-00:

Declaratória. Autor adquiriu o imóvel no próprio nome, com recursos originários de herança. Incomunicabilidade do bem deve prevalecer, haja vista que as partes se casaram sob o regime da comunhão parcial. Peculiaridades da vida familiar não têm pertinência sobre os recursos que possibilitaram a aquisição do imóvel. Apelo desprovido (28/10/2008).

O inciso II trata do caso de sub-rogação dos bens particulares de cada cônjuge que adquira outro em seu lugar com valores exclusivos. Tais bens continuam sendo particulares e por este motivo estão excluídos do patrimônio comum do casal já que houve a substituição de um bem incomunicável por outro igualmente incomunicável. Nas palavras de Arnaldo Rizzardo “verifica-se uma conexão entre o novo patrimônio e o bem anterior” (2007, p. 639).

Discute-se na doutrina e jurisprudência acerca da seguinte situação: um bem adquirido em parte por sub-rogação de bem particular de um dos cônjuges e em parte pelo empenho comum de ambos. Alguns doutrinadores encontram a solução no próprio inciso II afirmando que se o bem não foi adquirido com valores exclusivos de apenas um dos cônjuges não pode ele integrar apenas o patrimônio particular, dessa forma não está excluído da comunhão. Outros autores complementam a ideia anterior acrescentando que a parte do bem adquirido com o patrimônio particular pertencerá exclusivamente ao cônjuge proprietário, no entanto a parte do bem adquirida em virtude do esforço conjunto de ambos será comum na proporção de metade para cada um. Neste sentido nos ensina Paulo Nader:

Entendo que na solução o bem sub-rogado não poderá integrar o patrimônio particular do cônjuge, em face do texto legal, que exclui da comunhão apenas os bens adquiridos exclusivamente com valores pertencentes a um dos cônjuges. Ter-se-á, então, condomínio formado em partes desiguais e na proporção dos quinhões empregados por um cônjuge e outro (2006. p. 474).

No mesmo sentido entende Caio Mário da Silva Pereira: “comprovado, porém, que o bem adquirido na constância do casamento foi completado com valores oriundos da vida em comum, caberá a cada um dos cônjuges na partilha 50% da diferença” (2004, p. 214).

As obrigações contraídas por qualquer dos consortes anteriores ao casamento não se comunicam ao outro, sejam elas dívidas ou créditos. No entanto é de se observar a finalidade da obrigação que não pode estar relacionada com os preparativos para o casamento pois caso

esteja, tal obrigação será comum e os nubentes responderão conjuntamente por ela. Insta salientar que para Venosa na comunhão parcial as obrigações não se comunicam ainda que tenham sido contraídas para os aprestos (2008, p. 325). Assim já decidiu a Vigésima Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no Agravo de Instrumento nº 7196767-0:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - PENHORA - MEAÇÃO - DÍVIDA ANTERIOR AO CASAMENTO CONTRAÍDA PELO CÔNJUGE - REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS - A agravante, até prova em contrário, não responde pelos débitos adquiridos pelo seu marido, débitos estes contraídos antes do surgimento da sociedade conjugal. Contudo, após a celebração do casamento, em virtude do regime a ele inerente, em regra, os bens adquiridos em sua constância, comunicam-se e devem responder pelos débitos existentes, inclusive, anteriores, ressalvando-se, neste aspecto, apenas, proteção à meação cabível em favor da agravante. Recurso não provido (28/02/2008).

Já as obrigações decorrentes de atos ilícitos estão excluídas da comunhão ainda que contraídas na constância do casamento pois a responsabilidade pelo ato ilícito é pessoal. A intenção da lei é excluir tais obrigações da comunhão em virtude de ter sido ensejada por um ato ilícito que não pode obrigar o outro cônjuge. Apenas será solidária a obrigação se revertida em proveito do casal. Dessa forma, é o patrimônio particular do consorte que praticou o ato ilícito que responderá pelas obrigações decorrentes, no entanto, se o cônjuge não possuir patrimônio pessoal suficiente então o patrimônio comum do casal poderá responder pela obrigação. Posteriormente no caso de uma possível dissolução da sociedade conjugal, esses valores serão compensados (NADER, 2006. p. 475). Dessa forma já decidiu a Segunda Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos Embargos Infringentes nº 282.241-5/5-05:

Embargos infringentes - Mulher casada - Ato Ilícito – A meação da mulher casada só responde pela indenização de ato ilícito praticado pelo marido se houver demonstração de ter ela haurido benefício de tal ato. Embargos conhecidos, contra o voto do Relator Sorteado, e rejeitados (15/08/2006).

Todavia se o dano provocado foi em virtude do exercício da profissão ou atividade da qual dependa o sustento família, ou se proporcionou proveito ao patrimônio comum, a obrigação pelo ato ilícito deverá ser enfrentada pelo patrimônio comum do casal (GONÇALVES, 2005. p. 416).

Os bens de uso pessoal bem como os livros e ferramentas de trabalho estão excluídos da comunhão, consoante com o disposto no inciso V. Bens de uso pessoal são aqueles de uso cotidiano que geralmente não possuem grande expressão econômica. Os livros bem como os instrumentos de trabalho são incomunicáveis já que deles depende a atividade laborativa do cônjuge, contudo se integrarem comércio ou se tiverem sido adquiridos a título oneroso com o patrimônio comum do casal integrarão a comunhão. Nas palavras de Arnaldo Rizzardo:

Neste item deve-se incluir toda a série de bens de interesse particular. Há vários objetos, instrumentos e adornos que se afeiçoam a um cônjuge em face de sua atividade, de suas qualidades e dotes pessoais, de suas aptidões e preferências, de seus interesses e tipo de ser e de se apresentar como pessoa [...] Isto porque os princípios da comunhão não podem despersonalizar o ser humano, ou descaracterizar as individualidades (2007, p. 640).

Maria Berenice Dias acredita discorda da regra contida no inciso supracitado:

Conquanto tenha o legislador tenha mantido esta hipótese de exclusão da comunicabilidade, às claras que se trata de dispositivo desprovido de sustentação dentro do sistema jurídico. Nitidamente, é fonte de enriquecimento sem causa de um com relação ao outro, que, muitas vezes, faz enormes sacrifícios para adquirir o instrumental necessário para o parceiro trabalhar. Descabe atribuir a titularidade em razão do uso exclusivo para fins profissionais. O uso não pode alterar o domínio. Adquirido durante o casamento, o bem é comum. O só fato de ser utilizado por um dos cônjuges não tem o condão de excluir o co-proprietário. À presunção de que os bens amealhados durante a vida em comum são fruto do esforço mútuo não pode ser oposta presunção outra, agora absoluta, afastando a comunicabilidade pelo simples fato de serem utilizados na atividade laboral de um deles (2006, p. 36).

Do inciso VI inferimos que os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge estão excluídos da comunhão, a expressão proventos refere-se genericamente a toda e qualquer forma de remuneração. No entanto, apenas tais proventos são incomunicáveis não o sendo as aquisições com ele realizadas, logo, temos que os bens adquiridos com os proventos incomunicáveis de cada cônjuge integra o acervo de bens comuns do casal, sendo portanto comunicáveis. No saber de Carlos Roberto Gonçalves “deve-se entender, na hipótese, que não se comunica somente o direito aos aludidos proventos. Recebida a remuneração, o dinheiro ingressa no patrimônio comum. Da mesma forma os bens adquiridos com seu produto.” E ainda conclui “no caso de separação judicial, o direito de cada qual continuar a receber o seu salário não é partilhado” (2005, p. 417).

Entretanto este posicionamento não é pacífico entre os juristas uma vez que autores de renome como Caio Mário da Silva Pereira entendem ser comunicáveis tanto os proventos pessoais quanto os bens com eles adquiridos alegando que “conseqüentemente, hão de ser excluídos os bens que com eles adquirir. Este inciso induz a uma inevitável identificação de bens particulares de cada um dos cônjuges” (2004, p. 215).

Discute-se da mesma forma na doutrina e jurisprudência se o FGTS e as verbas trabalhistas indenizatórias seriam consideradas proventos ou não, logo, se seriam comunicáveis ou não. A decisão prolatada pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 2004/0032289-0 é no sentido da comunicabilidade dessas verbas, julgado no dia 21 de junho de 2005:

Direito civil e família. Recurso especial. Ação de divórcio. Partilha dos direitos trabalhistas. Regime de comunhão parcial de bens. Possibilidade. - Ao cônjuge casado pelo regime de comunhão parcial de bens é devida à meação das verbas trabalhistas pleiteadas judicialmente durante a constância do casamento. - As verbas indenizatórias decorrentes da rescisão de contrato de trabalho só devem ser excluídas da comunhão quando o direito trabalhista tenha nascido ou tenha sido pleiteado após a separação do casal. Recurso especial conhecido e provido.

Neste mesmo sentido temos a decisão da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Cível nº 605.819-4/3-00, julgada em 11 de fevereiro de 2009:

SEPARAÇÃO JUDICIAL – VERBAS TRABALHISTAS INDENIZATÓRIAS PARTILHA - POSSIBILIDADE – VALOR QUE COMPÔS O PATRIMÔNIO DO CASAL UMA VEZ QUE RECEBIDO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO - DANO MORAL" AUSENTE COMPROVAÇÃO IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO NESSE ASPECTO - ALIMENTOS – FIXAÇÃO AOS FILHOS MENORES - VALOR EQUIVALENTE A 1/3 DOS VENCIMENTOS LÍQUIDOS DO RÉU - FIXAÇÃO PROPORCIONAL AO SALÁRIO COMPROVADO DO REQUERIDO - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA EM PARTE - RECURSO PROVIDO EM PARTE, PARA INCLUIR NA PARTILHA AS VERBAS INDENIZATÓRIAS TRABALHISTAS.

Em que pese o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual as verbas trabalhistas indenizatórias não são consideradas proventos por conseguinte são comunicáveis ao consorte, para Maria Berenice Dias “a tendência é reconhecer tais verbas como personalíssimas, pagas em benefício da pessoa do trabalhador, não integrando o conceito de aquestos, e, portanto, comunicáveis” (2007, p. 221). Neste sentido temos o

acórdão da Oitava Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul prolatado na Apelação Cível nº 70027107606, julgado no em 19 de dezembro de 2008:

APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. PARTILHA DE BENS. 1. Diversamente do que asseverou a apelante, ofertou o alimentante resistência ao pedido inicial dos alimentos, que era de dois salários mínimos (um para cada filha), mostrando-se adequada a verba fixada pelo julgador de primeiro grau, que os arbitrou em 50% do salário mínimo para apenas uma das postulantes. 2. Ainda que os separandos tenham casado pelo regime da comunhão parcial de bens, exclui-se da partilha eventual crédito trabalhista, por ser considerado fruto civil do trabalho do separando. 3. Estando o bem imóvel matriculado em nome de terceiro, não há como, neste momento, determinar-se a partilha deste bem, razão pela qual a sentença deve ser cassada apenas neste ponto. 4. Qualquer omissão existente quanto à partilha de bens por parte do varão está sujeita à ação de sobrepartilha, não podendo, após encerrada a instrução e sentenciado o feito, reabrir-se a fase de instrução probatória. Sentença cassada em parte. Apelo, quanto ao mais, desprovido.

As pensões, meio-soldos, montepios e outras rendas a estas equiparadas da mesma forma estão excluídas da comunhão pois possuem o mesmo caráter pessoal do salário visando dar condições de subsistência a determinadas pessoas. Pensão pode ser definida como renda percebida em virtude da morte de funcionário público ou de trabalhador da iniciativa privada mas também como obrigação alimentar ou indenizatória decorrente de ato ilícito praticado, ambas fixadas judicialmente. Meio-soldo é a metade do salário dos militares deixada aos seus dependentes ou quando passam para a reserva. Montepio é outra denominação conferida à pensão (NADER, 2006, p. 478).

Igualmente aos proventos, para Carlos Roberto Gonçalves o que não se comunica é o direito ao recebimento destes benefícios e não a renda em si. Assim que percebidas tais quantias passam a integrar o patrimônio comum do casal e comunicam-se igualmente os bens adquiridos com o seus valores (2005, p. 419).

Maria Berenice Dias critica a incomunicabilidade dos proventos pessoais de cada cônjuge bem como as pensões, montepios, meio-soldos e outras rendas semelhantes e também dos instrumentos pessoais de trabalho e livros pois acredita ser injusto com o cônjuge que investe seus valores aumentando o patrimônio comum do casal:

Absolutamente desarrazoado excluir da universalidade dos bens comuns os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge (CC 1.659 VI), bem como as pensões, meio-soldos, montepios e outras rendas semelhantes (CC 1.659 VIII). Injusto que o cônjuge que trabalha por contraprestação pecuniária, mas não converte suas economias em patrimônio, seja privilegiado e suas reservas consideradas crédito pessoal e incomunicável. Tal lógica

compromete o equilíbrio da divisão das obrigações familiares. O casamento gera comunhão de vidas (CC 1.511). Os cônjuges têm o dever de mútua assistência (CC 1.566 III) e são responsáveis pelos encargos da família (CC 1.565). Assim, se um dos consortes adquire os bens para o lar comum, enquanto o outro apenas guarda o dinheiro que recebe de seu trabalho, os bens adquiridos por aquele serão partilhados, enquanto o que este entesourou resta injustificadamente comunicável.

Também não se justifica a exclusão dos livros e instrumentos de profissão (CC 1.659 V). Não se pode partir do pressuposto de que tais bens foram adquiridos com o esforço único de quem os utiliza. Ainda que cabível atribuir, quando da partilha, tais bens ao cônjuge que deles faz uso profissionalmente, mister que haja compensação com bens outros, sob pena de comprometer-se o equilíbrio na divisão patrimonial (2007, p. 220).

Em diferente interpretação Silvio Rodrigues acredita que são comunicáveis os bens adquiridos com os valores dos proventos pessoais de cada cônjuge:

Entretanto só os proventos, enquanto tais, não se comunicam. No exato instante em que se transformam em patrimônio, por exemplo, pela compra de bens, opera-se, em relação a estes, a comunhão, pela incidência da regra contida nos arts. 1.658 e 1.660, I, até porque não acrescenta o inciso em exame, a hipótese “e os bens sub-rogados em seu lugar”.

Entendimento diverso contraria a essência do regime da comunhão parcial, e levaria ao absurdo de só se comunicarem os bens adquiridos com o produto de bens particulares e comuns ou por fato eventual, além dos destinados por doação ou herança ao casal (2002, p. 212).

Nota-se na doutrina uma divisão de ideias acerca da comunicabilidade ou não dos bens adquiridos com os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge bem como as pensões, meio-soldos, montepios dentre outros. De um lado temos os que defendem que a lei excluiu nos incisos VI e VII a comunhão dos valores percebidos por um dos consortes e igualmente o fez com os bens adquiridos com esse montante. Por outro lado temos aqueles que deram interpretação diversa ao artigo justificando que os incisos supracitados restringiram a incomunicabilidade aos proventos propriamente ditos e não às aquisições com eles realizadas pois caso contrário um dos cônjuges seria beneficiado em prejuízo do outro.

### **3.1.2 Bens que integram a comunhão**

Depois de delimitar os bens que não integram a comunhão dos cônjuges, o Código Civil no seu artigo 1.660 elenca os bens que se comunicam formando o acervo comum do casal:

Entram na comunhão:

I – os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;

II – os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;

III – os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;

IV – as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;

V – os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

Os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento, independente se em nome de um ou ambos os cônjuges integram a comunhão. Este inciso reflete a principal característica da comunhão parcial de bens segundo a qual se estabelece uma comunhão dos bens adquiridos posteriormente às bodas, presumidamente pelo esforço conjunto do casal.

Igualmente integram a comunhão os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior. Entende-se por fato eventual, que pode ser dividido em humano e natural, a loteria, jogos, sorteio, apostas bem como aluvião, avulsão, formação de ilhas, alvéolo abandonado, dentre outros, não importando se houve ou não qualquer tipo de despesa para o beneficiário (NADER, 2006, p.479).

Explica Caio Mário da Silva Pereira que apesar dos prêmios recebidos por um dos cônjuges em razão do seu trabalho intelectual ou científico ter caráter pessoal, integram a comunhão por força do disposto no inciso II que expressamente dispõe “com ou sem o concurso de trabalho” (2004, p. 216).

O mesmo não ocorre com os direitos autorais consoante com o disposto no art. 39 da Lei 9.610/98 segundo o qual “os direitos patrimoniais do autor, excetuados os rendimentos resultantes de sua exploração, não se comunicam, salvo pacto antenupcial em contrário”. Dessa forma, os direitos patrimoniais do autor são incomunicáveis, no entanto seus frutos não o são, ressalvada a hipótese de disposição contrária na convenção antenupcial.

O artigo 1.659, inciso I do Código Civil exclui da comunhão os bens adquiridos na constância do casamento a título de herança ou doação. Ocorre que quando a intenção do doador ou testador é beneficiar ambos os consortes o faz com declaração expressa de sua vontade, neste caso o bem adquirido integra o patrimônio comum do casal, é o que define o inciso III do art. 1.660.

Os bens particulares de cada cônjuge não se comunicam contudo, as benfeitorias realizadas em tais bens se comunicam posto que a colaboração mútua entre os consortes é presumida, salvo se restar comprovado o emprego exclusivo do patrimônio particular de um

dos cônjuges. De acordo com o disposto no art. 96 do Código as benfeitorias podem ser voluptuárias, úteis ou necessárias, as voluptuárias são “as de mero deleite ou recreio que não aumentam o uso habitual de bem, ainda que o tornem mais agradável ou sejam de valor elevado”, as úteis são “as que aumentam ou facilitam o uso do bem” e as necessárias são “as que têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore”. No entanto, o mesmo não ocorre com as acessões que são construções e plantações, posto que estas não se transferem ao casal, mas exclusivamente ao cônjuge que a fez. No caso da colaboração de ambos na sua edificação, leva-se em conta os gastos suportados por cada um (RIZZARDO, 2007, p. 644).

Não apenas os frutos dos bens comuns por óbvio se comunicam já que integram o patrimônio do casal mas também os frutos dos bens particulares de cada qual se comunicam ainda que ppendentes quando da dissolução da sociedade conjugal. Frutos são “rendimentos periódicos que a coisa produz; são bens acessórios, que se renovam sem destruir ou inutilizar os principais” (NADER, 2006, p. 480).

Temos no art. 1.662 a presunção de que os bens móveis foram adquiridos na constância do casamento: “no regime da comunhão parcial presumem-se adquiridos na constância do casamento os bens móveis, quando não se provar que o foram em data anterior”. A presunção de que foram adquiridos durante a sociedade conjugal leva à comunhão de todos os bens móveis ressalvada a prova em contrário. O pacto antenupcial é um meio de prova hábil a comprovar a aquisição anterior ao casamento de determinados bens móveis, assim afirma Caio Mário da Silva Pereira “daí a necessidade de o pacto antenupcial descrever minuciosamente os bens móveis, sob pena de se reputarem comuns” (2004, p. 218).

