



Luciana de Abreu Miranda

**A disciplina da alteração do regime de bens à luz da
autonomia conjugal**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Mestrado em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

Orientadores: Prof. Thamis Ávila Dalsenter Viveiros de Castro
Prof. Vitor de Azevedo Almeida Junior

Rio de Janeiro,
abril de 2024



Luciana de Abreu Miranda

**A disciplina da alteração do regime de bens à luz da
autonomia conjugal**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Mestrado em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo:

Thamis Ávila Dalsenter Viveiros de Castro

Orientadora

Departamento de Direito – PUC-Rio

Vitor de Azevedo Almeida Junior

Coorientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

Ana Luiza Maia Navares

Departamento de Direito – PUC-Rio

Ana Carolina Brochado Teixeira

Departamento de Direito – Centro Universitário (UNA)

Rio de Janeiro, 11 de abril de 2024

Todos os direitos reservados. A reprodução, total ou parcial, do trabalho é proibida sem autorização da universidade, da autora e do orientador.

Luciana de Abreu Miranda

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e pós-graduada em Direito Imobiliário pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogada.

Ficha Catalográfica

Miranda, Luciana de Abreu

A disciplina da alteração do regime de bens à luz da autonomia conjugal / Luciana de Abreu Miranda; orientadora: Thamis Ávila Dalsenter Viveiros de Castro; coorientador: Vitor de Azevedo Almeida Junior – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2024.

159 f.: il.; 30 cm.

1. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas.

1. Direito – Teses. I. Thamis Ávila Dalsenter Viveiros de Castro e Vitor de Azevedo Almeida Junior. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 004

Para minha família, inclusive a
que a vida me deu.

Agradecimentos

A pesquisa elaborada nas próximas foi escrita a várias mãos. E, a todas, sou muito grata.

De início, ao Vitor Almeida, meus mais sinceros agradecimentos. Mais do um orientador, se tornou um amigo. Exemplo de dedicação, paciência e inspiração. Agradeço por todas as oportunidades nesse período, compartilhando conhecimento, ideias e indagações. Suas conversas, sugestões e questionamentos desde o início dessa jornada permitiram a construção desse trabalho. O aprendizado foi muito além da dissertação.

Agradeço a toda a contribuição da banca de examinadores composta pelos Professores Vitor Almeida, Thamis Ávila Dalsenter Viveiros de Castro, Ana Luiza Maia Nevares e Ana Carolina Brochado Teixeira, cuja trajetória acadêmica admiro e me inspiro.

Durante os 2 (dois) anos de Mestrado na PUC-RIO, muitos participaram da construção dessa dissertação, dividindo os momentos de alegria, conhecimento e de angústias. Primeiro aos professores que me inspiraram em inúmeros temas, muitos deles além da minha área de atuação. A cada aula, novas reflexões e questionamentos. Além disso, essa jornada não teria sentido sem os laços de afeto e de amizade que foram construídos. Vocês tornaram esse período mais leve, divertido e menos solitário e, da PUC, levo esse presente.

E não apenas no meio acadêmico essa pesquisa foi desenvolvida. Ao Malka Y Negri Advogados sou grata pela experiência e todas as oportunidades ao longo desses quase 14 (quatorze) anos. A todos que por lá passaram e pude dividir conhecimento, sou grata. Em especial, ao Jacques Malka Y Negri por ter acreditado em mim desde o início e por todo o apoio durante essa jornada, além das incontáveis lições e trocas, muito além do Direito.

E há ainda muito a agradecer. À minha família que esteve todo o tempo ao meu lado e compreendeu esse momento e a necessidade de me ausentar. Em especial, à minha mãe, por me ensinar valores que carrego comigo até hoje, por ser um porto desde sempre.

Ao Thiago um agradecimento especial. Pelo companheirismo, paciência e carinho por tantos anos. Por estar sempre ao meu lado e acreditando em mim, mesmo quando eu deixava de acreditar.

Por fim, mas não menos importante, a todos os meus amigos que durante a vida fui ganhando, especialmente os que compartilharam tantas fases e momentos únicos. Em particular, a irmã que a vida me deu. Vocês se tornaram uma extensão da minha família.

Resumo

MIRANDA, Luciana de Abreu. *A disciplina da alteração do regime de bens à luz da autonomia conjugal*. Rio de Janeiro, 2024. 159 f. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O regime de bens eleito pelos cônjuges e conviventes tem relevância não apenas no momento da sua dissolução, como igualmente no decurso da relação conjugal, no que atine à administração do patrimônio e nas relações firmadas com terceiros. A liberdade na escolha do regramento patrimonial que vigorará ao longo do casamento e da união estável, inclusive quanto à possibilidade de sua alteração, se traduz na concretização da autonomia privada estabelecida pela Constituição de 1988. Em sentido contrário, o legislador infraconstitucional, no art. 1.639, § 2º, do Código Civil de 2002, ao exigir a propositura de ação judicial, com a necessidade de exposição de “motivo justo”, cujas razões invocadas serão apreciadas pelo Poder Judiciário, somada a necessidade de comprovar que não há prejuízo a terceiros, promoveu uma forte interferência estatal em matéria de cunho privado que envolve direito disponível. O presente trabalho propõe uma análise crítica, pautada na metodologia civil-constitucional, da atual disciplina da alteração do regime de bens à luz da autonomia conjugal, no intuito de demonstrar que essa exacerbada ingerência do Estado no âmbito das relações patrimoniais da família não condiz com os preceitos do Estado Democrático de Direito, sendo imprescindível a desjudicialização do aludido procedimento. A possibilidade de modificação do regime pelo casal pela via extrajudicial não apenas garante a autonomia fomentada pelo ordenamento como igualmente promove a proteção dos próprios cônjuges e conviventes, além dos interesses de terceiros de boa-fé, diante das ferramentas jurídicas já previstas na legislação em vigor.

Palavras-chave

Direito da família mínimo; alteração do regime de bens; autonomia privada; desjudicialização.

Abstract

MIRANDA, Luciana de Abreu. *The discipline of changing the property regime in light of marital autonomy*. Rio de Janeiro, 2024. 159 f. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The property regime chosen by the spouses and cohabitants is relevant not only at the time of their dissolution, but also during the course of the marital relationship, with regard to the administration of assets and in relationships signed with third parties. The freedom to choose the patrimonial rules that will be in force throughout the marriage and stable union, including the possibility of changing them, translates into the implementation of the private autonomy established by the 1988 Constitution. Conversely, the infra-constitutional legislator, in art. 1,639, § 2, of the Civil Code of 2002, when requiring the filing of legal action, with the need to present a “fair reason”, the reasons invoked will be assessed by the Judiciary, in addition to the need to prove that there is no harm to third parties, promoted strong state interference in private matters involving available rights. This work proposes a critical analysis, based on the civil-constitutional methodology, of the current discipline of changing the property regime in the light of marital autonomy, with the aim of demonstrating that this exacerbated State interference in the context of family patrimonial relations is not consistent with the precepts of the Democratic Rule of Law, making it essential to de-judicialize the aforementioned procedure. The possibility of modifying the regime by the couple through extrajudicial means not only guarantees the autonomy fostered by the order but also guarantees the protection of the spouses and cohabitants themselves, in addition to the interests of third parties in good faith, given the legal tools already provided for in the legislation in force.

Keywords

Minimum family law; change in the property regime ; private autonomy; dejudicialization.

Sumário

INTRODUÇÃO	11
1. ESTATUTO PATRIMONIAL DAS FAMÍLIAS NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL	20
1.1. Patrimônio conjugal: os dilemas da comunicação dos bens e seus efeitos	20
1.1.1. Mancomunhão	21
1.1.2. A separação de fato e os efeitos projetados para o patrimônio comum	25
1.1.3. Partilha	30
1.2. Contornos dos regimes de bens no Código Civil de 2002	33
1.2.1 Regime da comunhão parcial de bens	36
1.2.2 Regime da comunhão universal de bens	37
1.2.3 Regime da separação de bens	38
1.2.4 Regime da participação final nos aquestos.....	44
1.2.5. O regime de bens nas uniões estáveis	46
1.3. Contratos em direito das famílias: o alcance dos pactos conjugais	51
1.3.1. Disciplina jurídica aplicável: entre o direito obrigacional e o direito de família	53
1.3.2. Espécies e requisitos.....	57
1.3.3. O alcance dos pactos e as cláusulas de índole existencial	62
2. A ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS	67
2.1. Requisitos legais e procedimento para a modificação justificada do regime de bens no casamento e as preocupações para manutenção da sua judicialização	70
2.1.1. Pedido consensual	73
2.1.2. Motivo relevante e a procedência das razões invocadas	74
2.1.3. Preservação dos direitos de terceiros de boa-fé.....	79
2.2. Efeitos da alteração do regime de bens	83
2.2.1. Modificação para os regimes comunitários	85
2.2.2. Modificação para os regimes não comunitários	86
2.3. A necessidade de partilha na modificação para regimes não comunitários...	87
2.4. A não interferência estatal nas relações patrimoniais da família e a possibilidade de realização pela via extrajudicial	90
2.4.1. A liberdade negocial e o poder de autodeterminação dos cônjuges: a injustificada exigência de motivação para apreciação pelo judiciário	93
2.4.2. Análise dos projetos de lei em tramitação sobre a matéria	98
3. As repercussões da modificação do regime de bens no casamento e na união estável	103