Para Arnaldo Rizzardo “na dúvida e na ausência de prova, sempre torna-se incontroversa a qualificação dos bens móveis como comuns. Esta presunção beneficia os terceiros e dá segurança jurídica às relações com os cônjuges” (2007, p. 645).

### **3.1.3 Administração do patrimônio comum na comunhão parcial**

Por força do art. 1.663 do Código Civil Pátrio “a administração do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges”, logo temos que qualquer dos cônjuges pode administrar o patrimônio comum bem como podem fazê-lo conjuntamente. No entanto não era essa a regra observada no Código Civil anterior sendo que ao marido competia tanto a chefia da sociedade conjugal quanto a administração dos bens do casal. Com o advento da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu plena igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, o disposto no Código Civil de 1916 foi afastado.

Assim estabelece o § 1º do art. 1.663 que “as dívidas contraídas no exercício da administração obrigam os bens comuns e particulares do cônjuge que os administra, e os do outro na razão do proveito que houver auferido”. Portanto, as dívidas contraídas na administração do patrimônio do casal serão suportadas pelo acervo comum e pelo acervo particular do cônjuge ao qual cabia a administração e com relação ao consorte, este responderá com seu patrimônio particular na proporção da vantagem recebida. Conforme nos ensina Paulo Nader, a regra contida no § 1º visa:

Induzir o administrador à observância de maiores cuidados na gestão do patrimônio comum, penalizando-o em proporção maior por eventuais danos ou prejuízos trazidos à sociedade conjugal. Havemos de convir que esta fórmula legislativa foi idealizada para alcançar efetividade em sua aplicação judicial, não nas relações cotidianas do casal. Se a comunhão de vida está preservada, as práticas familiares não se guiam pro critérios matemáticos como os estabelecidos no § 1º do art. 1.663, ora comentado (2006, p. 428).

A administração dos bens comuns ainda que seja de responsabilidade de apenas um dos cônjuges, não implica alienação sem a anuência de ambos uma vez que estamos falando do patrimônio do casal consoante com o disposto no § 2º do art. 1.663 que dispõe: “a anuência de ambos os cônjuges é necessária para os atos, a título gratuito, que impliquem cessão do uso ou gozo dos bens comuns”.

Caso ocorra que um dos cônjuges não esteja habilitado a gerir o patrimônio do casal praticando atos de má administração, a requerimento do outro, o juiz, “poderá atribuir a administração a apenas um dos cônjuges”, é o que estabelece o § 3º do art. 1.663.

O artigo 1.643 permite que o cônjuge adquira produtos necessários à economia doméstica sem que seja necessária a anuência do cônjuge e ainda estabelece o art. 1.644 que estas dívidas obrigam os cônjuges de maneira solidária. Complementando o disposto nesses dois artigos acima citados temos o art. 1.664 que diz: “os bens da comunhão respondem pelas obrigações contraídas pelo marido ou pela mulher para atender aos encargos da família, às despesas de administração e às decorrentes de imposição legal”.

### **3.1.4 Administração do patrimônio particular na comunhão parcial**

No tocante aos bens particulares da cada cônjuge dispõe o art. 1.665: “a administração e a disposição dos bens constitutivos do patrimônio particular competem ao cônjuge proprietário, salvo convenção diversa em pacto antenupcial”. Portanto temos que cada cônjuge separadamente é responsável pela administração do seu patrimônio particular

podendo dispor livremente dos bens móveis no entanto quanto aos bens imóveis, ainda que particulares a anuência do consorte se faz necessária.

Em relação às dívidas, o art. 1.666 estabelece que se “contraídas por qualquer dos cônjuges na administração de seus bens particulares e em benefício destes, não obrigam os bens comuns”. Dessa forma, o patrimônio comum não responderá pelas dívidas contraídas por um dos cônjuges relativamente ao seu patrimônio particular.

### **3.2 COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS**

Conforme dito anteriormente, o regime da comunhão universal de bens foi o regime legal até a entrada em vigor da Lei do Divórcio em 1977, quando passou a ser a comunhão parcial de bens o regime supletivo. Pelo fato de ser atualmente regime convencional e não legal, faz-se necessária sua adoção por intermédio do pacto antenupcial celebrado entre os nubentes.

No regime da comunhão universal há a comunicabilidade dos bens presentes e futuros dos cônjuges, bem como as dívidas posteriores ao casamento é o que prevê o art. 1.667 do Código Civil. Ocorre uma fusão entre o patrimônio trazido pelo homem e o trazido pela mulher, formando uma universalidade de bens também denominada mancomunhão. A ela é acrescido tudo o que for adquirido na constância do casamento seja a título oneroso seja por doação ou herança. Sobre cada um dos bens, os cônjuges constituem um condomínio bem como em relação às dívidas e encargos, sendo assim meeiros de todo o acervo comum (DIAS, 2007, p. 222).

No entanto, todo este patrimônio comum permanece indivisível até a dissolução da sociedade conjugal que segundo o art. 1.571 do Código Civil, ocorre pela morte de um dos cônjuges, separação judicial, divórcio, nulidade ou anulação do casamento. Para Arnaldo Rizzardo, “há, praticamente, uma despersonalização do patrimônio individual, surgindo um patrimônio indivisível e comum, sem definir, especificar, ou localizar a propriedade nos bens” (2007, p. 647).

Os bens adquiridos na constância do casamento bem como aqueles que cada qual possuía ao casar-se, passam automaticamente a integrar o acervo comum do casal, de propriedade de ambos os consortes em medida igualitária, ainda que um deles nada tenha adquirido ou trazido para a comunhão. Dessa forma, cada um dos cônjuges é parte legítima para defender a posse e a propriedade dos bens.

### 3.2.1 Natureza jurídica da comunhão

Para alguns juristas a natureza jurídica da comunhão é de condomínio enquanto que para outros, constitui uma sociedade *sui generis*.

Silvio Rodrigues sugere ser um condomínio não convencional dado que indivisível antes da dissolução do casamento “trata-se de um condomínio peculiar, pois que insuscetível de divisão antes da dissolução da sociedade conjugal, extingue-se inexoravelmente neste instante” (2002, p. 197). Também Venosa o pensa dessa forma: “cuida-se de sociedade ou condomínio conjugal, com caracteres próprios” (2008, p. 330).

Washington de Barros Monteiro rebate a ideia dos juristas supracitados afastando a hipótese de a comunhão caracterizar um condomínio pois para ele configura uma sociedade com caracteres próprios o que não lhe retira o conceito de sociedade:

Indaga-se se a comunhão de bens seria uma forma de condomínio, regulada pelos arts. 1.314 e segs. do Código Civil de 2002. Não procede, porém, tal conceituação: a) no condomínio, a coisa comum só pode permanecer indivisa por lapso de tempo não maior de cinco anos, suscetível de prorrogação ulterior (art. 1.320, § 1º), ao passo que a comunhão perdura indefinidamente, subsistindo enquanto vigore a sociedade conjugal; b) falecendo um dos condôminos, continua o condomínio com os seus sucessores, enquanto a comunhão conjugal se dissolve de pleno direito (Cód. Civil de 2002, art. 1.571, n. I, e Cód. Civil de 1916, art. 267, n. I); c) a quota do condomínio pode ser alienada, hipotecada, penhorada e excutida, ficando o alienante ou devedor, conforme o desfecho do caso, excluído da propriedade, enquanto na comunhão conjugal nada disso pode acontecer. As quotas de cada cônjuge possui na comunhão são absolutamente indisponíveis e inexpropriáveis; a comunhão não pode subsistir senão entre os próprios cônjuges; d) a todo tempo, lícito é ao condômino exigir a divisão da coisa comum (art. 1.320); já na comunhão conjugal apenas se dissolve nos estritos casos do art. 1.571 do novo Código Civil, antigo art. 267 do Código Civil anterior (morte de um dos cônjuges, separação e divórcio do casal e sentença de nulidade ou anulatória do casamento) (2004, p. 197).

Do exposto temos que a comunhão constitui uma sociedade *sui generis* porquanto possui regras próprias contudo não pode ser classificada como pessoa jurídica uma vez que não possui personalidade jurídica.

### 3.2.2 Bens excluídos da comunhão

Em que pese na comunhão universal predominar o acervo comum, poderá haver bens particulares de cada cônjuge excluídos da comunhão pela vontade dos nubentes, estabelecidos no pacto antenupcial ou pela imposição legal do art. 1.668 do Código Civil que estabelece:

São excluídos da comunhão:

- I – os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sob-rogados em seu lugar;
- II – os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;
- III – as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;
- IV – as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;
- V – os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.

Na comunhão parcial a regra é a da incomunicabilidade dos bens adquiridos por doação ou herança e a lei faculta ao doador ou testador a possibilidade de fazê-lo em proveito do casal com expressa indicação neste sentido, caso em que o bem integrará o acervo comum dos consortes. Na comunhão universal ocorre justamente o contrário, dado que a regra é a comunicabilidade dos bens adquiridos por intermédio de herança ou doação. Igualmente a lei faculta ao testador ou doador excluir referido bem da comunhão desde que o ato de liberalidade esteja acompanhado da cláusula de incomunicabilidade. Neste último caso, o bem fará parte do patrimônio particular do cônjuge beneficiário. Da mesma forma, os bens sub-rogados no lugar de outro incomunicável, serão excluídos da comunhão.

Também o bem inalienável é incomunicável ao consorte, no entanto o contrário não é verdadeiro, salvo se assim desejar o testador ou doador devendo este ser expresso quanto sua vontade. É neste sentido a súmula 49 do STF: “a cláusula de inalienabilidade inclui a incomunicabilidade dos bens” e também o art. 1.911 do Código Civil: “a cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por atos de liberalidade, implica a impenhorabilidade e incomunicabilidade”.

Apesar do silêncio da lei, os bens doados com cláusula de reversão do mesmo modo são incomunicáveis pois falecendo o cônjuge beneficiário antes do doador, o bem deverá retornar a este último, sendo comunicável o bem não seria viável a doação com cláusula de reversão ao donatário casado pela comunhão universal.

Explica o art. 1.951 do Código Civil o que é fideicomisso:

Pode o testador instituir herdeiros ou legatários, estabelecendo que, por ocasião de sua morte, a herança ou o legado se transmita ao fiduciário, resolvendo-se o direito deste, por sua morte, a certo tempo ou sob certa condição, em favor de outrem, que se qualifica de fideicomissário.

Por conseguinte temos no fideicomisso as figuras de três pessoas: o fideicomitente que é o autor da herança, o fiduciário que é o primeiro sucessor e o fideicomissário que é o último a receber a herança ou legado. Inicialmente quem recebe o bem é o fiduciário cujo

dever é conservá-lo até que este passe ao domínio do fideicomissário pelo decurso do prazo fixado pelo fideicomitente ou pelo cumprimento de uma condição por ele estabelecida (RIZZARDO, 2007, p. 649).

O fideicomitente estabelece dois herdeiros do modo sucessivo, ou seja, primeiramente o bem passa para o fiduciário e quem o sucederá no caso de morte ou adimplemento da condição, é o fideicomissário. Dessa forma, o bem gravado de fideicomisso apenas pertencerá ao fiduciário enquanto não ocorrer o lapso de tempo previsto ou condição imposta, posteriormente ao advento do prazo ou condição o bem passa ao fideicomissário. Consequentemente, a propriedade do bem gravado de fideicomisso é resolúvel e por este motivo, referido bem é incomunicável dado que permanecerá sob o domínio do fiduciário apenas por certo período de tempo e com o intuito de repassá-lo ao fideicomissário. Igualmente o direito do herdeiro fideicomissário não integra a comunhão antes de realizada a condição posto que anteriormente a ela o fideicomissário apenas tem expectativa de direito. Contudo, realizada a condição suspensiva e passando o bem ao domínio do herdeiro fideicomissário, cessa a incomunicabilidade e o bem passa a integrar o acervo comum do casal. Do mesmo modo, no caso de morte do fideicomissário anterior a do fiduciário, o fideicomisso haverá caducado e portanto, a propriedade do bem é consolidada nas mãos do fiduciário. Assim, ao passo que o bem integra definitivamente o patrimônio do cônjuge, passa a pertencer à sociedade conjugal já que não há mais razão para a incomunicabilidade.

São incomunicáveis as dívidas anteriores ao casamento no entanto se comunicarão se forem revertidas em proveito do casal ou se adquiridas em virtude das despesas com o casamento. O patrimônio particular do cônjuge devedor responde por suas dívidas anteriores ao casamento e portanto incomunicáveis, no entanto os bens comuns podem ser alcançados até o limite máximo da meação do devedor.

Os bens doados por um dos cônjuges ao outro antes da celebração do casamento com cláusula de incomunicabilidade integram o patrimônio particular do cônjuge beneficiário caso contrário de nada valeria a doação no regime da comunhão universal de bens.

Dispõe o inciso V do art. 1.668 que igualmente estão excluídos da comunhão os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659 e são eles os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão, os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge bem como as pensões, meio-soldos, montepios e outras rendas semelhantes. No tocante a estes incisos, se aplica à comunhão total o mesmo disposto em relação à comunhão parcial.

Estabelece o art. 1.669 que “a incomunicabilidade dos bens enumerados no artigo antecedente não se estende aos frutos, quando se percebam ou vençam durante o casamento”.

Dessa forma, os bens elencados no art. 1.668 são incomunicáveis, entretanto os frutos de tais bens se comunicam ao consorte se vencidos ou percebidos na constância da união conjugal. Paulo Nader exemplifica o aludido artigo dispondo que “no fideicomisso, por exemplo, caso o bem seja alugado os valores recebidos ou vencidos durante a sociedade conjugal integram o patrimônio comum do casal” (2006, p. 494).

Do exposto, temos que ressalvados os casos dos bens enumerados no artigo 1.668 que não integram a comunhão do casal, todos os bens que os cônjuges possuíam ao casar-se bem como aqueles adquiridos na constância da sociedade conjugal, seja a título oneroso, por herança ou doação, formam o acervo comum.

Para Maria Berenice Dias, não há proporcionalidade entre o regime da comunhão parcial e o da comunhão universal pois as obrigações provenientes da prática de ato ilícito são excluídas do regime da comunhão parcial, a não ser que tenham revertido em proveito do casal, porém não o são na comunhão universal uma vez que essa exceção não consta expressamente no texto legal (2007, p. 223).

### **3.2.3 Administração do patrimônio comum e particular na comunhão universal**

É categórico o art. 1.670 do atual Código Civil ao estabelecer que “aplica-se ao regime da comunhão universal o disposto no Capítulo antecedente, quanto à administração dos bens”.

Dessa forma, a administração do patrimônio comum do casal compete a qualquer um dos cônjuges ou a ambos conjuntamente. Com relação às dívidas contraídas no exercício da administração, responderão os bens comuns e os particulares do cônjuge administrador bem como os bens particulares do seu consorte proporcionalmente à vantagem recebida e no que diz respeito às obrigações destinadas a atender aos encargos da família, respondem os bens comuns, independentemente se contraídas pelo marido ou pela esposa. No tocante aos atos de cessão do uso ou gozo dos bens comuns, a anuência de ambos os cônjuges se faz necessária. No caso de má administração do acervo comum por um dos cônjuges, o juiz, a requerimento do consorte poderá atribuí-la a apenas um dos cônjuges.

A administração relativa ao patrimônio particular de cada cônjuge, compete ao proprietário salvo disposto em contrário no pacto antenupcial, assim como as dívidas contraídas para sua administração ou em seu benefício obrigam apenas os bens particulares.

### **3.2.4 Término da responsabilidade do cônjuge com os credores do outro**

Dispõe o art. 1.671 que “extinta a comunhão e efetuada a divisão do ativo e passivo, cessará a responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro”. É sabido que as dívidas contraídas na constância do casamento bem como as anteriores a ele que foram revertidas em proveito da família ou efetuadas com os preparativos para o casamento, obrigam ambos os cônjuges. Dessa forma, dissolvida a sociedade conjugal, os consortes devem apurar o ativo e passivo, ou seja, os bens, créditos, débitos e obrigações para que se proceda à partilha. Neste momento tornam-se pessoais as dívidas contraídas por cada consorte, por conseguinte eles não mais são responsáveis para com os credores do outro. Entende Maria Berenice Dias que a expressão “extinta a comunhão” significa o fim da comunhão de vidas e não a extinção do casamento que apenas se dá pela morte de um dos consortes ou pela sentença transitada em julgado do divórcio ou invalidação do casamento (2007, p. 224).

## **3.3 SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS**

### **3.3.1 Separação Convencional de bens**

O regime da separação total é aquele que se contrapõe à comunhão universal no qual se formam apenas dois patrimônios que se mantém distintos: o patrimônio do homem e o da mulher. Tais acervos não se confundem permanecendo particulares tanto os bens adquiridos na constância do casamento quanto aqueles que cada cônjuge possuía ao casar-se, assim sendo não se forma entre os consortes um acervo comum. Por ser um regime convencional, os nubentes que por ele optarem devem fazê-lo por intermédio do pacto antenupcial no qual podem inclusive estabelecer cláusulas próprias que atendam suas necessidades. No tocante à incomunicabilidade também os frutos e os produtos provenientes dos bens particulares não se comunicam (NADER, 2006, p. 508).

Para Arnaldo Rizzardo as características deste regime estão assim resumidas:

- a) Propriedade plena e exclusiva pelos cônjuges dos bens existentes antes do casamento, e dos adquiridos na sua constância.
- b) Administração exclusiva dos mesmos pelo respectivo cônjuge proprietário.
- c) Livre disposição pelo cônjuge proprietário quanto aos bens móveis e imóveis, sem a outorga ou consentimento do outro na alienação ou oneração.
- d) Em princípio, responsabilidade única na satisfação das obrigações pelo cônjuge que as contraiu, a menos se destinadas ao proveito comum.

- e) Os eventuais créditos entre os cônjuges, especialmente os decorrentes de participação nas despesas com obras me bens imóveis particulares, regulados pelo direito obrigacional aplicável a estranhos.
- f) Contribuição mútua entre o marido e a mulher nas despesas da família, na proporção dos respectivos rendimentos (2007, p. 663).

Sustenta Paulo Nader que embora haja uma separação de patrimônios, os deveres conjugais não são afetados, devendo haver, neste regime como em qualquer outro “a) mútua fidelidade; b) vida em comum, no domicílio conjugal; c) mútua assistência; d) sustento, guarda e educação dos filhos; e) respeito e consideração mútuos” (2006, p. 509).

Maria Berenice Dias critica o regime da separação convencional de bens questionado a autonomia da vontade dos nubentes:

A mais saliente característica desse regime é a incomunicabilidade dos bens. Porém, vem a doutrina questionando a limitação à autonomia da vontade dos cônjuges imposta por lei. No pacto antenupcial tudo pode ser convencionalizado, contanto que não se contravenha disposição absoluta de lei (CC 1.655). Mas o casamento estabelece comunhão plena de vida (CC 1.565) e existem obrigações recíprocas, entre as quais a de vida em comum no domicílio conjugal e a de mútua assistência (CC 1.566 II e III). Assim, não há como reconhecer a autonomia privada da vontade em termos absolutos, pois é descabido o enriquecimento de um dos cônjuges à custa do outro, por ser contrário à “essência do casamento” (2007, p. 228).

Igualmente o faz Venosa “esse regime isola totalmente o patrimônio dos cônjuges e não se coaduna perfeitamente com as finalidades da união pelo casamento” e ainda conclui “de qualquer modo, afora o regime dotal, letra morta em nosso ordenamento no passado, não é muito utilizado entre nós” (2008, p. 339).

#### **a) Administração do patrimônio**

O cônjuge proprietário é o único responsável pela administração dos seus bens, podendo inclusive aliená-los ou gravá-los sem que seja necessário o consentimento do seu consorte. Neste sentido temos o art. 1.687 que dispõe: “estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob o administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real”. Insta salientar que a liberdade estabelecida no referido artigo aplica-se não só aos bens móveis mas também aos imóveis.

Neste mesmo sentido, estabelece a regra geral do art. 1.647 do Código Civil que “ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta”, assim, sendo o cônjuge casado por meio desse

regime não é necessária a anuência do seu consorte para “alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis, pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos, prestar fiança ou aval, fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação”.

Uma vez que neste regime prevalece a separação de todos os bens do casal inclusive aqueles adquiridos pelo esforço comum, as dívidas são de responsabilidade do cônjuge que as contraiu ainda que tenham sido revertidas em proveito da família. Dessa forma as dívidas anteriores ao casamento bem como as posteriores a ele não se comunicam ao consorte, devendo seguir a regra geral a qual estabelece que cada cônjuge é responsável pelas obrigações que contraiu. Para Arnaldo Rizzardo, “eventual ressarcimento contra o favorecido resolve-se segundo as regras obrigacionais aplicáveis às pessoas estranhas, de acordo com a doutrina tradicional” (2007, p. 661).

Ainda que casados sob o regime da separação absoluta, os cônjuges podem estabelecer um condomínio caso adquiram um bem conjuntamente, neste caso, o bem não integra um acervo comum posto que este não existe na separação de bens. Nos ensina Paulo Nader que “o condomínio entre os cônjuges, no regime de separação de bens, em nada difere do instituído entre pessoas estranhas, que por simples interesse econômico optaram pela aquisição conjunta de determinados bens” (2006, p. 513).

Por força do disposto no art. 990, inciso I, do Código Processual Civil, no caso de falecimento de um dos cônjuges, o cônjuge supérstite não pode figurar como inventariante.

#### **b) Despesas do casal**

Em que pese a total separação do ativo e passivo dos cônjuges, cada qual se responsabilizando por seus bens e dívidas, deve haver entre eles uma cooperação mútua no tocante às despesas familiares ressalvado o caso de disposição contrária no pacto antenupcial impondo a apenas um deles o sustento da família, assim estabelece o art. 1.688: “ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos do seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial”.

Já que ambos os cônjuges devem contribuir para as despesas da família proporcionalmente, as dívidas ou empréstimos contraídos na aquisição do necessário à economia doméstica se comunicam ao consorte (DIAS, 2007, p. 227).

### 3.3.2 Separação Obrigatória de bens

Vige nos regimes de bens o princípio da autonomia da vontade segundo o qual permite-se aos nubentes estipular o que melhor lhes aprouver quanto aos seus bens, no entanto tal princípio não é absoluto uma vez que a separação obrigatória é o regime imposto por lei aos nubentes que não observarem as causas suspensivas da celebração do casamento bem como ao maior de sessenta anos de idade e a todos que dependerem do suprimento judicial para casar, consoante com o disposto no art. 1.641 do Código Civil pátrio. Referido regime vigorará entre os nubentes ainda que estes permaneçam omissos na celebração do casamento, não sendo necessária sua adoção através do pacto antenupcial, por este motivo, para parte da doutrina, ademais da comunhão parcial, a separação obrigatória também pode ser chamada de regime legal.

A lei fixa este regime na tentativa de proteger as pessoas dos incisos II e III e o faz como uma sanção no caso do inciso I pela inobservância das causas suspensivas do casamento, descritas nos incisos de I a IV do art. 1.523 do Código Civil, segundo o qual não devem casar-se:

- I – o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;
- II – a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;
- III – o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha de bens do casal;
- IV – o tutor ou curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

Ainda estabelece o parágrafo único do referido artigo que os nubentes podem requerer ao juiz que deixe de aplicar as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV, desde que comprovem a inexistência de prejuízo para o herdeiro, ex-cônjuge e para o tutelado ou curatelado e no caso do inciso II, desde que a mulher prove o nascimento do filho ou a inexistência de gravidez, posto que não há motivo para a aplicação das causas suspensivas do casamento quando resta configurado que os interessados não sofrerão lesões. Assim sendo, quando não aplicadas as condições suspensivas, tampouco será obrigatória a separação dos bens, estando os contraentes livres a optar por qualquer dos regimes bem como elaborar regime próprio.

Insta salientar que o *caput* do art. 1.523 não impede o casamento entre as pessoas descritas nos seus incisos, no entanto, caso venham a contrair matrimônio desobedecendo a

restrição legal, o casamento não será nulo nem tampouco anulável, os nubentes apenas perderão o poder de escolha do regime de bens que pensam ser o mais adequado à sociedade conjugal.

Quanto ao maior de sessenta anos, a lei impõe a separação de bens independentemente se apenas um ou ambos os nubentes tiverem referida idade, na tentativa de protegê-lo de casamentos com interesse exclusivamente econômico, no entanto encontramos na maior parte da doutrina severas críticas à posição adotada pelo legislador. Silvio Rodrigues censura o protecionismo exagerado da lei, “tal restrição, a meu ver, é atentatória da liberdade individual. A tutela excessiva do Estado sobre pessoa maior e capaz decerto é descabida e injustificável”. E ainda conclui, “defeituosa por excessiva, é nesse sentido a proibição que se encontra na lei” (2002, p. 183). Igualmente o faz Caio Mário da Silva Pereira ao dizer que:

Esta regra não encontra justificativa econômica ou moral, pois que a desconfiança contra o casamento dessas pessoas não têm razão para subsistir. Se é certo que podem ocorrer nesses matrimônios por interesses nestas faixas estarias, certo também é que em todas as idades o mesmo pode existir (2004, p. 194)

Da mesma forma, segundo Maria Helena Diniz, não podemos nos esquecer de que o nubente sexagenário “tem maturidade suficiente para tomar uma decisão relativamente aos bens e é plenamente capaz de exercer atos na vida civil, logo, parece-nos que, juridicamente, não teria sentido essa restrição legal em função de idade avançada do nubente” (2002, p. 168).

Maria Berenice Dias acredita que a restrição legal imposta ao nubente maior de sessenta anos ofende o Estatuto do Idoso e acaba tendo seu sentido protetivo deturpado convertendo-se em verdadeira sanção ao idoso:

Em todas as outras previsões legais que impõem a mesma sanção ao menos existem justificativas de ordem patrimonial, ou seja, consegue-se identificar a tentativa de proteger os interesses de alguém. Com relação aos idosos, há presunção absoluta de senilidade. De forma aleatória e sem buscar sequer algum subsídio probatório, o legislador limita a capacidade de alguém exclusivamente para um único fim: subtrair a liberdade de escolher o regime de bens quando do casamento. A imposição de incomunicabilidade é absoluta, não estando prevista nenhuma possibilidade de ser afastada a condenação legal.

No entanto, em todas as demais hipóteses em que a lei impõe esse regime de bens, pode o juiz excluir dita apenação (CC 1.523 parágrafo único). Tal chance não é dada aos noivos idosos. Mesmo que provem a sinceridade de seu amor, sua higidez mental e que nem têm família para deixar seus bens. Não há outra opção. A lei é implacável. Ora, se a seqüela legal pode ser

afastada para os demais, nada justifica que não possa ser eliminada a imposição coacta aos sexagenários. Outro fundamento não deixa margem a qualquer resposta: a escancarada afronta ao princípio da isonomia que a regra legal encerra. É que essa restrição não existe na união estável. Assim, injustificável o desigualitário tratamento dispensado ao casamento. As limitações impostas à vontade dos noivos acabam tornando mais vantajosa a união informal (2007, p. 230).

Sempre que para a celebração do casamento ambos os nubentes ou apenas um deles dependerem do suprimento judicial para casar, o regime de bens que vigorará entre eles na constância do casamento é a separação obrigatória. O suprimento judicial pode ser quanto à idade ou quanto ao consentimento dos pais. Com relação à idade, estabelece o art. 1.520 do Código que será permitido o casamento de pessoas que todavia não atingiram a idade núbil, qual seja, 16 anos, com o intuito de evitar a imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez. Da mesma forma, haverá suprimento judicial do consentimento dos pais quando ambos ou em deles se negar a anuir com o casamento do filho menor de 18 anos e maior de 16 anos de maneira injustificada.

Maria Berenice Dias discorda da imposição legal da separação obrigatória nos caso de suprimento judicial pois “como o juiz só supre o consentimento quando injustificável foi a negativa dos pais, acabam sendo punidos os noivos por uma resistência descabida dos genitores em concordar com as núpcias” e ainda conclui “assim, injusto o regime da incomunicabilidade dos bens, não havendo por que o Estado impor qualquer tipo de punição quando a própria justiça chancelou a realização do matrimônio” (2007, p. 230).

Em relação à administração do patrimônio e às despesas do casal, são aplicados à separação obrigatória, os mesmos artigos referentes à separação convencional.

### **3.3.3 Aplicação da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal**

No intuito de evitar o enriquecimento sem causa, o regime da separação obrigatória de bens foi flexibilizado com o advento da súmula 377 do Colendo STF, segundo a qual “no regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Assim nos ensina Maria Berenice Dias que a restrição legal imposta pelo regime da separação diz respeito aos bens presentes e não aos futuros adquiridos na constância do casamento posto que este gera comunhão de vidas (2007, p. 232). Neste mesmo sentido já decidiu a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 2001/0102418-4:

Regime da separação obrigatória. Comunhão dos aquestos. Precedentes da Corte. 1. Esta Terceira Turma já assentou que “não violenta regra jurídica

federal o julgado que admite a comunhão dos aquestos, mesmo em regime de separação obrigatória, na linha de precedentes desta Turma” (REsp nº 208.640/RS, de minha relatoria, DJ de 28/5/01; REsp nº 138.431/RJ, Relator o Senhor Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 12/3/01). 2. Recurso especial não conhecido (26/06/2003).

Para Paulo Nader, “a súmula não condiciona a comunicação dos bens à participação de ambos os cônjuges na sua aquisição” (2006, p. 509).

Igualmente, nas palavras de Venosa, “a súmula não ressalva que os bens que se comunicam são os comprovadamente decorrentes do esforço comum” e ainda conclui, “essa matéria é daquelas nas quais há um descompasso entre a doutrina e a jurisprudência” (2003, p. 177). Neste sentido já decidiu a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 2005/0041830-1:

União estável. Dissolução. Partilha do patrimônio. Regime da separação obrigatória. Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes da Corte. 1. Não há violação do art. 535 do Código de Processo Civil quando o Tribunal local, expressamente, em duas oportunidades, no acórdão da apelação e no dos declaratórios, afirma que o autor não comprovou a existência de bens da mulher a partilhar. 2. As Turmas que compõem a Seção de Direito Privado desta Corte assentaram que para os efeitos da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal não se exige a prova do esforço comum para partilhar o patrimônio adquirido na constância da união. Na verdade, para a evolução jurisprudencial e legal, já agora com o art. 1.725 do Código Civil de 2002, o que vale é a vida em comum, não sendo significativo avaliar a contribuição financeira, mas, sim, a participação direta e indireta representada pela solidariedade que deve unir o casal, medida pela comunhão da vida, na presença em todos os momentos da convivência, base da família, fonte do êxito pessoal e profissional de seus membros. 3. Não sendo comprovada a existência de bens em nome da mulher, examinada no acórdão, não há como deferir a partilha, coberta a matéria da prova pela Súmula nº 7 da Corte. 4. Recurso especial não conhecido (11/04/2006).

E também já decidiu a Décima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Cível nº nº 176.318.4/6-00:

Casamento - Separação obrigatória - Súmula 377, do STF - Precedentes do STJ - Recurso provido para admitir a comunhão de aquestos, mesmo em regime de separação obrigatória, pelo simples fato de terem sido adquiridos na constância do casamento, não importando que hajam resultado ou não do esforço comum (04/11/2008).

A presunção de aquisição do bem pelo esforço comum igualmente é encontrada na decisão da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1997/0081247-2 segundo a qual:

DIREITO CIVIL. REGIME LEGAL DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS. AQUESTOS. SÚMULA 377. ESFORÇO COMUM. 1. A viúva foi casada com o de cujus por aproximadamente 40 (quarenta) anos, pelo regime da separação de bens, por imposição do art. 258, parágrafo único, I, do Código Civil de 1916. 2. Nestas circunstâncias, incide a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal que, por sinal, não cogita de esforço comum, presumido neste caso, segundo entendimento pretoriano majoritário. 3. Recurso especial não conhecido (20/11/2003).

Em que pese o entendimento jurisprudencial segundo o qual a lei presume a aquisição dos bens pelo esforço comum, para Silvio Rodrigues “mister se faz que o cônjuge que pleiteia participação no patrimônio, que acresceu ao seu consorte, prove que concorreu para aquele acréscimo com seus recursos ou seu trabalho” (2002, p. 191).

No mesmo pensamento para Carlos Roberto Gonçalves, no começo a súmula 377 foi usada com amplitude “posteriormente, no entanto, a sua aplicação ficou restrita aos bens adquiridos pelo esforço comum dos cônjuges, reconhecendo-se a existência de uma verdadeira sociedade de fato” (2005, p. 411). Neste sentido já decidiu a Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no Agravo de Instrumento nº 236.185-4/4-00:

INVENTÁRIO - Meação pretendida pela viúva, casada sob o regime da separação legal - Necessidade de efetiva comprovação da colaboração na aquisição dos aquestos – Súmula 377 do STF – Questão de alta indagação que deve ser dirimida nas vias ordinárias – Recurso improvido (23/04/2002).

Da mesma forma decidiu a Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no Agravo de Instrumento nº nº 37 3.874-4/9-00 pela necessidade de comprovação do esforço comum:

Inventário - Pretensão de herdeiro necessário à meação em numerário depositado - Regime da separação legal - Não aplicação da Súmula 377 do STF - Necessidade de comprovação, pela via autônoma, de que o bem foi adquirido por meio de esforço comum, de modo a se operar, eventualmente, a comunicação — Agravo não provido (17/03/2005).

Temos que a aplicação da súmula 377 não é pacífica na doutrina e jurisprudência uma vez que se discute se ela seria aplicada apenas à separação obrigatória ou se seria estendida também à separação convencional de bens, evitando dessa forma o enriquecimento sem causa de um dos cônjuges. Para alguns doutrinadores, a própria súmula traz

expressamente que se comunicarão os bens adquiridos na constância do casamento quando realizado no regime da separação legal de bens, assim sendo o regime alvo da súmula seria apenas a separação obrigatória justamente pelo fato de ter sido imposta aos nubentes como uma espécie de sanção pela inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento. Não haveria motivos para aplicar a súmula na separação convencional já que esta expressa a vontade dos nubentes de manterem separados seus bens reduzida a termo na escritura pública. Neste sentido temos a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 2001/0163483-7:

CASAMENTO. PACTO ANTENUPCIAL. SEPARAÇÃO DE BENS. SOCIEDADE DE FATO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DIVISÃO DOS AQUESTOS.- A cláusula do pacto antenupcial que exclui a comunicação dos aquestos impede o reconhecimento de uma sociedade de fato entre marido e mulher para o efeito de dividir os bens adquiridos depois do casamento. Precedentes (17/04/2007).

E também a decisão da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na Apelação Cível nº 70020214334, julgada no dia 24 de outubro de 2007:

SEPARAÇÃO JUDICIAL. UNIÃO ESTÁVEL ANTERIOR. PARTILHA. REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. PACTO ANTENUPCIAL. DESCABIMENTO. Descabe estabelecer partilha de bens ou mesmo qualquer indenização quando o regime matrimonial adotado pelos litigantes foi o da separação total de bens, convencionalizada através de pacto antenupcial, não tendo incidência, portanto, o teor da Súmula nº 377 do STF. Recurso desprovido, por maioria.

Sem embargo, a posição contrária questiona o enriquecimento sem causa de um dos cônjuges em detrimento do outro uma vez que casados, ainda que mantenham seus patrimônios incomunicáveis, existe a cooperação mútua entre eles, estendendo o entendimento também para a separação convencional. Dessa forma, para Maria Berenice Dias:

Vem a doutrina questionando a limitação à autonomia da vontade dos cônjuges imposta por lei. No pacto antenupcial tudo pode ser convencionalizado desde que não contravenha disposição absoluta de lei (CC 1.655). [...] Assim, não há como reconhecer a autonomia da vontade em termos absolutos, pois é descabido o enriquecimento de um dos cônjuges à custa do outro, por ser contrário à essência do casamento. [...] A presunção de comunicabilidade instituída pela súmula 377 do STF, quanto aos matrimônios celebrados sob o regime da separação legal, visa evitar o enriquecimento sem causa de um do par. As mesmas razões estariam

presentes no regime de separação convencional de bens, o que autoriza a divisão do patrimônio adquirido. Ainda que não haja a presunção *juris et de jure* de comunicabilidade, é suficiente a prova do esforço comum ou da participação efetiva na aquisição do patrimônio para dar ensejo à divisão (2007, p. 228).

### 3.4 PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS

A participação final nos aquestos trata-se de uma inovação dentre os regimes convencionais trazida pelo Código Civil de 2002, devendo ser adotado por intermédio do pacto antenupcial. É um regime híbrido, composto da separação e da comunhão parcial de bens, posto que durante o casamento vigoram as regras da separação dos bens do casal, no entanto, quando da dissolução da sociedade de fato, valem as da comunhão parcial na qual cada consorte tem direito à meação dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento segundo o art. 1.672 do Código Civil, pelo qual:

No regime da participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante com o disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

Comentando o aludido regime de bens Silvano Andrade do Bomfim dispõe que muito embora se assemelhe à comunhão parcial de bens, “dela se distancia quanto à inexistência de presunção de aquisição, por ambos os cônjuges, de bens durante a vigência do casamento, como ocorre na comunhão parcial”. Da mesma forma explícita que igualmente se difere da separação “na medida em que a separação será por tempo limitado, participando os cônjuges, ao final do casamento, dos ganhos percebidos sobre o patrimônio próprio uns dos outros” (2009, p. 77).