3.1. Perspectivas do direito das famílias na contemporaneidade: rumo à desjudicialização e à mínima intervenção	103
3.2. Desconstruindo os fundamentos em prol da judicialização do procedimento	111
3.2.1. A boa-fé como premissa nas escolhas familiares	114
3.2.2. Risco de fraude e vícios de consentimento tanto na forma judicial como na extrajudicial quanto à proteção aos cônjuges	117
3.2.3. Possibilidade de resguardar o terceiro no procedimento extrajudicial	124
3.2.4. Alternativas para preservação do interesse de terceiros de boa-fé	127
3.3. Possibilidade de modificação do regime de bens na união estável	130
3.3.1. Realização pela via extrajudicial: análise da Resolução n. 141/2023 do Conselho Nacional de Justiça.....	133
3.4. Retroatividade dos efeitos.....	136
CONCLUSÃO	143
REFERÊNCIAS	147

*Afinal, há é que ter paciência, dar tempo ao tempo, já
devíamos ter aprendido, e de uma vez para sempre, que o
destino tem de fazer muitos rodeios para chegar a
qualquer parte.*

José Saramago, *Ensaio sobre a cegueira*.

INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade, a família retoma posição de primazia, base da sociedade¹. Contudo, não mais num modelo único representado pelo casamento indissolúvel, patriarcal e com foco no âmbito patrimonial², esse em crise ao longo do século XX³, mas sim através de formas diversificadas de entidades familiares, baseadas no afeto recíproco, como um espaço privado para desenvolvimento de aspirações dos seus integrantes.⁴

Tal transformação ganhou maior relevo com ações legislativas pontuais⁵ propostas nas décadas de 60 e 70 do Século XX, para promover maior igualdade, liberdade e autonomia nas relações familiares, cujos espaços de autodeterminação foram se ampliando. Simultaneamente, iniciou-se gradual afastamento de conceitos religiosos⁶ até então impregnados no seu regramento. Há uma mudança de

¹ Conforme artigo 226 da Constituição Federal de 1988.

² Maria Celina Bodin de Moraes aponta uma tripla desigualdade nesta forma de família tradicional, já que nela “os homens têm mais valor do que as mulheres; os pais, maior importância que os filhos e os heterossexuais, mais direitos que os homossexuais”, apresentando, como contraposição, a família democrática, “onde não há direitos sem responsabilidades, nem autoridade sem democracia”. MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 211.

³ MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 208.

⁴ Inclusive tal fenômeno é ressaltado pela doutrina estrangeira ao afirmar que “para alguns, de facto, as transformações na vida privada ocorridas nas últimas décadas não significam o fim da instituição familiar, mas a reconfiguração desta instituição de uma forma mais democrática e horizontal. Na “nova” família, as identidades são construídas numa relação mais igualitária e, portanto, afastam-se dos laços de estatutos e papéis privilegiados e estratificados”. Texto no original: “For some, in fact, the transformations in private life that have occurred in recent decades do not mean the end of the family institution but the reconfiguration of this institution in a more democratic and horizontal fashion. In the “new” family, identities are constructed in a more egalitarian relationship and thus depart from bonds of privileged and stratified statuses and roles”. COMMAILLE, Jacques. Family and democracy. In: MATTHIJS, Koen (coord.). *The Family: contemporary perspectives and challenges*. Leuven, Belgium: Leuven University Press, 1998, p. 25.

⁵ Refere-se ao Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/1962) que contribuiu para a emancipação feminina em diversas áreas e à Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/1977) que permitiu a extinção do vínculo matrimonial.

⁶ João Baptista Villela naquela época, ao analisar a transição do instituto da família, registrou que “o caráter instrumental do casamento de outrora, vale dizer, seu condicionamento a interesses extrínsecos, nomeadamente da Igreja e do Estado, cede ao recorte pessoal que lhe dão os cônjuges, com vistas à realização mútua”. VILLELA, João Batista. *Liberdade e família*. Belo Horizonte: Impreta, Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 660.

paradigma neste processo, na qual os indivíduos vão, gradativamente, se tornando mais importantes do que a entidade familiar em si.⁷

Essas alterações propostas pelo legislador já tinham eco na doutrina que, igualmente constatou, à época, o início da transição na visão da família. Diante do seu inerente dinamismo, para João Baptista Villela, houve relevante fenômeno quando da “passagem de unidade institucional a núcleo de companheirismo”⁸, através da primazia na concretização dos anseios dos cônjuges.

Não obstante, apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988⁹, ao colocar a pessoa humana no ápice do ordenamento jurídico e privilegiar as situações existenciais em relação às patrimoniais (prevalência do *ser* sobre o *ter*), adota-se uma nova concepção de família¹⁰, que deixa de ser uma instituição para se tornar um instrumento¹¹. Isto é, a proteção não mais é conferida em razão da forma, mas sim pela sua substância, pela função que desempenha em prol do desenvolvimento de todos os seus integrantes.

⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 212.

⁸ VILLELA, João Batista. Repensando o Direito de Família. Cadernos Jurídicos. In: COUTO, Sergio. *Nova realidade do direito de família: doutrina, jurisprudência, visão interdisciplinar e noticiário*. Rio de Janeiro: COAD: SC Editora Jurídica, 1998-99, p. 53.

⁹ Como apontam Ana Carolina Brochado e Gustavo Tepedino, “as sucessivas intervenções legislativas, contudo, que refletiam a mudança no pensamento e a na identidade cultural da sociedade brasileira, só em 1988 encontrariam fundamento axiológico para a plena consecução de suas finalidades sociais”. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do Direito Civil – Vol. 6. Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 2, edição do Kindle.

¹⁰ FACHIN, Luiz Edson. Famílias – entre o público e o privado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família: entre o público e o privado*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012, p. 160.

¹¹ Daniel Borrillo destaca essa transformação ao afirmar que “uma concepção contratualista do casamento e, mais amplamente, da família começa por considerar que a família não tem existência jurídica fora dos membros que a compõem. Assim, em vez de utilizar o termo ‘família’, deveríamos antes falar da ‘vida familiar’ tal como a tradição liberal a consagrou na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. O indivíduo aparece como único titular do direito subjetivo à convivência familiar e não a família como entidade única e objetiva”. Texto no original: “Une conception contractualiste du mariage et plus largement du fait familia commence par considérer que la famille n'a pas d'existence juridique en dehors des membres qui la composent. Ainsi, au lieu d'utiliser le terme ‘famille’, on devrait plutôt parler de ‘vie familiale’ telle que la tradition libérale l'a consacrée dans la Convention européenne des droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. L'individu apparaît comme le seul titulaire du droit subjectif à la vie familiale et non pas la famille comme une entité objective”. BORRILLO, Daniel. *La famille par contrat – la construction politique de l'alliance et de la parenté*. Paris: Puf, 2018, p. 77.

E é nesta nova concepção que as uniões sem casamento¹², até então postas à margem do direito, são reconhecidas como entidades familiares¹³ merecedoras de proteção constitucional em igualdade ao matrimônio. Movimento esse considerado revolucionário¹⁴, pois de relações ditas como imorais e ilegítimas, alçaram natureza constitucional.

A liberdade dos indivíduos de decidirem a melhor forma para si de relação familiar e a autonomia conferida pelo constituinte para que os próprios possam regulamentar ditas relações são elementos essenciais das famílias constitucionalizadas.¹⁵

Ao analisar a amplitude do direito fundamental da liberdade através do exercício da autonomia nas relações conjugais e convivenciais em contraposição às justificativas para submissão ao controle estatal ainda disposto na legislação, Renata Multedo e Maria Celina Bodin de Moraes, denominam essa tendência como “desregulamentação das relações conjugais”¹⁶, na qual ao Direito cabe garantir a estrutura familiar mais conveniente para cada indivíduo.