Conforme nos ensina Carlos Roberto Gonçalves, ele constitui o regime mais adequado às pessoas que exercem atividade empresarial pela liberdade de administrar os bens próprios dada aos cônjuges durante o casamento, sem que isso afete a participação nos aquestos no caso de término da união (2005, p. 429).

Insta salientar que encontramos na doutrina pesadas críticas acerca deste regime. Caio Mário da Silva Pereira critica a inovação trazida pelo Código pois acredita que referido regime não encontra amparo nas tradições da sociedade brasileira e tampouco oferece aos cônjuges regras mais vantajosas do que as já existentes nos outros regimes elencados

anteriormente os quais apresentam contribuições trazidas pela jurisprudência formada ao longo dos anos (2004, p. 228).

Venosa vai além prevendo que inclusive poderão ocorrer fraudes contra terceiros e contra o próprio cônjuge:

Embora não seja dado ao jurista raciocinar sobre fraudes, esse regime ficará sujeito à vicissitudes e abrirá campo vasto ao cônjuge de má-fé. Basta dizer que esse cônjuge poderá adredemente esvaziar seu patrimônio próprio, alienando seus bens, com subterfúgios ou não, de molde que não existam bens ou qualquer patrimônio para integrar a comunhão quando do desfazimento previamente engendrado da sociedade conjugal. Sabemos que a necessidade de outorga conjugal para a alienação de imóveis não obsta a condução de vontade, a supremacia da vontade de um dos cônjuges sobre o outro no recôndito do lar. Isso trará sem dúvida uma instabilidade não só ao consórcio, como também aos terceiros que contratam com o casal nesse regime. Levante-se até mesmo a necessidade, de *lege ferenda*, de um período suspeito para os atos de disposição de bens, que poderão ocorrer em fraudes contra terceiros e contra o próprio cônjuge, tal como existe na falência. Essas cautelas podem até mesmo ser colocadas na escritura do pacto, mas transformariam, sem dúvida, o casamento estritamente em um negócio patrimonial (2003, p. 192).

Para Silvio Rodrigues esta opção é pouco usada pelos nubentes em virtude do processo extremamente lento e dispendioso para apuração dos aquestos, com uma complexa apuração contábil e conforme o caso sendo inclusive necessária a realização de perícia (2006, p. 196).

### **3.4.1 Patrimônio**

O patrimônio próprio de cada consorte é constituído dos bens que possuía ao casar bem como aqueles adquiridos na constância do casamento a qualquer título, de acordo com o que estabelece o art. 1.673 do Código, contudo apenas serão partilhados aqueles adquiridos onerosamente na constância do casamento. Por este motivo para Caio Mário da Silva Pereira, é importante fazer uma minuciosamente descrição no pacto antenupcial dos bens de cada um dos cônjuges que integram seu patrimônio particular e que não serão parte da meação, evitando dessa forma, confusões futuras (2004, p. 229).

A administração desses bens é reservada exclusivamente ao cônjuge proprietário, podendo este alienar livremente os bens móveis entretanto, quanto aos imóveis, estabelece o art. 1.656 nas disposições gerais dos regimes de bens que “no pacto antenupcial, que adotar o regime de participação final nos aquestos, poder-se-á convencionar a livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares”. Dessa forma, caso haja cláusula expressa autorizando a

livre alienação dos bens imóveis, por óbvio, a anuência do consorte não se faz necessária no entanto, no silêncio do pacto, o consentimento do outro torna-se indispensável.

Salvo prova em contrário, os bens móveis têm a presunção de que foram adquiridos na constância do casamento, de acordo com o disposto no parágrafo único do art. 1.674. Da mesma forma, com relação a terceiros os bens móveis presumidamente, são considerados de propriedade do cônjuge devedor, ressalvado o caso de constituírem bens de uso pessoal do outro, consoante com o disposto no art. 1.680 do Código Civil. Assim sendo, entre os próprios cônjuges, os bens móveis pertencem a quem os adquiriu entretanto, perante terceiros, presume-se ser o bem de propriedade do cônjuge devedor, salvo prova em contrário do outro.

No tocante aos bens imóveis, dispõe o art. 1.681 que “são de propriedade do cônjuge cujo nome constar no registro”. Contudo a lei faculta ao seu consorte impugnar a titularidade do referido bem, cabendo ao cônjuge proprietário comprovar sua aquisição regular, é o que estabelece o parágrafo único do mesmo artigo. Para Carlos Roberto Gonçalves, o cônjuge proprietário deve comprovar que adquiriu o bem com recursos próprios sem o auxílio do seu consorte, todavia, “de qualquer modo, para fins de participação final nos aquestos, a titularidade exclusiva perde a importância, pois os bens particulares integram o monte partilhável” (2005, p. 431).

O casal poderá adquirir bens conjuntamente através do esforço comum, constituindo-se entre eles um condomínio, sendo que neste caso, cada um dos consortes é proprietário de uma fração ideal de acordo com o art. 1.679 segundo o qual “no caso de bens adquiridos pelo trabalho conjunto, terá cada um dos cônjuges uma quota igual no condomínio ou no crédito por aquele modo estabelecido”.

### **3.4.2 Dívidas**

No tocante às dívidas posteriores ao casamento contraídas por um dos cônjuges, apenas este último será responsabilizado salvo prova em contrário no sentido de terem sido revertidas também em proveito do casal, neste sentido dispõe o art. 1.677 do Código Civil Brasileiro, “pelas dívidas posteriores ao casamento, contraídas por um dos cônjuges, somente este responderá, salvo prova de terem revertido, parcial ou totalmente, em benefício do outro”. Dessa forma, o legislador acabou por inverter o ônus da prova afastando a presunção de que quem contraiu a dívida o fez em benefício da família em virtude da sua responsabilidade pelos encargos familiares (DIAS, 2007, p. 226).

No caso de as dívidas contraídas por um dos cônjuges serem superiores à sua meação nos bens, o seu consorte não será obrigado e tampouco seu herdeiros, é o que estabelece o art. 1.686 do Código Civil. Contudo, se um dos consortes vier a solver dívida do outro, com seu patrimônio, este valor deverá ser devidamente atualizado e imputado à meação do cônjuge devedor quando da dissolução da sociedade conjugal, nos exatos termos do art. 1.678 do Código.

### 3.4.3 Meação dos aquestos

A meação de cada cônjuge será apurada somente após da dissolução da sociedade conjugal, assim estabelece o art. 1.683 do Código Civil “na dissolução do regime de bens por separação judicial ou divórcio, verificar-se-á o montante dos aquestos à data em que cessou a convivência”. Frise-se que o momento oportuno para apurar a totalidade dos aquestos é quando da separação de fato e não na data da decretação da separação judicial ou o divórcio. Neste momento todos os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento serão somados e a partir de então se procede à partilha. Dessa forma Caio Mário da Silva Pereira entende ser a apuração dos aquestos:

Ocorrendo a dissolução da sociedade conjugal (pela morte de um dos cônjuges, pela separação judicial ou pelo divórcio), reconstitui-se contabilmente uma comunhão de aquestos. Nesta reconstituição nominal (não *in natura*), levanta-se o acréscimo patrimonial de cada um dos cônjuges no período de vigência do casamento. Efetua-se uma espécie de balanço, e aquele que se houver enriquecido menos terá direito à metade do saldo encontrado (2004, p. 229).

Assim sendo verifica-se que a comunhão dos aquestos se dá apenas quanto ao ativo patrimonial (NADER, 2006, p. 503). No entanto nem todos os bens próprios de cada consorte serão partilhados, estabelecendo o art. 1.674 aqueles que serão excluídos da meação:

Sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal, apurar-se-á o montante dos aquestos, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios:

- I – os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram;
- II – os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade;
- III – as dívidas relativas a esses bens.

Dessa forma, assim como na comunhão parcial, não integram a meação os bens anteriores ao casamento e os sub-rogados em seu lugar, bem como os adquiridos por herança

ou doação e tampouco será comum as dívidas contraídas em virtude desses bens. Arnaldo Rizzardo elenca as diferenças entre o presente regime e a comunhão parcial e universal:

Distingue-se do regime de comunhão parcial, pois neste existe comunicação dos bens que sobrevierem ao casal, na constância do matrimônio, segundo o art. 1.658. A comunicação dá-se no ato da aquisição. A administração é comum, ou cabe a qualquer dos cônjuges. Na comunhão universal, de modo geral, a comunicação estende-se aos bens presentes e futuros, com algumas ressalvas, como estabelece o art. 1.667 e se discrimina no art. 1.668, cabendo, igualmente, a ambos a administração.

Na espécie em exame, a divisão só acontece só após a dissolução da sociedade conjugal, que se dá por morte ou por separação judicial, e restritamente àqueles patrimônio formado pelos aquestos, que é o adquirido pelo casal a título oneroso, sem envolver aqueles bens próprios que seguem na ordem do art. 1.674 (2007, p. 658).

Igualmente nos ensina Maria Berenice Dias que a diferença entre a participação final nos aquestos e os outros regimes de bens consiste no fato de que a participação no patrimônio adquirido pelo outro cônjuge dá-se de forma contábil e não através da composição de um condomínio. Posteriormente à compensação, quando verificada diferença de valores, esta configura crédito de um dos cônjuges com relação ao outro, dessa forma, “o direito não é sobre o acervo do outro, mas sobre o eventual saldo após a compensação dos acréscimos patrimoniais de cada um” (2007, p. 225).

O Código Civil, em seu art. 1.684, traz a hipótese de não ser conveniente a divisão de todos os bens em virtude da sua natureza, neste caso portanto “calcular-se-á o valor de alguns e de todos para a reposição em dinheiro ao cônjuge não proprietário”. Caso a reposição em dinheiro não puder realizar-se “serão avaliados e, mediante autorização judicial, alienados tantos bens quantos bastarem”. Dessa forma nos explica Paulo Nader sua interpretação acerca do art. 1.684:

Se a divisão for possível utilizando-se os próprios bens, assim se deveria proceder, mas como na prática dificilmente a operação se torna factível, buscar-se-á a solução mediante reposição em dinheiro ao cônjuge não proprietário. Assim, não se altera o registro do imóvel, cabendo ao consorte a soma em dinheiro. Caso esta fórmula não seja realizável, determina o art. 1.684, pelo parágrafo único, a avaliação dos bens e, mediante autorização judicial, a venda de tantos bens quantos necessários (2006, p. 504).

Estabelece o inciso IV do art. 1.647 nas disposições gerais dos regimes de bens, que é vedado ao cônjuge, fazer doação não sendo remuneratória de bens que possam integrar futura meação sem a anuência do seu consorte, salvo no regime da separação de bens. Assim

sendo, esta doação não é permitida pelo Código mas, no caso em que um dos cônjuges, descumprindo a vedação legal, proceda a este ato de liberalidade, o seu consorte que se sentiu prejudicado poderá reivindicar o bem ou declará-lo no monte partilhável para compensação, na sua falta, igualmente seus herdeiros podem fazê-lo, é o que estabelece o art. 1.675 do CC. Do mesmo modo “incorpora-se ao monte o valor dos bens alienados em detrimento da meação, se não houver preferência do cônjuge lesado, ou de seus herdeiros, de os reivindicar”, consoante com o disposto no art. 1.676 do Atual Código. Temos portanto que os bens alienados por um dos cônjuges em prejuízo da futura meação podem ser reivindicados se assim desejar seu consorte ou caso contrário esses valores serão compensados.

Segundo dispõe o art. 1.685 do CC, em se tratando da dissolução da sociedade conjugal pela morte de um dos cônjuges, se procederá à meação dos bens e consequente partilha, de acordo com os artigos presentes neste Código e em seguida será conferida a herança aos herdeiros. Insta salientar que consoante com o disposto no inciso I do art. 1.829 do Código Civil, é permitido ao cônjuge supérstite, casado sob o regime da participação final nos aquestos com o *de cujos*, concorrer na herança com os descendentes do falecido e com seus ascendentes independentemente do regime de bens pelo qual foram casados.

O direito à meação não pode ser renunciado, cedido e tampouco penhorado na vigência do regime matrimonial posto que o cônjuge tem apenas expectativa de direito pois apenas se procede à meação finda a sociedade conjugal, assim estabelece o art. 1.682 do CC “o direito à meação não é renunciável, cessível ou penhorável na vigência do regime matrimonial”. Trata-se de uma norma de caráter público e como tal não pode ser alterada pela vontade das partes na convenção antenupcial.

## CAPÍTULO IV – DO PRINCÍPIO DA MUTABILIDADE MOTIVADA

Dispunha o art. 230 do Código anterior que “o regime dos bens entre cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável”. Por conseguinte, valia o inverso do que se tem hoje, ou seja, a imutabilidade de regimes segundo a qual o regime patrimonial adotado nas bodas deveria produzir efeitos até sua dissolução sem que houvesse a possibilidade de mudá-lo, ainda que existisse justo motivo para tanto. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

A inalterabilidade do regime de bens assentava, com efeito, em três razões principais: a) o contrato de casamento, que era concebido como um pacto de família, inalterável por vontade dos cônjuges; b) o propósito de evitar que a influência exercida por um cônjuge sobre o outro pudesse provocar abuso dessa ascendência para a obtenção de alterações em seu benefício; c) a defesa de interesses de terceiros (2005, p. 384).

Para referido doutrinador, na vigência do Códex anterior, os nubentes, antes de celebrado o casamento, podiam livremente alterar o pacto antenupcial, no entanto, após sua realização, a convenção tornava-se imutável. Mesmo nos casos de reconciliação dos separados judicialmente “dá-se, até hoje, no mesmo regime de bens em que havia esta sido estabelecida. Se o casal se divorciar, poderá casar-se novamente, sob regime diverso do anterior” (2005, p. 384).

Ainda durante a vigência do Código de 1916, com o advento da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, o princípio da imutabilidade de regimes já foi sendo relativizado posto que referida súmula, permite que sejam reconhecidos o esforço e a colaboração do cônjuge na aquisição do patrimônio muito embora casados pelo regime imposto legalmente.

Uma das inovações trazidas ao Direito de Família com o Código Civil de 2002 é a mutabilidade do regime de bens adotado. Assim dispõe o §2º do art. 1.639, “é admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado por ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”.

De acordo com Paulo Nader, o procedimento adotado pelo legislador, conseguiu conciliar os argumentos contrários a essa possibilidade de mudança. “Podendo ouvir cada cônjuge ou companheiro separadamente, o juiz poderá certificar-se da espontaneidade das declarações, ou seja, da ausência de constrangimento entre os interessados” (2006, p. 443).

Nas palavras de Venosa, “o futuro nos dirá se andou bem o legislador”. Acredita ele que a adoção desse princípio pelo atual Código foi influenciada pela união estável uma vez

que “os companheiros sempre gozaram de maior mobilidade no tocante aos bens comuns” e arremata dizendo que “manter a imutabilidade do regime de bens seria tratar o casamento de forma mais rigorosa que a união sem casamento” (2006, p. 339).

Para Maria Berenice Dias, não seria apenas possível deixar um regime para adotar outro ou fazer combinações dentre os já existentes como também, introduzir modificações ao regime já adotado posto que antes de celebrado o casamento os nubentes detém plena liberdade de deliberarem acerca dos bens (2007, p. 213).

Consoante com o entendimento de parte da doutrina, a inovação referente ao princípio da mutabilidade é relativa posto que, para esses autores a regra é a imutabilidade de regimes sendo a mudança permitida em casos excepcionais preenchidos os requisitos estabelecidos na lei. Neste sentido, para Carlos Roberto Gonçalves:

O Código Civil de 2002, dessarte, inovou substituindo o princípio da imutabilidade absoluta do regime de bens pelo da mutabilidade motivada ou justificada. A inalterabilidade continua sendo a regra e a mutabilidade a exceção, pois esta somente pode ser obtida em casos especiais, mediante sentença judicial, depois de demonstrados e comprovados, em procedimento de jurisdição voluntária, a procedência da pretensão bilateralmente manifestada (2005, p. 385).

Também Arnaldo Wald compartilha da mesma opinião ao dispor que o atual Código “admite a alteração parcial do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado por ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros” e portando conclui que “é mantida a irrevogabilidade do regime” (2002, p. 108).

No tocante a quem comportaria a mudança de regime temos que ela não é admitida nas hipóteses em que os nubentes não observaram as regras suspensivas da celebração do casamento elencadas nos incisos do art. 1.641, aos maiores de sessenta anos bem como aqueles que dependeram do suprimento judicial para casar, casos estes aos quais a lei impõe o regime da separação de bens conforme analisado anteriormente.

De igual forma para Maria Berenice Dias, via de regra, apenas poderia ser realizada se os contraentes, quando da celebração do casamento tivessem a liberdade de escolha acerca do regime. “Para os que foram obrigados a adotar o regime da separação de bens (CC 1.641), não é autorizada a mudança durante a vigência da sociedade conjugal” e ainda nos ensina que “admitir-se essa possibilidade seria contrariar o teor da norma jurídica, que obriga o casamento por esse regime patrimonial, a fim de proteger um ou ambos os cônjuges”. Sua

argumentação é no sentido de que cessada a causa que gerou a regra suspensiva do casamento, cessa a obrigatoriedade da separação de bens por conseguinte surge para os cônjuges a possibilidade de alteração do regime imposto para aquele que mais adequado lhes pareça. No entanto, se a impossibilidade de escolha do regime tiver por causa a idade acima de 60 anos de um ou de ambos os nubentes, não há razão para a modificação do regime uma vez que a razão ensejadora da separação obrigatória não cessará (2007, p. 213). Neste mesmo sentido temos o acórdão prolatado pela Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Cível nº 552.439-4/9-00, no dia 27 de maio de 2008:

Alteração de regime de bens do casamento - Casamento celebrado em 2004 - Regime imposto por lei em razão da inobservância da causa suspensiva apontada, à qual agora já não mais existe, vez que a partilha já foi regularizada, deixando de existir a causa suspensiva (artigo 1523, inciso III do Código Civil) e, por consequência, torna-se insubsistente tal imposição legal, ou seja, a obrigatoriedade do regime da separação de bens (artigo 1641, inciso I do Código Civil), que reflete de forma negativa aos interesses do casal- Possibilidade — Pretensão razoável que atende ao disposto no § 2º, do artigo 1.639 do CC/2002 – Ação procedente - Recurso provido.

Do mesmo modo cumpre ressaltar que a limitação imposta aos maiores de 60 anos no tocante à obrigatoriedade da separação de bens deve ser observada apenas para a celebração do casamento e não levada em consideração para fins de mudança do regime de bens, logo, uma pessoa casada que completa 60 anos durante as bodas, pode livremente desde que com a anuência do consorte, alterar o regime escolhido (DIAS, 2007, p. 214). De igual forma já decidiu a Segunda Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Cível nº 310.746-4/4, julgada em 26 de outubro de 2004:

Casamento - Regime de bens – Alteração permitida na regra do artigo 1639 § 2º do novo Código Civil - Hipótese em que um dos cônjuges tem hoje idade superior a sessenta anos mas não a época do casamento - Casal que havia adotado o regime de completa separação de bens através de pacto antenupcial. Possibilidade, em tese, da mutação do regime considerada a longa duração da união conjugal - Necessidade, entretanto, de pesquisa sobre a atual capacidade de livre manifestação de vontade do varão e da procedência das razões invocadas para fundamentação do pedido – Julgamento antecipado - Inadmissibilidade – Sentença anulada de ofício.

## 4.1 REQUISITOS LEGAIS

O § 2º do art. 1.639 que autoriza a mudança, igualmente prevê seus requisitos ensejadores, sejam eles, a necessidade da autorização judicial; pedido motivado; postulação por ambos os cônjuges; procedência das razões e ressalva dos direitos de terceiros.

### 4.1.1 Autorização Judicial

A mudança apenas pode ser concretizada mediante autorização judicial não bastando o simples requerimento junto ao Cartório de Registro Civil (RIZZARDO, 2007, p. 633).

Neste sentido para Maria Berenice Dias “o pacto é um ato notarial e sua alteração um ato judicial” (2007, p. 215).

### 4.1.2 Pedido Motivado

Da mesma forma o pedido deve estar pautado em um justo motivo suficiente a autorizar a alteração posto que não se aceita a simples manifestação da vontade dos cônjuges neste sentido. Para Arnaldo Rizzardo, um motivo que justificaria essa mudança está “na constituição de uma sociedade personificada entre o marido e a mulher, ou naquela formada com terceiro em que ambos participam, o que está vedado se o regime de bens consistir no de comunhão universal ou no de separação obrigatória” e ainda conclui que “a motivação com base nesse cânone justifica a pretensão de mudar o regime para o de comunhão parcial, ou de participação final nos aquestos, ou o de separação voluntária de bens” (2007, p. 634). Cumpre observar o disposto no acórdão prolatado pela Sétima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação nº 367.689-4/5-00, no dia 13 de dezembro de 2006:

Regime de bens — Alteração — Casamento anterior ao Código Civil de 2002 - Admissibilidade - Sentença de improcedência - Pedido imotivado - No caso, os requisitos exigidos para a alteração de regime (motivação relevante e ressalva dos direitos de terceiros) não foram cumpridos - Desobediência do art. 1639, §2º do Código Civil — Recurso desprovido.

Por outro lado, acredita Paulo Nader, ser desnecessária a exigência de apresentação de motivos relevantes para viabilizar a alteração do regime adotado:

Entendo suficiente ao arbítrio do juiz a constatação da espontaneidade do casal em sua manifestação e o afastamento de algum prejuízo potencial ou em concreto para terceiros. Há, todavia, quem sustente a necessidade da

apresentação de razões relevantes pelo casal. Penso que tal exigência não se encontra no espírito da lei, bastando a ausência de qualquer prejuízo para terceiros e a convicção da voluntariedade do pedido. Sem tais óbices, os motivos que inspiram a liberdade de escolha do regime e sua alteração antes do casamento continuam a existir após a celebração do ato (2006, p. 443).

Acerca do assunto temos a decisão prolatada pela Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível nº 70012341715, julgada no dia 14 de setembro de 2005:

REGISTRO CIVIL. REGIME DE BENS. ALTERAÇÃO. MOTIVAÇÃO. Com o reconhecimento da mutabilidade do regime de bens pelo Código Civil houve, em verdade, uma otimização do princípio da autonomia da vontade do casal, consagrado no princípio da livre estipulação do pacto, de forma que não deve a Justiça ser por demais resistente no exame do requisito da motivação previsto no §2º do art. 1639 do Código Civil. Até porque, a esta exigência legal deve ser conferida uma conotação de ordem subjetiva, tendo em vista as inúmeras razões internas e externas que podem levar um casal a optar pela alteração do regime de bens. Ademais, não se pode olvidar que, quando da escolha do regime de bens por ocasião da celebração do casamento, não é exigido dos nubentes qualquer justificativa sobre o pacto eleito, motivo pelo qual, por mais esse fundamento, tal condição deve ser minimizada pelos julgadores. Apelo provido.

#### **4.1.3 Postulação por ambos os cônjuges**

A necessidade de o pedido ser formulado conjuntamente pelos cônjuges implica que eles estejam de comum acordo e que não haja controvérsia acerca do tema. De igual forma deve externar o desejo mútuo. Para Rizzardo, é descabido esse requisito porquanto impede a postulação de apenas um dos consortes, na tentativa de salvar o patrimônio particular, no caso do outro ser perdulário e se casados forem sob o regime da comunhão universal (2007, p. 634).

No entanto, ainda que possa prejudicar o patrimônio do casal, não cabe nesta situação pedido formulado unilateralmente por um dos consortes podendo o cônjuge que se sinta prejudicado tomar outras medidas cabíveis, consoante com os ensinamentos de Maria Berenice Dias, “descabe o uso do processo litigioso, não se cogitando de suprimento judicial do consentimento para buscar a alteração do regime” (2007, p. 215).

#### **4.1.4 Procedência as razões**

Para que a alteração seja deferida é preciso que as alegações dos cônjuges sejam procedentes, assim sendo, este requisito encontra-se intimamente relacionado com a

motivação do pedido uma vez que não será concedida a mudança senão em virtude de motivo plausível, consoante com o exposto até então. Neste sentido Rizzardo expõe que:

Muda-se porque se objetiva salvar o patrimônio, ou diante da necessidade de ser dar segurança econômica ao outro cônjuge, na perspectiva de um deles falecer, e transferir-se hereditariamente o patrimônio para parentes que jamais prestaram auxílio ao cônjuge que sobreviverá, ou totalmente desligados dele (2007, p. 634).

O mesmo se observa no acórdão prolatado pela Nona Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação nº 400.534.4/8-00, julgado em 22 de novembro de 2005:

Casamento - Alteração do regime de bens - Casamento celebrado na vigência do Código Civil de 1916 - Extinção sem julgamento do mérito - Pedido juridicamente impossível - Inconformismo - Possibilidade de alteração do regime, diante da inexistência de vedação expressa - Extinção afastada para enfrentamento do mérito Pedido motivado por ambos os cônjuges, sendo relevantes as razões invocadas – Necessidade de oitiva dos requerentes em audiência - Sentença reformada – Recurso provido em parte.

#### **4.1.5 Ressalva dos direitos de terceiros**

Os terceiros sejam eles credores ou titulares de direitos sobre os bens, não podem ser prejudicados pela alteração do regime entre os consortes posto que acarreta mudanças nas relações patrimoniais entre estes e aqueles. Isto posto, seus direitos quedam ressalvados dessas eventuais alterações. Assim, nas palavras Caio Mário da Silva Pereira, ressaltar os direitos de terceiros “significa que serão respeitados os negócios jurídicos realizados pelos cônjuges na vigência do regime anterior” (2004, p. 192).

No dizer expressivo de Silvio Rodrigues:

A modificação, para os terceiros que haviam contratado com base no regime de bens anterior, é ineficaz, deixando, pois, de produzir efeitos independentemente de qualquer outra providência. Sendo ineficaz o ato, dispensa a ação específica para invalidação, podendo a questão ser apreciada nos próprios autos em que o terceiro busca o cumprimento da obrigação. E independentemente da solução do conflito com determinado contratante, para os cônjuges e novas relações, permanece íntegra a modificação efetuada (2006, p. 151).

Para corroborar essa proteção aos terceiros, o inciso II, “1”, do art. 167 da Lei de Registros Públicos, determina a averbação “das convenções antenupciais, e do regime de bens

diversos do legal, nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais pertencentes a qualquer dos cônjuges, inclusive os adquiridos posteriormente ao casamento”, por conseguinte a sentença que concede a mudança do regime deve ser igualmente averbada no Cartório de Registro de Imóveis (DIAS, 2007, p. 215).

De igual forma se observa o exposto no acórdão prolatado no Agravo de Instrumento nº 70026062281 pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no dia 08 de outubro de 2009:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS DO CASAMENTO. MUDANÇA DO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL PARA O DA SEPARAÇÃO ABSOLUTA. APRESENTAÇÃO DE ESCRITURA PÚBLICA DE PACTO NUPCIAL. Segundo o art. 1639, §2º, do CCB, admite-se a alteração do regime de bens do casamento quando, submetido o pedido à autorização judicial, admite o magistrado pela relevância da fundamentação apresentada, ressalvados direitos de terceiros, procedendo o termo judicial a registro, restando desnecessária a lavratura de escritura pública de pacto nupcial, não exigida em lei para tal desiderato. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

Outra hipótese também de proteção a terceiros encontramos no que foi estabelecido na Jornada de Direito Civil, realizada em Brasília pelo Superior Tribunal de Justiça em meados de junho de 2002, na qual a autorização judicial para a alteração do regime deve levar em consideração inexistência de dívidas de qualquer natureza, inclusive junto aos entes públicos (GONÇALVES, 2005, p. 389).

Dentre os requisitos para a concessão da mudança de regime, o legislador não fez nenhuma exigência no tocante a um tempo mínimo do casamento e tampouco apresentou um rol de razões que poderiam justificar o pedido. Dessa forma, a sentença não é unicamente homologatória já que exige-se que seja devidamente fundamentada (GONÇALVES, 2005, p. 386).

O procedimento da mudança do regime de bens segue o da jurisdição voluntária nos exatos termos do art. 1.103 e seguintes do Código de Processo Civil, pelo qual apenas os cônjuges são os interessados não cabendo a intervenção de qualquer outra pessoa ainda que seja ascendente, descendente ou credor, salvo o membro do Ministério Público que atuará como fiscal da lei por se tratar de jurisdição voluntária (RIZZARDO, 2007, p. 634).

## 4.2 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO AOS CASADOS SOB O CÓDIGO DE 1916

No tocante ao emprego do princípio em discussão aos cônjuges casados sob a égide do Código de 1916, divide-se a doutrina ao interpretar o disposto no art. 2.039 das disposições finais e transitórias do atual Código segundo o qual “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”.

Para parte dos doutrinadores, os casados pelas regras patrimoniais contidas no Código anterior não podem valer-se deste princípio para alterá-las, logo, se as normas pretéritas eram no sentido da imutabilidade de regimes, a alteração é vedada. Compartilha deste pensamento Arnaldo Rizzardo ao expor que “conforme o art. 2.039 do Código, não se altera o regime do casamento celebrado na vigência do Código de 1916” (2007, p. 634).

Contrariamente à opinião acima exposta, outros pensadores dão interpretação diversa ao dispositivo legal, defendendo que o artigo em tela está relacionado com a manutenção das regras específicas dos regimes elencados na legislação anterior as quais devem ser mantidas, e não no tocante à mutabilidade. Cumpre observar que Maria Berenice Dias defende a aplicação do princípio da lei mais benéfica:

Ainda assim, é mister reconhecer que não existe qualquer restrição legal à mudança, independentemente da época em que foi celebrado o matrimônio. É imposto respeito ao regime de bens, e não à sua imodificabilidade. Não há como falar em direito adquirido a restrição de direito. Consequentemente, se a lei concede um benefício mais amplo, não cabe limitar a liberdade de buscar sua concessão. Deve ser invocado o princípio da lei mais benéfica. Ao depois, a norma que instituiu a possibilidade de alteração não faz qualquer ressalva quanto à data da celebração do casamento. Portanto, o Código Civil de 1916 segue regulando os matrimônios celebrados ao seu tempo, sem haver qualquer impedimento à alteração do regime matrimonial (2007, p. 214).

Nesse mesmo sentido nos ensina Silvio Rodrigues que a mutabilidade não é um efeito do regime de bens mas sim, uma característica desse efeito patrimonial:

Mas a imutabilidade não é um efeito do regime de bens propriamente dito (no que diz respeito ao que entra ou deixa de incorporar a comunhão), senão uma característica do efeito patrimonial do casamento. Aliás, note-se estar situada a imutabilidade nas disposições gerais, e não nas disposições específicas de cada regime (estas submetidas a comando contido no art. 2.039). É mais relevante observar que no sistema anterior a irrevogabilidade se continha nos efeitos jurídicos do casamento, e não na parte (geral ou específica) do regime de bens, vale dizer, o matrimônio, não a opção de tal

ou qual modelo, tornava irrevogável o regime. Evidencia-se, nessas condições, que a mutabilidade é decorrente do matrimônio, é uma característica, repetimos, do regime patrimonial do casamento e, como tal, submete-se de pronto ao novo regime legal pela eficácia imediata da norma nos termos do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil (2006, p. 153).

Neste sentido temos o acórdão prolatado pela Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Cível nº 361.339-4/5, julgada em 17 de novembro de 2005:

Alteração de regime do casamento. Mutabilidade do regime de bens prevista no art. 1639, § 2º, do Código Civil. Previsão de que os casamentos realizados sob a égide do regime anterior continuam submetidos a ele. Exegese do art. 2039 do Código Civil. Regra das Disposições Transitórias direcionada exclusivamente aos efeitos dos diversos regimes de bens, que não impede a mutabilidade quanto aos casamentos realizados sob à égide da lei anterior. Possibilidade que não autoriza abrir mão das cautelas necessárias. Necessidade de juntada de documentos e publicidade para salvaguardar interesse de terceiros. Conversão do julgamento em diligência. Recurso provido, com determinação.

Evidenciando a posição acima, o acórdão da Primeira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Cível nº nº 433.243.4/6-00 no dia 24 de outubro de 2006, reformou a decisão do juízo “a quo” que decidiu pela imutabilidade do regime de bens de um casamento celebrado sob a égide do Código de 1916:

REGIME DE BENS - PEDIDO DE ALTERAÇÃO, FORMULADO NA VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO CIVIL, RELATIVAMENTE A CASAMENTO CELEBRADO ANTERIORMENTE INDEFERIMENTO PELO MM JUIZ, POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO, SOB O FUNDAMENTO DE QUE ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS SOMENTE PODE OCORRER M RELAÇÃO AOS CASAMENTOS VERIFICADOS A PARTIR DA DATA DA ENTRADA EM VIGOR DO NOVO CÓDIGO CIVIL - PRINCIPIO DA IMUTABILIDADE QUE JÁ NÃO ERA ABSOLUTO, MESMO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE 1916 - IRREVOGABILIDADE QUE CARACTERIZAVA OS EFEITOS PATRIMONIAIS DO CASAMENTO E NÃO O MODELO DO REGIME DE BENS - POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS DOS CASAMENTOS REALIZADOS SOB A ÉGIDE DA LEI ANTERIOR RECONHECIDA - EXEGESE DO ART 1.639, § 2º DO NOVO CÓDIGO CIVIL - EXTINÇÃO DO PROCESSO AFASTADA EM SEGUNDO GRAU - RETORNO DOS AUTOS AO PRIMEIRO GRAU PARA APRECIÇÃO DO MÉRITO - RECURSO PROVIDO EM PARTE PARA TAIS FINS.

Ante a questão exposta, Caio Mário da Silva Pereira nos sugere um desfecho adequado resguardando argumentos das duas posições acima reveladas:

Pela leitura literal desta regra legal, se o casamento for anterior ao novo Código, mantém-se, por exemplo, a exigência da outorga uxória para a alienação de bens prevista nos arts. 235 e 242 de 1916, apesar do art. 1.687 de 2002 dispensá-la, expressamente nos regimes de separação convencional. Não se pode admitir a mudança do regime com o objetivo de violar as restrições relativas ao regime legal de separação, ou mesmo prejudicar os herdeiros. Em princípio, devem ser preservados os atos anteriores praticados e respeitados os bens particulares. Diante da rigidez deste princípio sugerimos que se dê uma interpretação adaptada à realidade dos cônjuges, permitido-se excepcionalmente a alteração, para que o novo regime atinja apenas os bens e negócios jurídicos que venham a ser adquiridos e contratados após a decisão judicial que autorizar a mudança. Para isto, deverá ser comprovado o patrimônio existente por ocasião da alteração do regime. A mudança do regime não poderá afastar os direitos sucessórios dos cônjuges (2004, p. 192).

Sob o mesmo argumento temos a decisão prolatada pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça em 19 de outubro de 2006, no Recurso Especial nº 821807:

Direito civil. Família. Casamento celebrado sob a égide do CC/16. Alteração do regime de bens. Possibilidade. - A interpretação conjugada dos arts. 1.639, § 2º, 2.035 e 2.039, do CC/02, admite a alteração do regime de bens adotado por ocasião do matrimônio, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido. - Assim, se o Tribunal Estadual analisou os requisitos autorizadores da alteração do regime de bens e concluiu pela sua viabilidade, tendo os cônjuges invocado como razões da mudança a cessação da incapacidade civil interligada à causa suspensiva da celebração do casamento a exigir a adoção do regime de separação obrigatória, além da necessária ressalva quanto a direitos de terceiros, a alteração para o regime de comunhão parcial é permitida. - Por elementar questão de razoabilidade e justiça, o desaparecimento da causa suspensiva durante o casamento e a ausência de qualquer prejuízo ao cônjuge ou a terceiro, permite a alteração do regime de bens, antes obrigatório, para o eleito pelo casal, notadamente porque cessada a causa que exigia regime específico. - Os fatos anteriores e os efeitos pretéritos do regime anterior permanecem sob a regência da lei antiga. Os fatos posteriores, todavia, serão regulados pelo CC/02, isto é, a partir da alteração do regime de bens, passa o CC/02 a reger a nova relação do casal. - Por isso, não há se falar em retroatividade da lei, vedada pelo art. 5º, inc. XXXVI, da CF/88, e sim em aplicação de norma geral com efeitos imediatos. Recurso especial não conhecido.

### 4.3 EFEITOS DA SENTENÇA

Via de regra os efeitos da alteração do regime de bens serão produzidos apenas depois do trânsito em julgado da sentença, contudo, é possível, à escolha dos nubentes que tais efeitos da modificação retroajam atingindo bens pretéritos. Sendo adotado o regime da comunhão universal, por óbvio, os efeitos da alteração terão de retroagir para alcançar tanto os bens anteriores quanto os posteriores à modificação. Nos casos em que na mudança, os cônjuges elegeram o regime da separação absoluta seus efeitos igualmente devem retroagir, sob pena de não se alcançar o resultado da efetiva separação dos bens. Em todos os demais regimes, fica sob o crivo dos cônjuges estabelecerem se os efeitos da modificação serão *ex nunc* ou *ex tunc* (DIAS, 2007, p. 216).

Igual posicionamento adota Nader ao proferir que a não atribuição de efeitos retroativos à sentença autorizatória provocaria mutação parcial à medida que vigoraria no casamento dois regimes de bens e o trânsito em julgado da sentença, funcionaria como um “divisor de águas: os bens anteriormente existentes continuariam sob o regime adotado no casamento, enquanto os adquiridos posteriormente, sob o novo regime (2006, p. 445).