¹² Ao tratar da evolução das famílias extrapatrimoniais no Brasil, a doutrina abalizada, em síntese, divide em três fases distintas: na primeira há a rejeição completa do concubinato, estigmatizado pelo legislador do Código Civil de 1916 como relação adúlterina a ser regulamentada, pela jurisprudência, no âmbito do direito obrigacional. Já na segunda passa-se a reconhecer o concubinato (desde que não adúlterino) como uma vida lícita em comum, de forma que são conferidos alguns direitos protetivos e assistenciais. Na terceira e atual fase, iniciada com a Constituição Federal de 1988, é conferida tutela constitucional ao ser reconhecida como uma forma de entidade familiar e a adoção de nova nomenclatura (união estável). TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do Direito Civil – Vol. 6. Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 164, edição do Kindle. Já a fixação dos contornos dessa forma de relação familiar coube ao legislador, conforme art. 1.723 do Código Civil, que formula os seguintes requisitos: “convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

¹³ Importante o registro que o STF, através do voto do Relator Ministro Ayres Brito quando do julgamento da ADI 4.277/2011, expressamente reconheceu que a expressão “entidade familiar” é sinônimo perfeito de “família”, assim “essas duas objetivas figuras de direito que são o casamento civil e a união estável é que se distinguem mutuamente, mas o resultado a que chegam é idêntico: uma nova família, ou, se se prefere, uma nova ‘entidade familiar’, seja a constituída por pares homoafetivos, seja a formada por casais heretoafetivos”. ADI 4.227/2011, Pleno, Rel. Min. Ayres Brito, julg. 05 mai. 2011, publ. 14 out. 2011.

¹⁴ BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Família após a Constituição de 1988: transformações, sentidos e afins. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Org.). *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 619.

¹⁵ Como nenhum direito é absoluto, o exercício dessa autonomia e liberdade está condicionado a não violação da normativa constitucional, não defendendo este trabalho qualquer atuação que configure a lesão de direitos fundamentais e prejudique terceiros de boa-fé, bem como indivíduos vulnerados que integram a relação familiar.

¹⁶ MULTEDO, Renata Vilela; MORAES, Maria Celina Bodin de. A privatização do casamento. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016, p. 5-6. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-privatizacao-do-casamento/>>. Data de acesso 03 jun. 2023.

Como efeito da referida autonomia e da igualdade na vida conjugal galgadas por lei especiais e sedimentadas na Constituição de 1988¹⁷, a posição do homem como chefe de família e titular do pátrio poder é superada ante a igualdade conferida pelo constituinte aos cônjuges e conviventes¹⁸ no exercício de direitos e deveres da sociedade conjugal. Preceito esse igualmente aplicável para as outras formas de entidades familiares.¹⁹

Diante da mudança desses paradigmas nas relações familiares, torna-se premente a necessidade de revisitação dos instrumentos relativos ao estatuto patrimonial da família, que tem como principal elemento o regime de bens, de forma que sejam interpretados e aplicados em consonância com a autonomia conjugal.

E, muito além dos impactos decorrentes da dissolução da vida conjugal, o regime de bens eleito tem forte influência na esfera econômica ao longo de todo o vínculo. Isso porque compreende a gestão patrimonial do núcleo familiar, para atender as necessidades do lar e da vida comum desde a sua celebração, como um regulador da relação econômica do casal, o que repercute tanto no âmbito pessoal como no profissional de cada consorte.

Ocorre que, não raro, a decisão acerca do regime de bens não é precedida de reflexão e análise necessárias pelo futuro casal. Comumente, fazem uma escolha automática, sem considerar os impactos ao longo do casamento e da união estável. Além do que, é improvável prever, já no início da relação, todas as repercussões no seu transcurso, o que pode resultar na necessidade de alteração a fim de adequar às peculiaridades da relação familiar.

¹⁷ Como bem lecionam Heloisa Helena Barboza e Vitor Almeida, o Estatuto da Mulher Casada “foi o nascedouro da isonomia entre marido e mulher, que se sedimentou com a Constituição de 1988 (art. 226, §5º)”. BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Família após a Constituição de 1988: transformações, sentidos e afins. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Org.). *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 514.

¹⁸ O §5º do art. 226 da Constituição Federal de 1988 estabeleceu que “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Em que pese tenha se referido expressamente ao homem e a mulher, com o julgamento da ADPF 132-RJ e da ADIn 4277-DF pelo plenário do STF, em 2011, de relatoria do Ministro Ayres Britto, foi reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar, sujeita às mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva, de forma que a igualdade conferida pelo aludido dispositivo igualmente se aplica para relações familiares homoafetivas.

¹⁹ Ressalve-se, contudo, que a aludida igualdade prevista pelo constituinte ainda não se concretizou na grande maioria das relações familiares. A desigualdade de gênero ainda tem forte presença nos lares brasileiros e deve ser sempre considerada pelo intérprete e operador do direito na análise do caso concreto. BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. (Des)Igualdade de gênero: restrições à autonomia da mulher. *Pensar*. Fortaleza, v. 22, n. 1, jan./abr. 2017, p. 262.

Por essa razão e perante uma sociedade contemporânea cada vez mais plural, fluida e complexa, na qual os arranjos familiares passam por constantes modificações, com a ressignificação dos núcleos familiares, ante a sua instrumentalização para promover a realização pessoal de cada um dos seus membros²⁰, o estudo dos regimes de bens e a possibilidade de sua modificação, sem a desarrazoada intervenção estatal, torna-se ainda mais relevante e atual.

No âmbito do Estado Democrático de Direito, onde a dignidade da pessoa humana é o seu fundamento, imprescindível a renovação do conceito de ordem pública²¹ a fim de que detenham os casais a possibilidade de construírem sua própria ordem familiar, através de pactos ou até mesmo recombinações ao longo da relação quanto às regras que irão norteá-la²². Aliás, a releitura desse conceito está consagrada na denominada cláusula geral de reserva de intimidade prevista no Código Civil (art. 1.513) ao vedar que qualquer pessoa, de direito público ou privado, possa vir a interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Até mesmo porque, as relações privadas, mormente as de cunho familiar, pautam-se no fomento da autonomia privada e do livre desenvolvimento da personalidade dos seus membros. A atuação estatal justifica-se unicamente quando presentes interesses superiores, isto é, para efetivar a promoção dos direitos fundamentais, mormente de sujeitos vulneráveis. Tal tendência, nesta seara, é defendida pela doutrina contemporânea como a do Direito de Família Mínimo²³, através da contratualização das relações familiares.

Neste ínterim, sem sombra de dúvidas, o Código Civil de 2002 trouxe relevante inovação no âmbito do regime de bens. Por um lado, mantém três princípios fundamentais já estabelecidos na norma revogada quanto ao estatuto

²⁰ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 972-973.

²¹ MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Contratos no ambiente familiar. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (coord.). *Contratos, família e sucessões: diálogos complementares*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019, p. 1-18.

²² MULTEDO, Renata Vilela; MORAES, Maria Celina Bodin de. A privatização do casamento. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016, p. 7. Disponível em: <http://civilistica.com/a-privatizacao-do-casamento/>. Acesso em 10 dez. 2022.

²³ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Por um direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no âmbito do direito de família*. 2009, 226 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009, p. 141.

patrimonial, quais sejam: o da variedade de regimes, da indivisibilidade do regime e da liberdade de escolha (princípio da livre estipulação).

Lado outro, a irrevogabilidade do regime escolhido, que era previsto no Código anterior, em seu artigo 230, não mais subsiste no atual, o qual, por sua vez, permite a mudança desde que por pedido motivado por ambos os cônjuges, a ser apurada a procedência das razões invocadas pelo Poder Judiciário, e ressalvados os direitos de terceiros.

Para isso, houve a introdução do § 2º do art. 1.639, único dispositivo do referido diploma legal que versa sobre o tema, cujo procedimento e requisitos instituídos pelo legislador foram detalhados (e ampliados) quando da edição do Código de Processo Civil em 2015, como a prévia manifestação do Ministério Público e publicação de edital que divulgue a pretendida alteração de bens (art. 734, § 1º, CPC) para prolação de sentença.

Diante dos diversos requisitos verificados, notadamente o da imposição que o assunto seja judicializado e demonstre-se justificado motivo para tal desiderato, questiona-se se essa novidade legislativa foi aquém do que poderia ter proposto o legislador. Principalmente quando considerados os preceitos fundamentais do direito das famílias esculpidos na Constituição Federal de 1988, dentre os quais os da igualdade material, do pluralismo, da autonomia privada e da intervenção mínima estatal.

Os fundamentos para a sua judicialização – proteção dos interesses dos cônjuges e de terceiros –, partem de uma equivocada “visão conspiratória”²⁴, arraigada em preceitos há muito superados, além de subverter por completo as bases do ordenamento jurídico pátrio, em que a má-fé passaria a ser presumida e a boa-fé haveria de ser comprovada pelos consortes.

Não se pode olvidar que o pedido de modificação do regime de bens versa sobre direitos disponíveis e é feito consensualmente pelos cônjuges – pessoas capazes²⁵ –, sendo esses os mais aptos e com a melhor percepção sobre a realidade familiar para ponderarem se a mudança é benéfica, valoração essa que parece exceder aos limites da atividade judicante.

²⁴ VILLELA, João Batista. *Liberdade e família*. Belo Horizonte: Impreta, Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 674.

²⁵ Refere-se aos indivíduos que não se enquadram nas hipóteses previstas nos artigos 3º e 4º do Código Civil, não sendo escopo do presente trabalho a análise da possibilidade de alteração do regime de bens por pessoas absoluta e relativamente incapazes.