## CAPÍTULO V – DO REGIME DE BENS NA UNIÃO ESTÁVEL

### 5.1 CONCEITO DE UNIÃO ESTÁVEL

União estável caracteriza o relacionamento entre homem e mulher que vivem como se casados fossem, no entanto não houve entre eles a celebração do casamento. Arnaldo Rizzardo a conceitua como uma “ligação permanente do homem com a mulher, desdobrada em dois elementos: a comunhão de vida, envolvendo comunhão de sentimentos e a comunhão material; e a relação conjugal exclusiva de deveres e direitos inerentes ao casamento” (2007, p. 891).

Também o artigo 1.723 do Código Civil nos traz o conceito acerca do tema: “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Para Venosa, a expressão entidade familiar é mais ampla que o termo família. Segundo aludido autor, o legislador brasileiro acabou optando por um sistema intervencionista na vida privada das pessoas unidas sem casamento que caracteriza uma “publicização da vida privada” e ainda completa que se “o casal opta a por viver à margem do casamento é porque não deseja a intervenção do ordenamento em sua relação. Desse modo, mostra-se como um certo paradoxo a regulamentação desse estado de fato” (2006, p. 433).

Argumenta Maria Berenice Dias que inexistente hierarquia entre o casamento e a união estável posto que ambos configuram fontes geradoras da família em que pese o tratamento que foi dado a esta última. “Inserir a união estável tão distanciadamente do capítulo do casamento revela resistência para reconhecê-la como entidade familiar de igual *status*” (2008, p. 158).

A Carta Magna de 1988 reconheceu que a união estável ao lado do casamento são formas de constituição da família na sociedade brasileira, nos termos do art. 226, §3º segundo o qual “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”. Para Carlos Roberto Gonçalves, “a partir daí a família nascida fora do casamento passou a denominar-se união estável, ganhando novo status dentro do nosso ordenamento jurídico” (2005, p. 534).

Entendimento semelhante apresenta Caio Mário da Silva Pereira que diz “num primeiro plano, o Constituinte de 1988 passou a considerar as uniões extraconjugais como realidade jurídica, e não apenas como fato social” (2004, p. 534).

No mesmo sentido, nos ensina Venosa:

Na verdade, mudou a família e mudamos nós todos a forma de encará-la. O sentido da lei, pouco importando suas falhas formais que paulatinamente serão corrigidas principalmente pelo trabalho dos tribunais, traduz o sentimento social: a lei não se adianta aos fenômenos sociais, vem sempre ao encontro deles. Desse modo, há, sem dúvida, um novo Direito de Família no Brasil, a partir de 1988. Muitos dos postulados do Código Civil, ainda vigente, têm atualmente mero valor histórico. Nessas premissas, as novas gerações do final do século XX e do século XXI já nascem sob um novo paradigma social e também sob novos aspectos jurídicos (2006, p. 430).

Da mesma forma, Álvaro Villaça Azevedo destaca que “a união familiar, seja de direito, seja de fato, deve surgir espontaneamente da convivência *more uxório*. Cada qual deve escolher o modo vivencial que melhor lhe aprouver” e conclui que o “Estado deve restar vigilante na proteção da célula familiar, intervindo nos pontos fundamentais, para evitar ou dirimir conflitos que possam existir entre os membros da família” (2002, p. 24).

## 5.2 UNIÃO ESTÁVEL E CONCUBINATO

Antigamente união estável e concubinato eram sinônimos empregados para caracterizar um relacionamento extraconjugal na constância do casamento ou mesmo os separados que, não podendo casar-se novamente, se viam compelidos a manter relacionamento irregular. Uma vez que a união estável foi igualada ao casamento na Constituição Federal de 1988, os conceitos acerca desses dois institutos passaram a ser distintos. Acerca do exposto, na doutrina de Venosa, insta salientar que o legislador “optou por distinguir claramente o que se entende por união estável e concubinato, não podendo mais essas expressões ser utilizadas como sinônimas, como no passado” (2006, p. 431).

Hoje o termo concubinato é empregado para designar os relacionamentos das pessoas que inobservaram as causas impeditivas do casamento, dessa forma temos duas subespécies de concubinato: o incestuoso e o adúltero. O primeiro se dá pela união de duas pessoas com parentesco próximo e o segundo ocorre quando um dos concubinos é casado. A par disso, o artigo 1.727 do Código Civil conceitua referida união: “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”. Neste sentido observamos a decisão prolatada pela Segunda Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação nº 395.385-4/8-00, julgada em 11 de novembro de 2008:

Ação de reconhecimento de sociedade de fato c.c. partilha de bens. Ação procedente. Agravo retido. Presente a possibilidade jurídica do pedido e não

caracterizada a inépcia da inicial. Juntada de documentos pela autora após as contra-razões. Não conhecimento. Art. 397 do CPC. Ajuizamento da ação contra o espólio e demais herdeiros. Ilegitimidade passiva do espólio. Carência da ação. Extinção do processo sem resolução do mérito. Art. 267, inciso VI, do CPC. Mérito. Confusão semântica dos conceitos de união estável e concubinato impuro. Impossibilidade do reconhecimento de união estável, se casado um dos conviventes. Concubinato impuro caracterizado. Inexistência de prova da contribuição efetiva da autora na aquisição dos bens imóveis do de cujus e para o aumento do acervo patrimonial. Relação concubinária que não gera, por si só, a partilha dos bens. Indevida a partilha dos bens. Pedido sucessivo. Indenização por serviços prestados. Admissibilidade. Vedação do enriquecimento sem causa. Indenização devida. Ônus da sucumbência. Redistribuição. Agravo retido desprovido e provida, em parte, a apelação.

Diferentemente do concubinato, a união estável é caracterizada pela união de homem e mulher que não se encontram impedidos de casar, muito pelo contrário, para sua regular caracterização tais impedimentos não podem estar presentes, nos exatos termos do parágrafo 1º do art. 1.723, “a união estável não se constituirá se ocorrem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”. Do exposto inferimos que o relacionamento de pessoas impedidas de casar não caracteriza união estável, mas concubinato, ressalvados os casos das pessoas separadas de fato ou judicialmente.

Consoante com o exposto, Álvaro Villaça Azevedo nos ensina que não permitir a união estável de pessoas separadas “estaria ferindo, com isso, o texto constitucional constante do *caput* do art. 226, que eliminou todas as discriminações contra a família, que é a única destinatária da proteção da Lei Maior” e conclui que “quem convive familiarmente, embora separado de fato ou de direito, de seu cônjuge, não agride outra forma de constituição de família, porque seu casamento já está rompido” (2002, p. 439).

Acerca do exposto temos o acórdão prolatado pela Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação nº 508.515-4/9-00, julgado no dia 28 de abril de 2009:

Apelação - Reconhecimento e dissolução de sociedade de fato - Separação de Fato do Cônjuge não impede o reconhecimento da união estável em face da comprovação da existência do vínculo afetivo e da natureza da relação que se mostrava duradoura, pública e contínua - Meação de Bens - Necessidade de prova tocante à aquisição conjunta e a título oneroso durante a convivência mútua (Lei 9.278/96 - artigo 5º c/c com artigo 1.660,1 do Código Civil) - Regime Parcial de Bens - Direito ao Recebimento do Benefício Previdenciário do 'de cujus' - Recurso Parcialmente Provido.

Consoante com o disposto no §2º do mesmo artigo “as causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável”, dessa forma temos que apenas as causas impeditivas da celebração do casamento obstam a configuração da união estável e não as suspensivas.

### 5.3 REQUISITOS DA UNIÃO ESTÁVEL

A união estável, ao inverso do casamento, não exige formalidades para sua constituição tais como habilitação e proclamas, no entanto devem estar presentes certos requisitos, elencados no art. 1.723 do presente Código, para sua caracterização, são eles:

#### 5.3.1 Convivência como se casados fossem

Para a caracterização da união estável, os companheiros devem apresentar comunhão de vidas assim como há no casamento, com assistência mútua moral, espiritual e material. O art. 1.723 supracitado não exige o requisito da convivência sob o mesmo teto como indispensável à configuração da união estável. Para uma posição mais moderna da doutrina, viver no mesmo local é dispensável posto que há muitos casamentos em que, por inúmeros motivos, os cônjuges não vivem juntos e nem por isso o descaracteriza. Assim sendo, Álvaro Villaça Azevedo argumenta no sentido de que:

A convivência sob o mesmo teto é, às vezes, evitada para que não se causem traumas aos filhos; isso acontece até no casamento, principalmente, em segundas núpcias, em que os filhos do casamento anterior não querem aceitar um novo pai ou uma nova mãe! A Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal pode até aplicar-se, analogicamente. Ela admite, na união estável, que os companheiros vivam em tetos diferentes (2002, p. 438).

Acerca do tema podemos citar a súmula 382 editada pelo Supremo Tribunal Federal segundo a qual, “a vida em comum, sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato”. Referida súmula gera controvérsias uma vez que se refere expressamente ao concubinato e atualmente este instituto se difere em muito da união estável. Dessa forma, Carlos Roberto Gonçalves faz alusão a tal súmula, expondo que ela “foi editada numa época em que se dava ênfase, para o reconhecimento, dos direitos da concubina, à existência de uma sociedade de fato, de caráter obrigacional, em que pouco importava a convivência sob o mesmo teto para a sua caracterização” (2005, p. 540).

Contudo, pode ocorrer, em casos excepcionais, que os companheiros não coabitem por motivos profissionais, por exemplo, e ainda assim a união estável resta configurada se apresentarem o ânimo de constituir família.

Discorda Carlos Roberto Gonçalves sobre a dispensabilidade do requisito da coabitação pois para ele, acarretaria “insegurança jurídica ao meio social, atribuir a uma relação de pessoas que vivam sob tetos diferentes, sem justificativa plausível para esse procedimento, a natureza de união estável, com todos os direitos que esta proporciona” (2005, p. 541).

No mesmo sentido Arnaldo Rizzardo apresenta argumentos favoráveis à habitação comum dizendo que “a mesma residência, ou moradia comum, indubitavelmente, é vital para a configuração da união estável. Se cada parceiro permanecer em lar distinto, o que se apresenta é a mancebia, ou um relacionamento de amantes” (2007, p. 897).

Cumprindo observar o disposto na decisão da Segunda Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação nº 393.335-4/6-00, no dia 14 de outubro de 2008, o qual exigiu o requisito da coabitação para a caracterização da união estável:

União estável. Reconhecimento e dissolução c.c. partilha de bens. Sentença de parcial procedência. Existência do vínculo comprovada. Termo inicial. Início da convivência more uxorio. Coabitação das partes. Relacionamento anterior a esse período caracterizado como namoro. Partilha de bens. Exclusão do automóvel reclamado pela autora. Bem adquirido pelo réu fora da constância da convivência. Inclusão dos demais bens móveis, exceto o autorádio. Presunção de trabalho e colaboração comum de ambos os conviventes, salvo prova em contrário. Meação assegurada à companheira. Sentença mantida. Apelação desprovida e recurso adesivo provido em parte

Neste mesmo sentido temos a decisão prolatada pela Sexta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação nº 562.911-4/1-00, julgada no dia 28 de agosto de 2008:

CONCUBINATO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL AUSÊNCIA DE PROVA DE COABITAÇÃO E DE VIDA MORE UXORIO HIPÓTESE EM QUE O DE CUJUS NUNCA DEIXOU CLARA A INTENÇÃO DE VIVER COM A AUTORA COMO SE MARIDO E MULHER FOSSEM AUTORA QUE NÃO FEZ PROVA DO FATO CONSTITUTIVO DE SEU DIREITO SENTENÇA MANTIDA RECURSO IMPROVIDO.

### 5.3.2 União entre homem e mulher

A legislação brasileira protege a união estável como forma autêntica de constituição da família ao lado do casamento e expressa claramente sua intenção de que esta relação seja composta por pessoas de sexos diferentes, portanto para a caracterização da união estável é imprescindível que seja entre um homem e uma mulher, tanto que a doutrina considera ato inexistente a união entre pessoas do mesmo sexo. No tocante à união homoafetiva, nos ensina Carlos Roberto Gonçalves que:

A jurisprudência tem reconhecido tão-somente a existência de sociedade de fato, entre sócios, a indicar direitos de participação no patrimônio formado pelo esforço comum de ambos, e não união livre como entidade familiar. Desse modo, a união de pessoas do mesmo sexo chamada de parceria homossexual ou união homoafetiva, por si só, não gera direito algum para qualquer delas, independentemente do período de coabitação (2005, p. 543).

E ainda conclui aludido doutrinador que dessa forma “a matéria fica excluída do direito de família, gerando apenas efeitos de caráter obrigacional” (2005, p. 544).

Em que pese a argumentação do renomado jurista, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu na Apelação Cível nº 70012836755, em 21 de dezembro de 2005:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado provimento ao apelo.

Neste mesmo sentido, a Oitava Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, decidiu recentemente, no dia 12 de março de 2008, na Apelação nº 552.574-4/4-00, pela possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de união estável homoafetiva:

Indeferimento da inicial. Reconhecimento de união estável homoafetiva. Pedido juridicamente possível. Vara de Família. Competência. Sentença de extinção afastada. Recurso provido para determinar o prosseguimento do feito.

Entretanto, o mesmo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem inúmeras decisões no sentido de não reconhecer a relação homossexual como união estável. Cumpre observar a decisão prolatada pela Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 544 .640-4/2-00, no dia 12 de fevereiro de 2008:

Agravo de instrumento - Reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva - Preliminar - Impossibilidade jurídica do pedido - Acolhimento – Recurso provido para extinguir a ação sem apreciação do mérito. Embora relevante a discussão concernente à união homossexual, sobretudo em razão dos efeitos que irradia na divisão do patrimônio adquirido com o esforço comum, nossa legislação não permite por ora seu reconhecimento como união estável.

No mesmo sentido temos a decisão da Oitava Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, prolatada na Apelação nº 64 3.179-4/0-00, julgada no dia 17 de junho de 2009:

UNIÃO ESTÁVEL - Reconhecimento em união homossexual - Sentença de improcedência corretamente decretada - Possibilidade de divisão de haveres apenas se demonstrada a existência de verdadeira sociedade de fato, com união de esforços para a aquisição do acervo patrimonial, qual se tratasse de uma sociedade mercantil comum - Descabimento de seu reconhecimento como se tratasse de entidade familiar, com base apenas na coabitação e vínculo afetivo – Apelo improvido.

Nas palavras de Paulo Nader, para que haja esse progresso permitindo-se a união homoafetiva, “o ponto de partida será a remoção do obstáculo constitucional. Se a Constituição equiparou, praticamente, a união estável ao casamento e para este é indispensável a diversidade de sexos, seria um contrasenso a dualidade de orientação” e ainda acrescenta que se “pensamos, caso a união estável, entre homossexuais se torne juridicamente possível, a permissão deverá estender-se ao instituto do casamento” (2006, p. 589).

### **5.3.3 Convivência Pública**

Os companheiros devem se apresentar publicamente como se marido e mulher fossem exteriorizando essa relação. O contrário, ou seja, relações clandestinas, ignoradas pela

sociedade, não estão aptas a configurar união estável. Neste sentido, nos ensina Maria Berenice Dias que “a publicidade denota a notoriedade da relação no meio social frequentado pelos companheiros” e dessa maneira objetiva “afastar da definição de entidade familiar as relações menos compromissadas, nas quais os envolvidos não assumem perante a sociedade a condição de ‘como se casados fossem’” (2007, p. 161).

Dessa mesma forma é a lição de Paulo Nader que diz que a “convivência, como a própria etimologia da palavra orienta (*cum vivere*, isto é, *viver com*), implica vida em comum, relação assídua, constante, permanente” sendo que há um “processo contínuo de interação, um permanente *estar com o outro*” (2006, p. 592).

Igualmente nos ensina Álvaro Villaça Azevedo que “como um fato social, a união estável é tão exposta ao público como o casamento, em que os companheiros são conhecidos, no local em que vivem, nos meio sociais” e ainda acrescenta “apresentado-se, enfim, como se casados fossem. Diz o povo, em sua linguagem autêntica, que só falta aos companheiros ‘o papel passado’” (2002, p. 437).

#### **5.3.4 União Contínua**

Para que seja configurada a união estável é indispensável que seja ininterrupta, contínua. A par disso, nos ensina Carlos Roberto Gonçalves que:

Diferentemente do casamento, em que o vínculo conjugal é formalmente documentado, a união estável é um fato jurídico, uma conduta, um comportamento. A sua solidez é atestada pelo caráter contínuo do relacionamento. A instabilidade causada por constantes rupturas desse relacionamento poderá provocar insegurança a terceiros, nas suas relações jurídicas com os companheiros (2005, p. 546).

Também Arnaldo Rizzardo diz ser “evidente que uma união temporária, casual ou passageira não resulta efeito jurídico nenhum” e ainda conclui que “a continuidade perdurará por um espaço de tempo suficiente para tornar-se consolidada a união, o que se firma caso se mantenha por alguns anos” (2007, p. 897).

Da mesma forma Álvaro Villaça Azevedo expõe que “essa convivência, como no casamento, existe com continuidade; os companheiros não só se visitam, mas vivem juntos, participam um da vida do outro, sem tempo marcado para se separarem” (2002, p. 437).

### 5.3.5 União Duradoura

Muito embora a atual legislação não exija tempo mínimo como requisito da caracterização da união estável e tampouco a existência de filhos do casal, exige que a relação seja duradoura e como o próprio nome já diz, que seja estável. Dessa forma, nos ensina Arnaldo Rizzardo, em que pese o Código Civil não determinar expressamente qual o prazo estabelecido para que haja a possibilidade de configuração de união estável, esse período de convívio “não poderá ser efêmero ou curto. Para a caracterização da união estável, necessária a sua duração por alguns anos, revelando-se consolidada no tempo, de modo a se apresentar como uma unidade familiar firme, estabelecida e duradoura” (2007, p. 895).

A Lei nº 8.971 de 1994, exigia no seu art. 1º o tempo mínimo de convivência de cinco anos ou a existência de prole conjunta para que a união estável pudesse ser reconhecida. A legislação posterior a ela, a Lei nº 9.278/96, foi omissa em relação ao requisito tempo e à existência de prole. De acordo com Paulo Nader, a doutrina entendeu correta a retirada pelo legislador, do tempo mínimo de cinco anos para a caracterização da união estável uma vez que para o aludido autor esse requisito é “arbitrário pois o elo verdadeiro pode surgir em tempo inferior ou não se formar em momento algum” (2006, p. 592).

Assim, nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, o juiz deve verificar no caso concreto “se a união perdura por tempo suficiente, ou não, para o reconhecimento da estabilidade familiar, perquirindo sempre com o intuito de constituição de família, que constitui o fundamento do instituto em apreço” (2005, p. 546).

Neste sentido temos a decisão prolatada pela Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação nº 54 7.753-4/0-00, julgada em 09 de setembro de 2008:

APELAÇÃO - Reconhecimento e Dissolução de União Estável - Nulidade da Sentença - Inocorrência. A fundamentação do Magistrado pode ser sucinta, desde que contenha pronunciamento acerca do motivo que, por si só, mostrou-se suficiente para a composição da lide. Mérito: Existência da união estável de forma pública e duradoura, por período de cerca de cinco anos e com nascimento de filho do casal, que resulta do exame conjunto das provas escritas e orais, de molde a justificar a conclusão do douto Julgador de primeiro grau. Partilha igualitária de todos os bens móveis e imóveis adquiridos onerosamente neste período - Ação julgada procedente - Recurso improvido.

### 5.3.6 Objetivo de Constituição de Família

Esse requisito de caráter subjetivo é indispensável para a configuração da união estável, no entanto não basta apenas o ânimo, a família deve ser constituída de fato pois caso

contrário, o noivado em que há esse objetivo comum seria considerado união estável quando na realidade não o é. Nos ensina de Maria Berenice Dias a procedência desse requisito de caráter subjetivo:

A origem desse requisito está ligada ao fato de que as uniões extramatrimoniais eram proibidas por lei. Ou seja, a intenção do par era casar, tinham por objetivo constituir uma família, o que não ocorria tão-só por impedimento legal. Assim, a proibição de formação de uma família matrimonializada é que acabou provocando a valorização dos motivos que levaram os sujeitos a constituir uma nova família (2007, p. 161).

Cumpra observar o disposto na decisão prolatada pela Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação nº 581.300-4/2-00, julgada em 17 de fevereiro de 2009:

Reconhecimento e dissolução de união estável - Procedência - Inadequação – União estável não caracterizada - Recurso provido para julgar a ação improcedente. O tempo de convivência é demasiado reduzido e as circunstâncias levam à conclusão de que tudo não passou de mero namoro, sem o escopo das partes estabelecerem família, constituindo o relacionamento de mera tentativa de convivência, em união, por assim, dizer, totalmente instável, razão pela qual nada há a ser partilhado e o desfecho da lide é o de improcedência. "Além dos requisitos de ordem objetiva, a união estável exige o elemento anímico, intencional, consistente no propósito de formação da família, conforme expressamente consta de sua conceituação legal. (...) Aparta-se desse modelo de união estável a convivência de homem e mulher que não se revista de verdadeiro intuito de formar uma família, como se dá na chamada 'relação aberta', que se caracteriza por um envolvimento amoroso e certo grau de companheirismo por interesse e conveniência sociais, mas sem o elo essencial de uma efetiva vida em comum entre os supostos amantes, dada a inexistência de um compromisso mais sério.

### **5.3.7 Fidelidade**

Para alguns doutrinadores, também a fidelidade constitui requisito para a união estável posto que o contrário, qual seja, a infidelidade revela a falta de compromisso do casal, bem como ausência do intuito de constituir família já que na nossa sociedade vige a monogamia. Consoante com o exposto, não é admitido que pessoa casada não separada de fato constitua união estável logo, neste caso haveria concubinato, e tampouco que pessoa que viva em união estável constitua outra união estável.

Dessa forma, afirma Maria Helena Diniz que “o fato de a mulher receber outro homem, ou outros homens, ou vice-versa, indica que entre os amantes não há união

vinculatória nem, portanto, companheirismo, que pressupõe ligação estável e honesta” (2002, p. 327).

Do mesmo modo, Arnaldo Rizzardo diz que “a fidelidade dá ensejo à presunção da sociedade de fato. Não que se configure como condição indispensável” (2007, p. 897).

### **5.3.8 Inexistência de Impedimentos Matrimoniais**

Conforme dito anteriormente, as causas impeditivas do casamento, da mesma forma obstam a configuração da união estável, nos exatos termos do parágrafo 1º do art.1.723 do Código Civil, ressalvado o disposto no inciso VI que trata de pessoas casadas uma vez que estas se encontrem separadas de fato ou judicialmente.

Aludidos impedimentos estão revestidos de interesse público e moral, constituindo um entrave a essas pessoas para que constituam família seja pelo vínculo matrimonial seja por aquele gerado por intermédio da união estável (GONÇALVES, 2005, p. 548).

Neste sentido, cumpre observar o disposto na decisão da Nona Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação nº 407.309-4/2-00, julgada no dia 23 de maio de 2006:

União estável - Falecido casado - Concubinato impuro - Existência de impedimento entre os litigantes que afasta a possibilidade de reconhecimento da união estável entre eles - Recurso provido.

A ilustre doutrinadora Maria Berenice Dias, discorda que os impedimentos matrimoniais obstem a constituição de união estável posto que o Estado não detém meios habilitados a evitar que tais uniões se constituam em que pese a vedação legal. Para ela:

Negar-lhe existência, sob o fundamento de ausência do objetivo de constituir família em face do impedimento, é atitude meramente punitiva a quem mantém relacionamentos afastados do referendo estatal. Rejeitar qualquer efeito a esses vínculos e condená-los à invisibilidade gera irresponsabilidades e enseja o enriquecimento ilícito de um em desfavor do outro. O resultado é mais do que desastroso, é perverso. Nega-se a divisão de patrimônio, nega-se a obrigação alimentar, nega-se direito sucessório. Com isso, nada mais se estará fazendo que do que incentivar esse tipo de relacionamento. Estar à margem do direito traz benefícios, pois não impõe nenhuma obrigação. Quem vive com alguém por muitos anos necessita dividir bens e pagar alimentos. Todavia, àquele que vive do modo que a lei desaprova, simplesmente, não advém qualquer responsabilidade, encargo ou ônus. Quem assim age, em vez de ser punido, acaba sendo privilegiado. Não sofre qualquer sanção e acaba sendo premiado (2007, p. 164).

## 5.4 REGIME DE BENS NA UNIÃO ESTÁVEL

Nas palavras de Maria Berenice Dias, “o casal transforma-se em universalidade única, que produz efeitos pessoais com reflexos de ordem patrimonial” (2007, p. 161).

Temos que os reflexos patrimoniais da união estável são geridos pelo que estabelece o art. 1.725 do Código Civil que “na união estável, salvo contrato escrito dos companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”. Por conseguinte, aplica-se o princípio da liberdade de escolha podendo os companheiros escolher regime diverso no contrato de convivência que por sua vez se assemelha ao pacto antenupcial. Subsidiariamente, no silêncio deles, vigorará o regime da comunhão parcial dos bens assim como no casamento.

Consoante com o disposto na doutrina de Silvio Rodrigues “a forma proposta é mais abrangente que o regime até então vigente, de condomínio sobre o patrimônio adquirido a título oneroso”. A título de exemplo, passam a integrar o patrimônio conjunto “os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior, e o fruto dos bens particulares” (2006, p. 282).

De modo um tanto quanto resumido, os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, os aquestos, pertencem a ambos os companheiros devendo ser partilhados se for o caso de dissolução, ressalvada a hipótese de haver entre eles um contrato escrito. Conservam a característica de particulares os bens anteriores à união bem como aqueles adquiridos na sua constância a título gratuito, como a herança e a doação, e os sub-rogados em seu lugar. Por conseguinte, temos que se aplicam à união estável, o artigo 1.658 e seguintes do Código Civil.

No mesmo sentido temos a decisão prolatada pela Segunda Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação nº 409.654-4/0-00, julgada em 03 de fevereiro de 2009:

Ação de reconhecimento de união estável c.c. partilha de bens, precedida de cautelar de separação de corpos. Convivência configurada no período de janeiro de 2003 a 25 de agosto de 2004. Partilha. Bens adquiridos na constância da união estável. Subrogação parcial do produto da venda de bem de aquisição anterior à convivência. Partilha da diferença. Financiamento imobiliário. Presunção de trabalho e colaboração comum de ambos os conviventes, salvo prova em contrário. Partilha das prestações do financiamento pagas enquanto perdurou a união estável. Ônus da sucumbência. Recurso na ação principal provido em parte.

Segundo os ensinamentos de Arnaldo Rizzardo, atualmente a doutrina e a jurisprudência não mais defendem a ideia de que o esforço comum deve ser comprovado para que seja possível a divisão dos aquestos, muito pelo contrário, ultimamente tal esforço tem sido presumido devendo apenas ser comprovada a existência da união. Nas palavras do aludido autor “isto implica afirmar que a união estável, por si mesma, produz automaticamente resultados patrimoniais. Para obtê-los, importa se demonstre a existência do relacionamento, presumindo-se a sociedade e o esforço comum na constituição dos bens” (2007, p. 916).

O mesmo argumento nos é apresentado por Caio Mário da Silva Pereira ao dizer que atualmente não “mais se admite buscar a comprovação de que um dos companheiros tenha dado maior contribuição. Doravante, é definitiva a sua condição de meeiro, titular de uma parte ideal do patrimônio comum” (2009, p. 547).

Do exposto inferimos que vigora a presunção da comunicabilidade dos bens adquiridos na constância da união estável, cabendo a quem alega a prova de que o bem está excluído da comunhão. Acerca da presunção do esforço comum observa-se a decisão prolatada pela Oitava Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação nº 575.674-4/9-00, julgada em 14 de agosto de 2008:

EMENTA - RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C.C. PARTILHA - Convivência pública, contínua e duradoura entre as partes (por cerca de seis anos, até o deferimento de liminar em medida cautelar de separação de corpos) - Convivência sob o mesmo teto confirmada anteriormente por esta Turma Julgadora (por ocasião do apelo interposto face à r. sentença proferida na cautelar) - Provas testemunhais de ambos os feitos confirmatórias de tal união (e não se simples namoro ou relacionamento amoroso) - Determinação de partilha dos bens adquiridos na constância desta união - Cabimento, em parte - Ausência de prova (a cargo do réu produzir) no sentido de que a aquisição do imóvel ocorreu com a sua participação exclusiva - Terreno adquirido na constância da união e adimplido em prestações - Presunção (aqui não elidida) de que houve o esforço comum para a aquisição do patrimônio em questão - Com relação ao veículo, não há notícia da data de sua aquisição, ficando afastado da partilha - Decisão reformada - Recurso parcialmente provido.

#### **5.4.1 Disposições relativas ao regime da Comunhão Parcial de bens**

##### **a) Administração dos Bens**

No tocante à administração dos bens do casal, caso não estabeleça de forma diversa o contrato de convivência, os bens comuns podem ser geridos por qualquer um dos

companheiros, nos termos do art. 1.663 *caput* do Código Civil que dispõe “a administração do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges”. Acerca dos bens particulares de cada um dos companheiros, aplicando-se por analogia o art. 1.655 temos que a administração e a disposição dos bens constitutivos do patrimônio particular competem ao companheiro proprietário, salvo convenção diversa no contrato de convivência.

### **b) Vênia Conjugal**

Divide-se a doutrina em relação à aplicação, na união estável, do inciso I do art. 1.647 do Código Civil que trata da anuência conjugal para alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis. Para parte dos pensadores, o consentimento do companheiro é dispensado aos bens particulares cuja matrícula tenha sido feita apenas no nome de um dos conviventes, sob o argumento de que, se fosse necessária a concordância do convivente, haveria insegurança jurídica nas relações patrimoniais que envolvessem terceiros à medida que o companheiro estaria legitimado a postular pela anulação do negócio sem que houvesse qualquer referência expressa no registro imobiliário acerca da união do negociante.

Outros doutrinadores defendem a ideia de que a vênia do convivente se faz necessária pois, sendo adquirido onerosamente na constância da união estável, o bem integra a comunhão ainda que esteja em nome de apenas um dos companheiros. Acerca do tema Rolf Madaleno mostra-se favorável à outorga do convivente ao dispor em sua argumentação:

Na convivência , o casal não altera o seu estado civil, que segue sendo o anterior ao relacionamento e, se o homem é solteiro e possui bem imóvel comunicável, porque adquirido na constância da convivência e registrado apenas em seu nome pessoal, nada impede que possa alienar para terceiro de boa-fé. [...] O prejuízo acabará sendo arcado pelo meeiro que, imprevidente, confiando cegamente no seu companheiro, deixou que o bem lhe escapasse da necessária divisão, sendo improvável lograr retomá-lo do terceiro de boa-fé, ou o seu valor equivalente em dinheiro (2005, p. 50).

No entanto, nos ensina Carlos Roberto Gonçalves que a união estável decorre de um fato e portanto não pode ser objeto de registro, por sua vez não há ato que lhe dê publicidade formal e como consequência, essa situação não pode ser oposta perante terceiros. “Não compete, assim, aos companheiros, em princípio, a ação anulatória que o cônjuge, a quem não foi solicitada a outorga, pode propor com base no art. 1.650 do Código Civil” (2005, p. 556).

Neste mesmos sentido temos o disposto da decisão prolatada pela 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação nº 1056747- 0/6, julgada no dia 17 de setembro de 2007:

EMBARGOS DE TERCEIRO - ALEGAÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL - EXCLUSÃO DA MEAÇÃO – NÃO RECONHECIMENTO. Os efeitos jurídicos decorrentes da união estável não são, de um modo geral, oponíveis em relação a terceiros, posto que tal união, nos moldes traçados pelas legislações que a regem, dispensa registro público.

Para Maria Berenice Dias, o Código Civil não se refere ao consentimento do companheiro no caso de aval, fiança e doações, no entanto, uma vez que a limitação imposta por lei atinge todos os regimes de bens salvo a separação absoluta, deve a restrição legal ser estendida também à união estável em que vige a comunhão parcial. Para aludida autora, no tocante à disponibilidade do patrimônio, um dos companheiros não pode alienar bem sem a devida concordância do outro posto que entre eles há uma relação condominial referente aos bens. Nas suas palavras “a constituição da união estável leva à perda da disponibilidade dos bens adquiridos, revelando-se indispensável a expressa manifestação de ambos os proprietários” (2007, p. 168).

Cumprido analisar no caso concreto se o terceiro, na relação negocial com o companheiro, estava ou não de boa-fé. No caso positivo, seus interesses serão preservados cabendo perdas e danos entre os companheiros. Por outro lado, no caso de não estar o terceiro de boa-fé, conseguindo o convivente lesado comprovar o conhecimento pelo terceiro do fato que o negociante tinha união estável na data da alienação ou oneração, cabe ao parceiro lesado a postulação pela anulação do negócio realizado sem seu consentimento (GONÇALVES, 2005, p. 557).

Dessa forma cumpre observar o disposto na decisão prolatada pela Vigésima Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação nº 1.041.403-8, julgada no dia 25 de março de 2009:

Embargos de terceiro - Penhora - Bem dado em garantia hipotecária de cédula de crédito industrial - Garantia real constituída regularmente - Certidão de matrícula da qual consta que o executado é o único titular do imóvel – Ausência de assentamento da união estável no Cartório de Registro Civil e de sua averbação no Cartório de Registro de Imóveis - União estável que não tem eficácia perante terceiros - Art 1 657 do atual Código Civil, correspondente ao art. 261 do anterior Código Civil - Credor hipotecário que não tinha condições de tomar conhecimento da existência da união estável entre o executado e a embargante - Direito do credor que deve ser resguardado, por se tratar de terceiro de boa-fé em face da união estável - Sentença proferida na ação de reconhecimento de sociedade de fato que, apesar de seu efeito "ex tunc", não é oponível ao embargado.

### **c) Venda de bens ao companheiro**

Consoante com a regra contida no art. 499 do Código Civil Brasileiro é possível, no regime da comunhão parcial de bens, que um dos companheiros venda seus bens particulares ao convivente. Insta salientar que referida regra vale apenas aos bens particulares de cada um.

### **d) Bens excluídos da comunhão**

Segundo o exposto no art. 1.659 do atual Código Civil, serão excluídos da comunhão os bens que cada companheiro possuir ao casar bem como e os que lhe sobrevierem na constância da união, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar; os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos conviventes em sub-rogação dos bens particulares; as obrigações anteriores ao casamento; as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito de ambos; os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; os proventos do trabalho pessoal de cada companheiro e as pensões, meio-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

### **e) Bens que integram a comunhão**

Acerca dos bens que integram a comunhão, estabelece o art. 1.660 do Código Civil que são eles: os bens adquiridos na constância da união estável por título oneroso, ainda que só em nome de um dos companheiros; os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior; os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os conviventes; as benfeitorias em bens particulares de cada companheiro e os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada convivente, percebidos na constância da união, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

## **5.4.2 Aplicação do Regime da Separação Obrigatória na União Estável**

As causas impeditivas do casamento se aplicam à união estável ao passo que as suspensivas não, de acordo com a norma contida no parágrafo 2º do art. 1.723 do Código Civil Pátrio, segundo o qual “as causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável”. Assim sendo, a título de exemplo, a viúva que ainda não procedeu ao inventário dos bens do casal e tampouco deu partilha aos herdeiros pode estabelecer união estável com terceira pessoa. Nas palavras de Maria Berenice Dias, “essas restrições, entretanto, não são invocáveis na união estável. Não se pode falar sequer em analogia, pois descabe limitar direitos quando a lei expressamente não o faz” (2007, p. 164).

Em posição contrária, Venosa menciona que o projeto nº 6.960/2002 sugeriu a seguinte introdução no parágrafo segundo: “Aplica-se à união estável, o regime de separação de bens nas hipóteses previstas no art. 1.641, inciso I e II”. Para ele a ideia é tentar aproximar cada vez mais a união de fato com o casamento.

Esse desiderato é tanto quanto mais difícil em sua normatização justamente porque é um estado de fato e, como tal, de forma natural, permite maior liberdade aos partícipes. Equiparar o regime de bens do casamento à união estável por si só apresenta vicissitudes. Impor o regime de separação legal obrigatória (afrenta às causas suspensivas; pessoas maiores de 60 anos e hipóteses nas quais há a necessidade de suprimento judicial para o casamento) à união estável apresentará obstáculos fáticos de difícil solução na prática, em que pese a boa intenção do legislador, a principiar pela definição da data exata em que começou a convivência com contornos de união de fato (2006, p. 434).

No mesmo sentido, expõe Paulo Nader que o regime da separação de bens deve ser imposto aos conviventes que inobservaram as causas suspensivas da celebração do casamento ao passo igualmente deveriam tê-las respeitado na união estável. “Para situações diversas mas com igual fundamento, deve haver idêntica disposição” (2006, p. 597).

Caio Mário da Silva Pereira apresenta seu argumento favorável à aplicabilidade impositiva da separação de bens também à união estável posto que a contrário senso:

Estariamos, mais uma vez, prestigiando a união estável em detrimento do casamento, o que não parece ser o objetivo do legislador constitucional, ao incentivar a conversão da união estável em casamento. No nosso entender, deve-se aplicar aos companheiros maiores de 60 anos as mesmas limitações previstas para os maiores desta idade: deve prevalecer o regime da separação legal de bens. A omissão do legislador na hipótese dos companheiros idosos criou flagrante conflito de interpretação (2004, p. 547).

Neste mesmo sentido já decidiu a Sexta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação nº 591.4 02-4/6-00, julgada no dia 25 de setembro de 2008:

União estável. Comprovação dos requisitos necessários para o seu reconhecimento a partir do ano de 1993. Inexistência de prova da convivência em período anterior. Regime da separação obrigatória de bens uma vez que o "de cuius" contava com mais de sessenta anos quando do início da convivência. Sentença mantida. Recursos denegados.