É neste cenário que o presente trabalho propõe uma análise crítica acerca do procedimento previsto no Código Civil de 2002 e no Código de Processo Civil de 2015 para a modificação do regime de bens, assim como uma reflexão sobre a possibilidade de promover a sua desjudicialização. Neste ponto específico, pretende-se realizar detido estudo no intuito de desconstruir os fundamentos que, em tese, justificariam a manutenção da atuação ativa do poder estatal em âmbito nitidamente de foro íntimo e patrimonial dos cônjuges e conviventes.

Para isso, primeiramente será estudado o estatuto patrimonial das famílias na legalidade constitucional, em que é tratado o conceito do patrimônio conjugal e sua partilha para, então, prosseguir nos tipos de regime de bens previstos no Código Civil e o estudo sobre a natureza, espécies e requisitos dos contratos em direito das famílias, inclusive o alcance dos pactos conjugais.

Neste ponto, será proposto um estudo sobre a disciplina jurídica aplicável, já que os pactos conjugais, diante das suas peculiaridades, estão entre o direito obrigacional e o das famílias, formando um negócio jurídico de direito de família com vicissitudes específicas.

Prossegue o trabalho então para pormenorizar o processo judicial, inclusive seus efeitos, além de debater se, na forma como atualmente em vigor no Brasil, pautado no princípio da mutabilidade motivada do regime de bens, é condizente com os preceitos constitucionais aplicáveis às famílias contemporâneas.

Avança-se para o âmbito da desjudicialização e mínima intervenção estatal nas questões patrimoniais da família²⁶ e a valoração da autonomia privada. Os núcleos familiares, portanto, tornaram-se livres para buscar o desenvolvimento e fomentar as liberdades de cada um dos seus integrantes.

Não se olvida a dificuldade em todas as relações jurídicas, que se torna mais sensível no direito das famílias, quanto ao indispensável equilíbrio entre a autonomia privada e a intervenção mínima de um lado e, do outro, a garantia de

²⁶ Clarissa Langer de Andrade e Dóris Ghilardi defendem que o princípio da intervenção mínima nas relações familiares demanda do Estado que este “deixe de ter a função de definir o que é família e prescrever o papel de seus membros e passa a ter como finalidade assegurar que a entidade familiar, independentemente de sua configuração, alcance seu mister de ser um ambiente de desenvolvimento e realização, da forma como tal conceberem seus integrantes”. ANDRADE, Clarissa Langer de; GHILARDI, Dóris. O procedimento de alteração do regime de bens do casamento: estudo crítico e propositivo. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 11, n. 1, 2022, p. 3-4. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-procedimento-de-alteracao/>>. Acesso em 26 dez. 2022.

interesses de ordem pública²⁷ para proteção de todos os membros integrantes da entidade familiar, gerando dúvidas de até que ponto o legislador pode intervir nessas relações.²⁸

Na sequência, é proposta uma análise crítica acerca dessa interferência estatal nas relações patrimoniais das famílias e a injustificada exigência de motivação para a apreciação do judiciário. Desenvolve o trabalho quanto à possibilidade de realização pela via extrajudicial, ainda mais considerando as modificações promovidas com o divórcio e o inventário extrajudicial (Lei n. 11.441/2007), sem que viole normas de ordem pública ou interesses dos cônjuges e de terceiros.

Ao final, é realizada uma desconstrução dos fundamentos em prol da judicialização do procedimento, posto que os riscos de fraude e vícios de consentimento entre os cônjuges e conviventes estão igualmente presentes tanto na via judicial como na extrajudicial. Tampouco a desjudicialização do procedimento significará o desamparo aos legítimos interesses de terceiro de boa-fé que possam vir a ser prejudicados com a alteração do regime de bens. Em relação a estes, não produzirá efeitos, além de já deterem as ferramentas necessárias para a preservação dos seus direitos.

Especificamente em relação às uniões estáveis, analisará o recente Provimento n. 141/2023 do Conselho Nacional de Justiça, o qual foi incorporado no Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça – Foro Extrajudicial (Provimento n. 149/2023), que regulamentou a alteração do regime de bens nesta forma de entidade familiar pela via extrajudicial e os impactos decorrentes.

Por fim, aborda-se a relevância de ser revisitada a disciplina da alteração do regime de bens à luz da legalidade constitucional e em nome da autonomia do casal,

²⁷ Para a metodologia civil-constitucional, além de um limite negativo, a ordem pública é um compromisso positivo do Estado no intuito de realização dos princípios fundamentais, ao impor um limite na possibilidade de regulamentação ou auto-regulamentação. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 442-443.

²⁸ Nesse sentido, Renata Multedo e Maria Celina Bodin de Moraes arguem que “a atuação estatal deve ser balizada pelos limites de uma ‘reserva de intimidade’, de forma a promover os princípios constitucionais, somente intervindo efetivamente mediante solicitação por parte dos próprios cônjuges, se impossível a solução de conflitos internos da relação conjugal. MULTEDO, Renata Vilela; MORAES, Maria Celina Bodin de. A privatização do casamento. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016, p. 13. Disponível em: <http://civilistica.com/a-privatizacao-do-casamento/>. Acesso em 10 dez. 2022.

através de uma releitura dos requisitos impostos pelo legislador, cuja ingerência exacerbada do Estado nesta matéria de cunho nitidamente patrimonial e íntima da família é incompatível com os conceitos fundantes das relações familiares na forma esculpida pelo constituinte de 1988.

Portanto, há a necessidade que se promova o avanço no ordenamento para permitir a realização da alteração através da lavratura de Escritura Pública, como de fato já autorizado para outros atos de disposição patrimonial no âmbito familiar.

1. ESTATUTO PATRIMONIAL DAS FAMÍLIAS NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

1.1. Patrimônio conjugal: os dilemas da comunicação dos bens e seus efeitos

Toda relação familiar, independentemente da modalidade eleita pelos seus integrantes e de qualquer manifestação pelos próprios de forma expressa, produz efeitos patrimoniais desde o momento da sua constituição. A premissa “não há casamento sem regime de bens”²⁹ se amplia à união estável, pois sempre haverá, ainda que indiretamente, uma eleição da espécie de estatuto patrimonial que regerá a relação conjugal.

Enquanto até a promulgação da Constituição Federal de 1988, no intuito de promover a proteção da família como instituto e da “paz doméstica”³⁰, o homem era tido como o chefe e representante da própria³¹, além de realizar a administração dos bens comuns do casal e até mesmo dos particulares da esposa, a depender do regime de bens adotado no casamento, tais preceitos foram drasticamente alterados diante do novo ordenamento jurídico e transcritos no atual Código Civil.

Assim, diante da redação proposta pelo legislador, todos os membros daquele núcleo conjugal detêm os mesmos direitos e deveres na entidade familiar (artigos 1.566 e 1.724, CC), o que engloba não apenas os encargos familiares, mas também a administração dos bens comuns.

O atual cenário, portanto, demanda maior atenção quanto ao patrimônio conjugal formado até a sua concreta partilha. Isso porque “a comunhão (...) e os conjuntos dos bens particulares são patrimônios distintos, massas (o que revela a objetividade), sem que entre eles e os cônjuges existam relações”.³²

²⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 157.

³⁰ A “paz doméstica” já era criticada por João Batista Villela por ser “fundada no poder marital e na discriminação dos filhos não-matrimoniais” e inspirada “em bases inaceitáveis para a consciência ética moderna”, sendo mais aparente do que real. VILLELA, João Batista. *Família Hoje*. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A Nova Família: Problemas e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 74.

³¹ TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A Nova Família: Problemas e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 52.

³² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito de Família*, vol. II: direito matrimonial (continuação). Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001, p. 37.

1.1.1. Mancomunhão

De origem no direito germânico³³, a comunidade de bens e obrigações dos cônjuges, denominada como mancomunhão, engloba o acervo de bens que ficam em estado de indivisibilidade na propriedade unificada do casal, “a cada um dos quais pertence metade imaginária”³⁴, permanecendo os cônjuges como coproprietários e compossuidores (comunheiros)³⁵, indivisamente.

Em que pese a relevância desta propriedade em “mão comum”, pertencente a ambos os cônjuges e conviventes, com características específicas, a legislação é completamente omissa na sua regulamentação³⁶, o que resulta em equívocos ao tentar aplicar, analogicamente, regras de outros institutos estranhos ao direito das famílias.