### **5.4.3 Mutabilidade de Regime na União Estável**

No tocante à mutabilidade de regimes na união estável, a doutrina não se apresenta de forma pacífica. De acordo com alguns autores, a mudança é vedada pelo fundamento de que tal relação, muito embora amparada pelo Código Civil, não é levada a registro assim como o casamento. Por conseguinte, nos ensina Paulo Nader que “enquanto o legislador não fornecer novos subsídios ao intérprete, entendemos inaplicável a alteração do regime de bens entre os conviventes, dada a inexistência de registro do estatuto patrimonial dos companheiros” (2006, p. 598).

No entanto, para Maria Berenice Dias, tal como ocorre no pacto antenupcial, o contrato de convivência pode ser modificado a qualquer tempo, aplicando-se por analogia o disposto no art. 1.639, §2º do Código Civil segundo o qual “é admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado por ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”.

### **5.4.4 Direito Intertemporal**

Estabelece o art. 2.039 do Código Civil que aos casamentos celebrados sob a égide do Código Civil de 1916, aplicam-se suas regras. Por analogia, referido artigo supramencionado deve ser aplicado também à união estável. Por conseguinte, apenas relativamente às uniões iniciadas após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, serão por ele reguladas. Do exposto inferimos que as uniões anteriores ao Código devem reger-se pelas leis nº 8.971/94 e 9.278/96, dependendo do momento da sua constituição (PEREIRA, 2004, p. 556).

Silvio Rodrigues apresenta sua argumentação no sentido da aplicação da lei vigente na data da aquisição do patrimônio, ressalvados os casos em que houver convenção entre os companheiros.

Nessa linha, dissolvida hoje uma união de trinta anos, devera ser analisada a participação de cada convivente no patrimônio adquirido no período, de acordo com toda a evolução acima referida, incidindo a súmula 380, a Lei nº 9.278/96 e o novo Código Civil, para os bens adquiridos, respectivamente, até 1996, entre essa data e 2002 e a partir da vigência na atual codificação (2006, p. 284).

Para Carlos Roberto Gonçalves a legislação a ser observada depende do momento em que cessou a união estável (2005, p. 566).

#### 5.4.5 Contrato de Convivência

Assim como no casamento, aos companheiros é permitido que celebrem um contrato de convivência no qual dispõem sobre regras patrimoniais próprias que regerão a união estável podendo inclusive adotar regime diverso da comunhão parcial de bens, consoante com o disposto no art. 1.725 do Código Civil. Para Paulo Nader a união estável é informal por conseguinte o contrato de convivência é prescindível, passando apenas a ter mais relevância nos casos em que os companheiros desejam adotar regime diverso do legal (2006, p. 613).

Na doutrina de Maria Berenice Dias, a qualquer tempo os conviventes podem regular suas questões patrimoniais da maneira que melhor lhes pareça, dando inclusive, efeitos retroativos às determinações (2007, p. 170).

Referido contrato não exige forma preestabelecida para que tenha eficácia desde que seja escrito, podendo ser realizado por meio de instrumento público ou particular. Dessa forma Carlos Roberto Gonçalves nos explica que:

Em razão da informalidade admitida, podem os companheiros, no próprio título aquisitivo da propriedade de determinado imóvel, estabelecer, por exemplo, em percentual diferenciado, determinando que o bem adquirido pertencerá na proporção de sessenta por cento a um deles e de quarenta por cento ao outro, ou exclusivamente a um deles. Tais estipulações têm plena eficácia, malgrado possam, como qualquer contrato, sofrer arguição de nulidade, por onerosidade excessiva ou mesmo em nome do princípio que veda o enriquecimento sem causa (2005, p. 562).

Neste sentido, a Nona Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferiu a seguinte decisão na Apelação nº 4 98.601-4/6-00, julgada no dia 12 de maio de 2009:

APELAÇÃO - Reconhecimento e dissolução de união estável - Contrato de convivência - Sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, reconhecendo a união estável a partir da data de assinatura do instrumento, extinguindo-a e deixando de partilhar os bens - Inconformismo da apelante - Alegação de que a união estável teve início anteriormente à data de celebração do contrato — Desacolhimento -Alegação de que os bens relacionados no contrato como "patrimônio do casal" haveriam de ser partilhados – Rejeição — Inobstante a redação dada, a vontade real das partes foi a de gravar de incomunicabilidade os bens, inclusive sob pena de se negar qualquer utilidade ao instrumento – Interpretação contratual subjetiva - Princípio da conservação dos contratos — Inteligência do artigo 112 do Código Civil – Negado provimento ao recurso.

Uma vez que a escritura pública não é exigida nos contratos de convivência, terceiros que celebram negócios com os companheiros não podem ser prejudicados pela omissão do fato pois o regime de bens na união estável não é presumidamente público tal como ocorre com o pacto antenupcial no casamento. “Por essa razão, é de toda conveniência que, em qualquer negócio jurídico, quando a parte se declara solteira, viúva, separada judicialmente ou divorciada, deva ser exigido que declare se está ou não ligada em relação de união estável” (VENOSA, 2006, p. 437).

O mesmo argumento apresenta Álvaro Villaça Azevedo no tocante à exigência de comprovação do estado familiar na celebração de um negócio jurídico “sob pena de cometimento de ilícito penal, por falsas declarações ou por afirmações que não correspondam à verdade; além da responsabilidade civil pelos prejuízos decorrentes dessa ilicitude” (2002, p. 453).

O contrato está vinculado à existência da situação fática originadora da união estável, dessa forma não possui o condão de fazer nascer a sociedade de fato, no entanto, é capaz de produzir prova da intenção das partes de estabelecerem uma união *more uxorio* (NADER, 2006, p. 614).

Neste mesmo sentido Maria Berenice Dias afirma que “o contrato de convivência não cria a união estável, pois sua constituição decorre do atendimento dos requisitos legais (CC 1.723), mas é forte indício de sua existência” e ainda conclui que referido contrato depende de uma condição suspensiva posto que “sua eficácia está condicionada à caracterização da união” (2007, p. 171).

Não podem ser objeto do contrato de convivência cláusulas que não versem sobre questões patrimoniais dos conviventes tais como as restritivas de direitos pessoais e aquelas que contrariam preceitos legais sob pena de gerar a nulidade do ato. Nas palavras de Venosa, “não podem ser admitidas, em princípio, cláusulas que nos pactos antenupciais também são vedadas” sob a justificativa de que em “hipótese alguma, podem ser concedidos direitos mais amplos à união estável do que aqueles outorgados ao casamento, embora, por vezes, a lei acene com essa possibilidade, e na prática, seja difícil que exista esse controle” (2006, p. 437).

## 5.5 CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO

O art. 8º da Lei nº 9.278/96 dispunha acerca do tema “os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição do seu domicílio”.

Diferentemente do art. 8º supracitado, estabelece o art. 1.726 do atual Código Civil que “a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”. Da mesma forma, temos que o pleito dos companheiros de converter sua união estável em casamento encontra escopo na Constituição Federal à interpretação da parte final do parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal que dispõe “devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”

Caio Mário da Silva Pereira nos ensina que “o legislador constituinte, ao priorizar a conversão, indicou expressamente, a diferença entre os dois institutos; não se justificaria converter institutos semelhantes” (2004, p. 535).

O art. 1.726 supracitado estabelece dois requisitos para a conversão da união estável em casamento, quais sejam, a postulação de ambos os companheiros ao juiz de direito e o assento no Registro Civil. Diferentemente do art. 8º da Lei nº 9.278/96 o qual designava a competência para o Oficial do Registro Civil, a atual legislação submeteu a conversão ao juiz de direito, mais especificamente de uma das Varas de Família, onde houver. Consigne-se que o requerimento endereçado ao juiz deve ser realizado pelos companheiros de comum acordo, não bastando para a conversão, a postulação de apenas um deles e que todo o procedimento estará sujeito à intervenção do membro do Ministério Público. Dispõe Caio Mário da Silva Pereira que o procedimento da conversão seguiria o de jurisdição voluntária (2004, p. 547).

Carlos Roberto Gonçalves critica a posição adotada pelo legislador do Código Civil na medida em que não atende o comando Constitucional contido no art. 226, §3º segundo o qual a lei deve facilitar aludida conversão estabelecendo maneiras mais eficazes para tanto. “Em vez de recorrer ao Judiciário, mais fácil será simplesmente casar, com a observância das formalidades exigidas para a celebração do casamento civil, máxime considerando-se que a referida conversão não produz efeitos pretéritos” e ainda conclui que “por não esclarecer o procedimento a ser adotado, mostra-se inócuo” (2005, p. 565).

Da mesma forma o faz Silvio Rodrigues dispondo que ao não estabelecer os critérios e formalidades o legislador fez surgir um “conturbado ambiente normativo sobre o assunto, desenvolvido pelos tribunais mediante portarias e provimentos, no exercício da Corregedoria

dos Cartórios de Registro Civil, cada Estado adotando regras e procedimentos próprios” (2006, p. 284).

Insta salientar que ao proceder a conversão, os companheiros deverão submeter-se à habilitação para o casamento com a finalidade de ser verificada a inexistência de impedimentos matrimoniais. Convém que os companheiros anexem ao pedido declarações assinadas por testemunhas que corroborem a convivência do casal por um lapso de tempo (RIZZARDO, 2007, p. 920).

Acerca das solenidades da convocação em casamento, nos ensina Arnaldo Rizzardo que “é óbvio que não se está realizando o casamento, mas simplesmente a conversão da união estável em casamento, o que leva a não se cogitar de solenidades destinadas ao casamento em si, nem da presença do juiz de paz” e conclui portanto que “por outras palavras, não incidem as normas dos arts. 1.533 a 1.542” (2007, p. 921).

Convertida a união estável em casamento, o regime de bens passa a vigorar da data da conversão dessa maneira argumenta Paulo Nader que “embora no registro de casamento não deva constar o tempo anterior de convivência, este não se anula para fins jurídicos, especialmente para efeitos e partilha dos bens havidos na constância da união estável” (2006, p. 609).

Dispõe Maria Berenice Dias que o objetivo da conversão da união estável em casamento seria para estabelecer o seu termo inicial, possibilitando a fixação de regras patrimoniais retroativas. Para ela, “dificultado esse intento, o jeito é firmar contrato de convivência, que pode dispor de eficácia retroativa, incidindo suas previsões sobre situações pretéritas a partir da caracterização da união”. Outra hipótese seria, conforme dito anteriormente, que os companheiros se casem pois “cabe lembrar que o casamento é gratuito (CF 226 §1º), e o procedimento de transformação depende da propositura de demanda judicial, implicando contratação de advogado e pagamento de custas”. Aludida autora apresenta ainda uma terceira solução aos conviventes que poderiam firmar um “pacto antenupcial, no qual podem, ao seu bel-prazer, fazer o acerto de ordem patrimonial que quiserem, inclusive com efeito retroativo sobre seus bens particulares” (2007, p. 174).

Não raras vezes encontramos casais separados judicialmente que voltam a conviver no entanto não pelas vias judiciais de reconciliação mas em união estável. Neste caso o regime de bens será o da comunhão parcial de bens se nada convencionarem os nubentes. Conforme anteriormente exposto, caso desejam adotar regime diverso basta elaborarem o contrato de convivência.

## CONCLUSÃO

Ao analisar a administração e disponibilidade do patrimônio, foram elencados dois tipos de atos: aqueles que dependem da anuência do consorte, salvo se casados pela separação total e os que podem ser praticados livremente em qualquer que seja o regime adotado. No tocante aos primeiros, a lei conferiu maior importância às hipóteses de elevado valor econômico, protegendo dessa forma o patrimônio familiar constituído ao longo dos anos. Relativamente aos atos praticados independente da outorga do cônjuge, temos que o intuito da lei foi o de não engessar as atividades da pessoa casada tais como no exercício de sua profissão ou quanto aos bens particulares, bem como possibilitar a prática de atos que se contrapõem aos interesses do consorte.

A questão da doação entre os cônjuges deve levar em conta a proibição aos casados pela separação obrigatória uma vez que significaria tentativa de burla à lei assim como a ineficácia da doação aos casados pela comunhão universal a menos que contenha cláusula de incomunicabilidade. Muito embora incomum e criticada por sobressaltar um caráter meramente patrimonial no casamento ao passo que este pressupõe comunhão de vidas, pode haver venda de bens particulares entre os cônjuges ainda que casados pela separação obrigatória posto que constitui transmissão onerosa de patrimônio. A exceção vale para os que adotaram a comunhão universal uma vez que inexistente patrimônio particular.

O cônjuge é herdeiro exclusivo do outro, independente do regime de bens se o falecido não deixou ascendentes ou descendentes. Da mesma forma, lhe é permitido concorrer com os ascendentes independente do regime adotado e com os descendentes, apenas se casados fossem pela comunhão parcial com bens particulares, separação absoluta de bens ou participação final nos aquestos. Ao companheiro, o tratamento conferido pela lei é diverso porquanto este apenas será sucessor do falecido relativamente aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Neste sentido, as regras sucessórias são mais vantajosas ao cônjuge do que ao companheiro, privilegiando o casamento em detrimento da união de fato.

Relativamente ao pacto antenupcial, figura imprescindível a quem escolher os regimes convencionais bem como àqueles que desejam estabelecer regras próprias quanto aos seus bens, temos que se trata contrato solene e condicional, solene pois a lei veda qualquer outra forma de adotar regime de bens senão por meio da escritura pública, qual seja, o pacto e condicional porquanto apenas terá validade se o casamento realmente acontecer.

No regime legal, a comunhão parcial, regime este muito usado pelos nubentes brasileiros por acreditarem ser o regime mais justo ou pela ignorância da existência de outros regimes, o Código Civil, elenca uma série de bens que serão excluídos da comunhão. São basicamente bens que têm como causa algo anterior ao casamento ou que não denote que houve esforço comum para sua aquisição. Os incisos V, VI e VII do art. 1.659 do Código Civil, causam certa divergência doutrinária ao passo que acabam por excluir da comunhão os bens de uso pessoal como os objetos usados para o exercício da profissão; os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge e outras rendas a eles equiparadas. A discussão gira em torno do valor econômico desses instrumentos de profissão que em alguns casos podem ter sido adquiridos com a ajuda do consorte e quanto aos bens adquiridos pela renda do trabalho do cônjuge. A primeira questão resta decidida se couber prova do esforço comum ainda que o discutido bem de uso profissional permaneça com o cônjuge que dele necessita cabendo ao outro uma compensação no patrimônio. A segunda, igualmente se resolve quando restringimos a incomunicabilidade apenas quanto aos proventos ou renda em si e não a estendemos aos bens com eles adquiridos.

A separação convencional de bens não é encarada na doutrina com bons olhos ao passo que não se adéqua perfeitamente às finalidades do casamento que pressupõe a comunhão de vidas. Quanto à separação legal, injusto o tratamento conferido a determinadas pessoas posto que àqueles que não observaram as regras suspensivas é conferida a possibilidade de não lhes ser aplicada a sanção se comprovado que terceiros não restarão prejudicados, no entanto esta mesma possibilidade não é dada aos menores e aos idosos. A solução adequada seria permitir a todos que têm de casar-se pela separação obrigatória, a chance de comprovar que ninguém será prejudicado com o matrimônio.

Temos que a aplicabilidade da Súmula 377 do STF gera controvérsias na doutrina se seria aplicável apenas à separação obrigatória ou se também teria o condão de comunicar os bens adquiridos pelo esforço comum na separação convencional. Aludida súmula é expressa neste sentido tratando apenas do regime da separação obrigatória. Ademais, os casados pela separação convencional decidiram dessa forma acerca do seu patrimônio e estavam cientes da incomunicabilidade de todos seus bens inclusive daqueles adquiridos pelo esforço comum.

Por fim, algumas páginas foram dedicadas à participação final nos aquestos. Até agora casamentos celebrados sob este regime não foram levados aos Tribunais portanto pouca notícia se tem da sua aplicação e aceitabilidade pela sociedade brasileira.

Os requisitos estabelecidos pelo §2º do art. 1.639, que trata do princípio da mutabilidade de regimes, anteriormente vedada no nosso ordenamento jurídico, têm o condão

de inviabilizar a mudança de todos os casamentos o que geraria insegurança jurídica para os terceiros relacionados aos cônjuges. No tocante à aplicabilidade deste princípio aos casados sob a égide do Código de 1916 divide-se a doutrina porquanto a posição majoritária acompanhada da recente jurisprudência defende a ideia de que a alteração de regimes não foi expressamente vedada pelo art. 2.039 das disposições finais e transitórias. Por óbvio, estando presentes os requisitos ensejadores da mudança de regime de bens, comprovada a vontade de ambos os cônjuges e o não prejuízo a terceiros, não há motivos hábeis a impedir que os casados na vigência do Código anterior possam alterá-lo.

O regime supletivo na união estável, figura frequente na sociedade brasileira, é a comunhão parcial. No mesmo sentido é lícito aos conviventes adotarem regime diverso no contrato de convivência bem como estabelecerem suas próprias regras. Divide-se a doutrina acerca da necessidade de anuência do companheiro na venda dos bens. Cumpre observar no caso concreto se o terceiro sabia ou não da existência da união estável. Cabe também ao companheiro, agir de boa-fé tanto em relação ao terceiro com o qual contrata tanto com seu companheiro.

Insta salientar que a separação obrigatória deve igualmente ser imposta na união estável pois caso contrário estaríamos privilegiando a união informal em detrimento do casamento. As causas suspensivas não têm o condão de impedir a caracterização da união estável porém, enquanto durar referida causa suspensiva, o regime deverá ser o da separação obrigatória. Com relação à mudança de regimes da união estável a doutrina não se mostra pacífica. A mais adequada solução seria permití-la àquelas uniões que mantivessem um contrato de convivência pois desta forma havia prova documental do regime de bens vigente na união estável.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da Família de Fato**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2002.
- BRASIL, **Código Civil. Lei 10.406/02**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL, **Código de Processo Civil. Lei 5.869/73**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOMFIM, Silvano Andrade do. O Regime da Participação Final nos Aquestos no Código Civil de 2002. **Revista Brasileira de Direito das Família e Sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte:IBDFAM, ano II, v. 9, p. 59-80, abr-mai.2009.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- \_\_\_\_\_. Regime de Bens e Algumas Absurdas Incomunicabilidades. **Revista de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Magister, ano III, v.13, p. 34-37, jul-ago. 2006.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 22. ed., São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3.
- \_\_\_\_\_. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 6.
- \_\_\_\_\_. **Direito civil brasileiro**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008. v. 7.
- MADALENO, Rolf. A Fraude Material na União Estável e Conjugal. **Revista de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Magister, ano II, v.8, p. 35-62, set-out. 2005.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 37. ed., São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.
- NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito de Civil**. 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003. v. 6.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003. v. 5.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003. v. 7.