O que gera maior questionamento é condomínio previsto no Código Civil. Ao contrário do que possa presumir, tal estado de indivisibilidade não se confunde com o referido condomínio³⁷. Enquanto os condôminos detêm simultaneamente o bem ou o direito, cabendo, a cada, uma fração, com a faculdade de alienar ou gravar

³³ Leciona Clóvis Beviláqua que “na Germânia, ao tempo do *mundium*, o marido tinha direitos de senhor sobre os bens da mulher, embora não fosse proprietário exclusivo; mas o rigor desse princípio, era abrandado pelo antiquíssimo costume das mútuas doações. Com o desaparecimento do *mundium*, os cônjuges foram considerados como uma unidade, ou como associados de direitos iguais sobre o patrimônio do casal. Desse princípio resultaram: a comunhão meramente administrativa do Direito saxônico e a comunhão real de outras estirpes, principalmente franca. Esta comunhão foi-se, dia a dia, acentuando, no sentido de uma compropriedade efetiva, diz Schulte”. BEVILAQUA, Clóvis. *Direito da família*. Campinas: 8. ed., atual. pelo Desembargador Isaías Beviláqua. São Paulo: Livraria Freitas Bastos. 1956, p. 190. Também apontando a origem germânica, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito de Família*, vol. II: direito matrimonial (continuação). Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001, p. 149.

³⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Dissolução de sociedade conjugal e eficácia jurídica do casamento*. 1. ed., atual. por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012 (coleção tratado de direito privado: parte especial; 8), p. 376.

³⁵ Não obstante comumente utilizado o termo “condôminos” ao tratar da relação existente entre os cônjuges quanto ao patrimônio comum, não fora adotado no presente trabalho como sinônimo tão somente para evitar uma apriorística comparação com o instituto do condomínio voluntário previsto no Código Civil, e para salientar a distinção destes, cujas diferenças serão tratadas na sequência.

³⁶ A ausência de distinção terminológica pelo legislador ao utilizar o termo comunhão no Código Civil é destacada por Rafael Calmon Rangel, ao utilizar a mesma palavra “ora para se referir aos interesses sócio-comunitários nas sociedades empresárias (art. 1.191), ora aos interesses dos condôminos (art. 1.318), ora para se referir à finalidade do casamento (art. 1.511) e ora para classificar alguns regimes matrimoniais de bens (art. 1.667)”. RANGEL, Rafael Calmon. *Manual de partilha de bens: na separação, no divórcio e na dissolução da união estável - aspectos materiais e processuais*. 3. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 155, edição do Kindle.

³⁷ Igualmente defende tal distinção, PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 536.

seus direitos, desde que concedida a preferência aos demais coproprietários (art. 1.314, CC), esses não podem ser exercidos por qualquer dos cônjuges ou conviventes enquanto perdurar o estado de mancomunhão³⁸. Para mais, ao passo que no condomínio a fração de um pode ser vendida ao outro condômino, há expressa vedação pela alienação, gratuita ou onerosa, entre os consortes de bens que integram a mancomunhão (artigos 499 e 544, CC).

Além da distinção com o condomínio, Rolf Madaleno igualmente aponta as contradições e os equívocos quando a situação jurídica dos bens conjugais é comparada a um patrimônio de afetação, pois

Críticas deitam sobre tal natureza jurídica, dentre outros motivos, pela inexistência de um passivo específico da sociedade, pois o patrimônio de afetação é uma universalidade jurídica que se caracteriza pela fungibilidade dos bens que integram o seu patrimônio e pela preferência dos credores para as dívidas de seu passivo, mas esta segunda característica não está presente no patrimônio matrimonial, tanto que cada cônjuge responde pelas dívidas com seus próprios bens.³⁹

Em que pese diversas similitudes com institutos vinculados aos direitos reais, as peculiaridades que regem a mancomunhão, mormente por integrar outro ramo do direito, impedem o seu enquadramento de forma apriorística, sem as devidas ponderações, o que, já na vigência do Código Civil de 1916, era destacado pela doutrina tradicional:

Os elementos principais com que se urde a trama dos regimes matrimoniais de bens são os conceitos de propriedade e os que o compõem, de compropriedade, de gozo, de usufruto, uso, fruto, tutela (no sentido mais amplo), depósito e mandato. Certo é, porém, que nenhum dos conceitos seria suficiente para a explicação do que se passa e toda alusão às figuras, quando se está no terreno próprio dos regimes matrimoniais de bens.⁴⁰

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se posicionar pela distinção entre a mancomunhão e o condomínio, em que “a comunhão resultante do matrimônio difere do condomínio propriamente dito, porque nela os

³⁸ Nesse sentido, VILLELA, João Baptista; GOMES, Elena de Carvalho. Os patrimônios separados no estatuto jurídico da família. *V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. 28 out. 2005, p. 8-9. Disponível em <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/21.pdf>. Acesso em 28 jan. 2024.

³⁹ MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 755, edição do Kindle.

⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Dissolução de sociedade conjugal e eficácia jurídica do casamento*. 1ª ed. atual. por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012 (coleção tratado de direito privado: parte especial; 8), p. 300.

bens formam a propriedade de mão comum, cujos titulares são ambos os cônjuges”⁴¹. No mesmo sentido, asseverou Francisco José Cahali ao apontar que a distinção decorre do fato que, no casamento, não adotado regime separatista, forma-se uma comunhão e “o patrimônio, quando comunicado, passa a ser comum, de ambos, não em partes ideais, mas em titularidade dupla”.⁴²

Já Rafael Calmon Rangel⁴³, ao propor o estudo da mancomunhão, traz ao debate o instituto das universalidades jurídicas previstas no art. 91 do Código Civil, tendo como principais características a plasticidade⁴⁴ e a unitariedade⁴⁵. Esse engloba as situações jurídicas com repercussão econômica e não os bens corpóreos propriamente ditos, os quais, por sua vez, são o conteúdo da respectiva situação jurídica.

Enquanto no Código Civil revogado havia expressa enunciação dos casos de universalidades, ao indicar o patrimônio e a herança⁴⁶, o atual adotou conceito mais amplo, além de diferenciar as de fato das de direito⁴⁷, tendo como principais exemplos a herança, massa falida, fundo mútuo de ações e empresas. Contudo, para

⁴¹ REsp 3.710/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Antonio Torreão Braz, julg. 21 jun. 1995, publ. 28 ago. 1995.

⁴² CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 165.

⁴³ RANGEL, Rafael Calmon. *Manual de partilha de bens: na separação, no divórcio e na dissolução da união estável - aspectos materiais e processuais*. 3. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 140, edição do Kindle.

⁴⁴ Como explica o autor, “é de sua essência a aptidão para permitir tanto o ingresso de componentes absolutamente novos, quanto a saída de componentes já existentes, sem que sua configuração unitária seja afetada de qualquer forma”. RANGEL, Rafael Calmon. *Manual de partilha de bens: na separação, no divórcio e na dissolução da união estável - aspectos materiais e processuais*. 3. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 141, edição do Kindle.

⁴⁵ Segundo o autor: “as universalidades de direito se caracterizam por decorrerem exclusivamente de lei em sentido amplo, de serem intransmissíveis, de se destinarem a uma finalidade específica e de possuírem unidade, isto é, formarem um todo desvinculado de seus componentes”. RANGEL, Rafael Calmon. *Manual de partilha de bens: na separação, no divórcio e na dissolução da união estável - aspectos materiais e processuais*. 3. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 143, edição Kindle.

⁴⁶ Vide redação do art. 57 do referido Código Civil de 1916: “O patrimônio e a herança constituem coisas universais, ou universalidade, e como tais subsistem, embora não constem de objetos materiais”.

⁴⁷ Lecionam Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva que “ambas têm a idêntica função de submeter o conteúdo dos bens agregados – e como tal considerados objeto de certa relação jurídica – o regime jurídico específico. Na universalidade de fato, tem-se a reunião de bens que, sem perder autonomia jurídica, passam a ser considerados pelo perfil unitário e global que representam. A universalidade de direito, por outro lado, situa-se na reunião, sob a mesma perspectiva de regime legal unitário, de relações jurídicas subjetivas, configurando um complexo de direito sob a mesma titularidade”. OLIVA, Milena Donato; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do Direito Civil – Vol. 1. Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 193, edição Kindle.

o referido autor, dita ausência de identificação das hipóteses em nada impede que o patrimônio seja classificado como uma universalidade jurídica⁴⁸. E assim conclui:

Bem vistas as coisas, poder-se-ia afirmar que a mancomunhão dá ensejo à formação de uma universalidade de direito, e não a uma comunhão jurídica ordinária, pois ela implica, por assim dizer, no verdadeiro encapsulamento do patrimônio jurídico conjuntamente construído, por meio de um invólucro invisível, responsável por tornar comuns todas as situações jurídicas que o compõem, assim em seus aspectos ativo e passivo.⁴⁹

Contudo, em que pese os traços comuns acima apontados, não se pode olvidar ser elemento intrínseco das universalidades que tal complexo de direito esteja sob a mesma titularidade, como, aliás, estabelece no art. 91 do Código Civil⁵⁰, requisito este não presente na mancomunhão, pois o patrimônio comum pertence a ambos os cônjuges ou conviventes.

Diante das considerações alhures, a mancomunhão deve ser enquadrada como um patrimônio *suis generis*, ante as peculiaridades e especificidades que estão presentes neste instituto do direito das famílias.

Considerada, portanto, como o “estado de propriedade comum sobre todo o patrimônio”⁵¹, cuja indivisibilidade decorre da lei, repercute imediata e diretamente sobre a entidade familiar, e perpetua-se até a sua partilha.

Assim, cada cônjuge detém uma metade imaginária da massa indivisa, de forma que resta impossibilitado de praticar qualquer ato de disposição, inclusive transferir em vida o seu direito à futura meação⁵² a terceiro. Em contrapartida, nada impede que disponha através de testamento acerca da aludida futura meação a quem desejar, respeitando eventual legítima.

⁴⁸ No mesmo sentido, Milena Donato Oliva e Gustavo Tepedino registram que o patrimônio deve “ser examinado no bojo da teoria dos bens, vez que consubstancia universalidade de direito, regendo-se pela disciplina peculiar a essa espécie de bens”. OLIVA, Milena Donato; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do Direito Civil* – Vol. 1. Teoria geral do direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 208, edição Kindle.

⁴⁹ RANGEL, Rafael Calmon. *Manual de partilha de bens: na separação, no divórcio e na dissolução da união estável - aspectos materiais e processuais*. 3. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 168, edição Kindle.

⁵⁰ Impende registrar, em sentido oposto, o Enunciado n. 288 da IV Jornada de Direito Civil: “A pertinência subjetiva não constitui requisito imprescindível para a configuração das universalidades de fato e de direito”.

⁵¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do Direito Civil* – Vol. 6. Direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 134, edição Kindle.

⁵² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito de Família*, vol. II: direito matrimonial (continuação). Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001, p. 268.

Enquanto perdurar a mancomunhão, esta produzirá automaticamente efeitos no âmbito patrimonial daquela unidade familiar, os quais estão, principalmente, descritos no regime primário de bens, isto é, deveres e direitos relacionados à administração, disposição e fruição do patrimônio pelos cônjuges independentemente do regime escolhido quando da formação da sociedade conjugal (vide artigos 1.642, 1.643 e 1.647, CC). Inclusive, o próprio legislador previu quais os bens integrarão tal estado de indivisibilidade, a depender do regime eleito (art. 1.658, 1.660, 1.663, 1.667 e 1.670, CC).

A mancomunhão persiste até que seja decretada a sua partilha, o que pode ocorrer no momento do divórcio, quando dissolvido o vínculo conjugal, como posteriormente⁵³, já que nada impede de ser mantida ainda que extinta aquela relação conjugal, como autorizado pelo Código Civil (art. 1.581) e pelo Código de Processo Civil (art. 731).

1.1.2. A separação de fato⁵⁴ e os efeitos projetados para o patrimônio comum

Com o divórcio há a dissolução do vínculo conjugal, esvai-se por completo o casamento e se põe termo aos efeitos civis, com todas as consequências jurídicas decorrentes. Já em relação à separação judicial, sem adentrar na discussão acerca da sua manutenção como forma de dissolução do casamento no ordenamento jurídico após a Emenda Constitucional de 66/2010⁵⁵, esta extingue apenas a relação conjugal, o que resulta na cessação dos efeitos de coabitação e fidelidade recíproca,

⁵³ Os impactos da partilha após a dissolução da sociedade conjugal serão aprofundados no item 1.2.3 deste capítulo.

⁵⁴ Adota-se, para a separação de fato, a definição de término, com ânimo definitivo, do afeto inerente a formação das entidades familiares (*affectio maritalis*) e não a mera separação física. Isso porque pode ocorrer uma separação de fato, mas ainda permanecer o casal residindo no mesmo local, muitas das vezes por falta de condições financeiras de cada um custear integralmente uma residência para si. Por outro lado, não raro, resta configurada a constituição de uma família, ainda que não residam na mesma casa.

⁵⁵ Em que pese não ser objeto de estudo deste trabalho, importante o registro que, diante da polêmica existente na doutrina e decisões controvertidas sobre a possibilidade de decretar a separação judicial após a EC 66/2010, o Supremo Tribunal Federal foi instado a decidir tal matéria. O Tribunal Pleno fixou, no julgamento do RE 1.167.478/RJ, de relatoria do Min. Luiz Fux, por maioria, em 08.11.2023, a seguinte tese ao apreciar o Tema 1.053: “Após a promulgação da EC nº 66/2010, a separação judicial não é mais requisito para o divórcio nem subsiste como figura autônoma no ordenamento jurídico. Sem prejuízo, preserva-se o estado civil das pessoas que já estão separadas, por decisão judicial ou escritura pública, por se tratar de ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da CF)”. RE 1.167.478/RJ, Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 08 nov. 2023, publ. 10 nov. 2023.

bem como no regime de bens (art. 1.576, CC)⁵⁶, além de importar a separação de corpos e a partilha de bens (art. 1.575, CC).

Por outro lado, em relação aos efeitos decorrentes da separação de fato, em que pese tenha sido completamente omissivo o legislador quando da edição do Código Civil de 2002 na sua regulamentação, tal fato possui relevância jurídica. A doutrina tradicional afirma que “embora persista o vínculo, cessada a sociedade conjugal, desaparece, como consequência imediata, congênere a comunhão de interesses que se estabelecera”⁵⁷ e, por conseguinte, finda-se neste momento o regime de bens até então em vigor.⁵⁸

Além do mais, a interpretação está em consonância com o já disposto na Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77) que, no seu art. 8º, expressamente autorizou a retroatividade dos efeitos da sentença que decretar a separação judicial à da decisão que tiver concedido a separação cautelar⁵⁹, isto é, do momento que o juiz reconhece a separação de fato do casal.

E a doutrina à época ia além. Se posicionava pela não inclusão na partilha os bens adquiridos após a separação de fato, ainda que sem a propositura de prévia medida cautelar por algum dos cônjuges:

Ora o regime da comunhão pressupõe efetiva convivência do marido e da mulher, fazendo presumir a colaboração na aquisição dos bens se o regime era o da comunhão. Diante da separação de fato, cada um passando a agir isoladamente na prática do esforço para aumento do patrimônio, não faz sentido, a não ser por puro rigor formal, exigir partilha dos bens dos separados de fato, especialmente quando já tenham constituído nova uniões.⁶⁰

⁵⁶ Tal disposição já estava prevista na Lei n. 6.515/77, no seu art. 3º.

⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito de Família*, vol. II: direito matrimonial (continuação). Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001, p. 269.

⁵⁸ Ressalva-se aqui o posicionamento de Rafael Calmon Rangel de que não há a dissolução do regime de bens, o que somente é obtido com a prolação da sentença que decreta a dissolução do vínculo conjugal ou a lavratura de escritura pública com essa finalidade, mas sim mero impedimento de projeção de alguns efeitos, dentre esses, o da comunicabilidade de bens adquiridos após a separação de fato. RANGEL, Rafael Calmon. *Manual de partilha de bens: na separação, no divórcio e na dissolução da união estável – aspectos materiais e processuais*. 3. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 190, edição do Kindle.

⁵⁹ “Art. 8º. A sentença que julgar a separação judicial produz seus efeitos à data de seu trânsito em julgado, ou à da decisão que tiver concedido separação cautelar”.

⁶⁰ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Separação de fato e cessação do regime de bens no casamento. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (coord.). *Família e sucessões: direito de família patrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais - v.5), p. 317.

Idêntica conclusão é possível aferir com a edição do atual Código Civil, ao ter o legislador estabelecido a possibilidade de constituição de união estável na hipótese de a pessoa ainda estar casada, mas separada de fato (art. 1.723, § 1º, CC), isto é, autoriza a formação de nova entidade familiar diante do término da relação conjugal, mesmo que pendente a sua dissolução.

Mas não é só. Apesar de previsto apenas no regime da participação final nos aquestos, a parte final do art. 1.683 do Código Civil⁶¹ menciona expressamente a separação fática como termo final da comunhão patrimonial, inexistindo qualquer fundamento para não incidência desta regra aos demais regimes de bens. O mesmo entendimento constata-se na seara do direito sucessório através da leitura temperada quanto ao lapso temporal e ao instituto da culpa, do art. 1.830 do referido Código.⁶²

Nesse sentido, através de construção jurisprudencial⁶³ e doutrinária⁶⁴, a separação de fato, por configurar rompimento da comunhão plena de vida, não apenas põe fim aos deveres do casamento e afasta a configuração de família simultânea ou concubinato⁶⁵, mas igualmente repercute no estatuto patrimonial que vigorou enquanto mantida a entidade familiar, com impacto direto sobre o regime de bens eleito. Os adquiridos a partir desse momento (desde que não sejam produtos de bens comuns) integrarão o patrimônio particular, sob pena de configurar enriquecimento sem causa⁶⁶ do outro que em nada contribuiu para tanto.

E o rompimento da entidade conjugal pela separação de fato não pode estar condicionada a eventual prolongamento temporal, como antes se compreendia. O que é relevante para configurar o termo final da comunhão patrimonial é a certeza

⁶¹ “Art. 1.683. Na dissolução do regime de bens por separação judicial ou por divórcio, verificar-se-á o montante dos aquestos à data em que cessou a convivência”.

⁶² “Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente”.

⁶³ Nesse sentido assim já se posicionou o STJ em diversas oportunidades: REsp 678790/PR, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, julg. 10 jun. 2014, publ. 25 jun. 2014; e REsp 1660947/TO, 3ª Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, julg. 05 nov. 2019, publ. 07 nov. 2019.

⁶⁴ Para Joyceane Bezerra de Menezes, o aludido dispositivo “finda por reconhecer os efeitos jurídicos da separação de fato, notadamente quanto ao fim do dever de fidelidade, da eventual coabitação e do regime de bens”. MENEZES, Joyceane Bezerra de. União estável. In: BEZERRA DE MENEZES, Joyceane; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (coords.). *Direito das famílias por juristas brasileiras*. 2. ed., Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 196.

⁶⁵ Além desses, igualmente apontam Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Tepedino como efeito a “delimitação da extensão ao bem de família após o rompimento fático da convivência conjugal”. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do Direito Civil – Vol. 6. Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 160, edição Kindle.

⁶⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do Direito Civil – Vol. 6. Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 160, edição do Kindle.

do rompimento daquela comunhão de vida⁶⁷, devendo ambos terem conhecimento inequívoco da sua ocorrência⁶⁸, independentemente do lapso temporal decorrido.

Para Rolf Madaleno, a separação de fato, seja por vontade, silêncio ou mesmo comodidade dos cônjuges e companheiros, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, resulta um pacto de tripla interrupção:

Cessando no plano jurídico o dever de fidelidade recíproca, o dever de coabitação e cessando a comunhão dos bens futuros, que deixam de ser conjugais, sendo incontestemente expirar os regimes de bens com o fim da coabitação, e não só depois de homologado ou decretado o divórcio, como sugerem os artigos 1.571, IV, 1.575 e 1.576 do Código Civil.⁶⁹

Se, por um lado, a separação de fato gera um novo acervo patrimonial superveniente, o qual será incomunicável, individual e pessoal, por outro, não se pode olvidar que, quanto aos bens comuns decorrentes daquela relação conjugal, enquanto não realizada a partilha do referido patrimônio, esses permanecem no estado de mancomunhão. Como consequência, continuará produzindo os efeitos anteriormente indicados quanto aos deveres e direitos de ambos, não sendo estabelecido qualquer forma de condomínio civil quanto aos aludidos bens.⁷⁰

Por sua vez, tão logo iniciado o procedimento de partilha, caso não seja possível atingir um consenso quanto à forma de divisão, incidirão, a partir deste momento, as regras do condomínio civil, como o direito de preferência⁷¹, até mesmo como ferramentas para promover o encerramento do estado de indivisibilidade daquele patrimônio.⁷²

⁶⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 425.

⁶⁸ Para Rafael Calmon Rangel, o ato da separação de fato somente pode projetar efeitos jurídicos a partir do momento que ambos tenham conhecimento, de forma que, quando realizado apenas por um dos cônjuges ou conviventes, é um ato jurídico unilateral reptício, no intuito de evitar a prática de atos abusivos que possam prejudicar o outro. RANGEL, Rafael Calmon. *Manual de partilha de bens: na separação, no divórcio e na dissolução da união estável - aspectos materiais e processuais*. 3. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 192, edição do Kindle.

⁶⁹ MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 10 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 898, edição Kindle.

⁷⁰ SCHREIBER, Anderson [et al.]. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 3.461.

⁷¹ Prevê o Código Civil o direito de preferência na aquisição da coisa indivisa (art. 504).

⁷² Igualmente é conferido, durante o procedimento da partilha, o direito de um dos cônjuges ou conviventes exigir a divisão da coisa comum, aplicando-se a regra estabelecida no artigo 1.320 e seguintes do Código Civil.

Uma das consequências da mancomunhão é a formação de uma composses em mão comum⁷³. Ambos os cônjuges ou conviventes exercem, simultânea e integralmente, a posse dos bens que compõem dito patrimônio, impossibilitando que apenas um deles exerça com exclusividade sem a anuência do outro.⁷⁴

Tratando-se de bem imóvel, em que pese não ocorrer a formação do aludido condomínio, como estabelece o art. 1.314 do Código Civil, até que seja efetuada a partilha, pautado na vedação do enriquecimento sem causa, há decisões judiciais⁷⁵ pela possibilidade de fixação de taxa de ocupação⁷⁶, a partir da data de citação da ação de arbitramento de aluguel⁷⁷, a fim de que o outro alijado do uso de seu patrimônio seja indenizado.

Contudo, a questão ainda não está pacífica pela doutrina. Parte dos autores⁷⁸ defende a impossibilidade de aplicar à mancomunhão as regras previstas pelo

⁷³ RANGEL, Rafael Calmon. *Manual de partilha de bens: na separação, no divórcio e na dissolução da união estável - aspectos materiais e processuais*. 3. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 170, edição do Kindle.

⁷⁴ Com as devidas reservas, a 3ª Turma do STJ assim já decidiu em relação a imóvel deixado pelo falecido entre a abertura da sucessão e a partilha entre os herdeiros, de forma que “enquanto não realizada a partilha, os coerdeiros são considerados, perante terceiros, como um único sujeito, porque cada um deles tem legitimidade para defender o todo, em favor de todos; entre si, podem exercer atos possessórios sobre o objeto comum apenas e enquanto não excluam o mesmo direito dos outros compossuidores (art. 488 do CC/16). Os coerdeiros são, portanto, proprietários (condomínio) e possuidores (composse) do todo, mas não tem a propriedade nem a posse exclusiva de nada. Cessam o condomínio e a composse apenas com a divisão que atribui a cada um a fração concreta que lhe cabe na herança”. REsp 1244118/SC, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, julg. 22 out. 2013, publ. 28 out. 2013.

⁷⁵ A título exemplificativo, AREsp 1674755/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, julg. 07 mai. 2020, publ. 11 mai. 2020; e REsp 673118/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini, julg. 26 out. 2004, publ. 06 dez. 2004.

⁷⁶ Ressalva-se a hipótese em que permaneça residindo no imóvel a pessoa que faz jus a alimentos, quando então a fruição do imóvel pelo alimentando será considerada como alimento *in natura*, não cabendo a cobrança de taxa de ocupação. REsp 2.082.584/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, julg. 24 out. 2023, publ. 30 out. 2023. Além disso, a configuração usucapião familiar, com o abandono do lar por prazo superior a 2 (dois) anos, na forma do art. 1.240-A do Código Civil, também afasta o direito sobre o bem imóvel, desde que preenchidos os requisitos legais, e, por conseguinte, eventual direito à taxa de ocupação.

⁷⁷ Sem desconsiderar a existência de posicionamento doutrinário que a aludida taxa seria devida desde a data da separação de fato, independentemente da propositura de ação judicial para fixação do termo inicial, como, por exemplo: DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 14. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodvim, 2021, p. 731, posiciona-se o presente trabalho em sentido contrário. Até a citação do réu na ação de arbitramento de aluguel ou a sua notificação constituindo-o em mora, resta configurado que a parte alijada da fruição do seu bem não apresentou qualquer irrisignação pelo uso exclusivo do outro, de forma que este último detém uma posse justa (art. 1.200, CC), já que exercida sem “a marca de qualquer dos defeitos típicos, isto é, que não é violenta, clandestina ou precária”. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais – vol. IV*. Atual. Carlos Edison do Rego Monteiro Filho. 25. ed., Rio de Janeiro: Forense: 2017, p. 42.

⁷⁸ Rolf Madaleno registra que, por esse motivo, não procede “a cobrança de aluguéis enquanto não formalizada a partilha dos bens e estabelecida a relação de condomínio dos ex-meeiros sobre a antiga

legislador ao condomínio, por serem institutos distintos, o que impede a cobrança da aludida taxa de ocupação.

Além do mais, permanecendo apenas um dos cônjuges ou conviventes na administração exclusiva de bem comum que gere renda, lucros ou dividendos, caberá a este, em adição a prestação de contas acerca da sua administração⁷⁹, igualmente realizar a divisão dos ganhos e promover o repasse da metade que faz jus o outro, sob pena de configuração de enriquecimento sem causa.⁸⁰

Tal previsão está disciplinada na Lei de Alimentos, e, não obstante serem denominados como alimentos provisórios (art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 5.478/68), na realidade, com esse instituto não se assemelha. Seja pela natureza distinta, ao não se enquadrar na própria *ratio* dos alimentos entre ex-cônjuges ou ex-conviventes⁸¹, seja por tampouco ter o caráter de provisoriedade que se demanda desta modalidade de alimentos.⁸²

1.1.3. Partilha

habitação ou bem conjugal, posta à exclusiva posse e disposição de um dos esposos ou conviventes”. MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 355, edição do Kindle.

⁷⁹ Assim já se posicionou o STJ, quando julgamento do REsp 1300250/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 27 mar. 2012, publ. 19 abr. 2012; e REsp 1274639/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 12 set. 2017, publ. 23 out. 2017. Quanto ao segundo, vale transcrever o seguinte trecho do voto: “No tocante especificamente à relação decorrente do fim da convivência matrimonial, infere-se que, após a separação de fato ou de corpos, o cônjuge que estiver na posse ou na administração do patrimônio partilhável - seja na condição de administrador provisório, seja na de inventariante - terá o dever de prestar contas ao ex-consorte. Isso porque, uma vez cessada a afeição e a confiança entre os cônjuges, aquele titular de bens ou negócios administrados pelo outro tem o legítimo interesse ao pleno conhecimento da forma como são conduzidos, não se revelando necessária a demonstração de qualquer irregularidade, prejuízo ou crédito em detrimento do gestor”.

⁸⁰ Assim defende Rodrigo da Cunha Pereira: “Para garantir igualdade aos divorciandos, evitando o favorecimento do possuidor ou administrador, em detrimento daquele que não goza, usa e frui dos bens, é possível a cobrança dos frutos dos bens em Ação autônoma, inclusive sob o fundamento da equalização entre os cônjuges, e também da disciplina contida no próprio Código Substantivo, analogicamente interpretada no que tange à instituição do condomínio”. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 541.

⁸¹ Pontuam Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Tepedino que “os alimentos entre ex-cônjuges têm fundamento na solidariedade familiar, ratio do dever de mútua assistência, previsto no art. 1.566, III, do Código Civil”. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do Direito Civil – Vol. 6. Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 355, edição do Kindle.

⁸² O repasse de metade da renda, dos lucros ou dos dividendos do patrimônio comum ao cônjuge ou convivente que não está na posse dos bens impactará na estipulação de eventual montante a ser pago pelo outro a título de alimentos, já que cada qual deve contribuir nos limites da sua capacidade financeira. Além do mais, não obstante a lei restringir ao regime de bens da comunhão universal, tal dispositivo se aplica quando existente qualquer aquesto pendente de partilha e o direito de receber a aludida quantia independe da propositura de ação judicial de alimentos.

A partilha de bens tem o objetivo de encerrar a mancomunhão construída durante a constância do casamento ou da união estável, de forma que o patrimônio – tanto ativo como passivo – seja dividido entre o casal, momento que se verifica a meação de cada cônjuge ou companheiro e quando cada um adquire a efetiva propriedade sobre os bens individualmente amealhados⁸³. Mesmo que permaneçam em nome de ambos, passará a ser regido pelas normas aplicáveis ao condomínio voluntário e não mais do regime de bens eleito.

Como pode ocorrer tanto no momento da dissolução do vínculo conjugal como posteriormente (art. 1.581, CC e art. 731, CPC), nessa última hipótese, abre-se discussão sobre a situação jurídica do ativo e do passivo existente, pois não mais existente qualquer vínculo entre os ex-cônjuges ou ex-conviventes.

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de tratar da matéria e decidiu que, com o divórcio ou separação judicial, os bens que integram o patrimônio comum, passam a ficar em estado de condomínio⁸⁴ e não mais em mancomunhão, até que ocorra a efetiva partilha, como inclusive se posicionam alguns doutrinadores.⁸⁵

No intuito de findar tal discussão, a Segunda Seção do STJ, ao apreciar o REsp 1.250.362/RS e diante da premissa de as partes terem ciência da exata proporção que caberia a cada consorte, ainda que não findada a partilha, pautou-se na primazia da função sobre a estrutura, isto é, nos dizeres de André Luis Arnt Ramos, ao realizar detido estudo do aludido acórdão, “da posse sobre a forma de exercício da copropriedade como chave para a atribuição de responsabilidade pelo uso exclusivo de coisa comum pendente de partilha”.⁸⁶

⁸³ RANGEL, Rafael Calmon. *Manual de partilha de bens: na separação, no divórcio e na dissolução da união estável - aspectos materiais e processuais*. 3. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 177, edição do Kindle.

⁸⁴ STJ, REsp 436935/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julg. 27 set. 2005, publ. 17 out. 2005.

⁸⁵ RANGEL, Rafael Calmon. *Manual de partilha de bens: na separação, no divórcio e na dissolução da união estável - aspectos materiais e processuais*. 3. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 411, edição do Kindle.

⁸⁶ ARNT RAMOS, André Luiz. Uso exclusivo de coisa comum não partilhada: a relevância decisiva da posse segundo acórdão que julgou o REsp 1.250.362/RS. *Revista OABRJ*, v. Esp., p. 1, 2018, p. 11. Segue trecho do voto que retrata bem a distinção realizada: “Deveras, o que importa no caso não é o modo de exercício do direito de propriedade, se comum ou exclusivo (‘mancomunhão’ ou condomínio), mas, sim, a relação de posse mantida com o bem, se comum do casal ou exclusiva de um dos ex-cônjuges. Ou seja, o fato gerador da indenização não é a propriedade, mas, sim, a posse exclusiva do bem no caso concreto. Logo, o fato de certo bem comum aos ex-cônjuges ainda

Não se pode olvidar que tal matéria ainda permite espaço para amplo debate. Alicerçada a decisão no fato de que as partes tinham prévio e pleno conhecimento da relação dos bens e o percentual que integraria cada quinhão, o que, na maioria dos casos, não se encontra passível de aferição e, por conseguinte, resulta na manutenção do estado de indivisibilidade.

Ademais, aponta Pontes de Miranda a manutenção da mancomunhão quanto às acessões sobrevindas, além dos frutos e rendimentos, não em razão da sociedade conjugal, a qual não mais existe desde o momento da separação de fato do casal, mas sim “a) pela dificuldade de se distinguir, rigorosamente, a origem dos frutos, presumem-se provenientes dos bens da comunhão; b) os aumentos e os produtos da coisa indivisa pertencem aos coproprietários, na medida do quinhão de cada um”.⁸⁷

Por outro lado, a permanência dos bens em estado de “mão comum” repercute tanto na relação existente entre os ex-cônjuges, como igualmente em eventual e futura relação de cunho familiar de um deles com terceiro. Isso porque, é causa para imposição do regime da separação obrigatória de bens a ausência de partilha do patrimônio comum decorrente de relação conjugal pretérita, na forma do art. 1.641, I, do Código Civil.

Quanto ao procedimento, em caso de o casal estar de comum acordo quanto à divisão e não haja filhos menores ou incapazes⁸⁸, é possível a sua realização de forma extrajudicial. Para tanto, devem estar assistidos por advogado, em ofício de

pertencer indistintamente ao casal, por não ter sido formalizada a partilha, não representa empecilho automático ao pagamento de indenização pelo uso exclusivo por um deles, sob pena de gerar enriquecimento ilícito”. STJ, REsp 1.250.362/RS, 2ª Seção, Rel. Min. Raul Araújo, julg. 08 fev. 2017, publ. 20 fev. 2017.

⁸⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito de Família*, vol. II: direito matrimonial (continuação). Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001, p. 272.

⁸⁸ Diante da tendência de desjudicialização dos procedimentos de jurisdição voluntária, torna-se desprocedente a vedação para realizar a partilha extrajudicialmente em caso de haver filhos menores ou incapazes, posto que se trata de matéria patrimonial disponível e não envolve direitos e deveres dos pais com os filhos. Nesse sentido, algumas Corregedorias de Justiça estão autorizando a realização do divórcio e da partilha ainda que haja filhos menores ou incapazes, como no Estado do Rio de Janeiro, cujo Código de Normas – Parte Extrajudicial, no art. 477, §1º, estabelece que “havendo nascituro ou filho incapaz, poderá ser lavrada a escritura pública a que alude o caput, desde que comprovado o prévio ajuizamento de ação judicial para tratar da guarda, visitação e alimentos, ou alternativamente, o compromisso de ajuizá-la no prazo de 30 (trinta) dias, consignando-se, no ato notarial, o número de protocolo e juízo onde tramita o processo, se houver”. (Provimento CGJ n. 87/2022, disponível em <https://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/132953036/CODIGO-DE-NORMAS-EXTRAJUDICIAL-ANOTADO-COMPILADO-atalizado-em-01.11.2023-com-Sumario.pdf>. Acesso em 12 nov. 2023).

notas, mediante a lavratura de escritura pública, a qual constituirá título hábil para promover a transferência da titularidade dos bens nos órgãos competentes.

Em compensação, diante de litígio quanto à forma de divisão e aos bens que integram o patrimônio comum, aplicam-se as regras do inventário e partilha, conforme o rito estabelecido a partir do art. 610 do Código de Processo Civil.

Por fim, na hipótese de a partilha ocorrer de forma desigual, isto é, um dos cônjuges ou conviventes receber parte que supera a meação que faz jus, restará configurada uma transferência patrimonial e, por conseguinte, a incidência de imposto de transmissão, comumente denominado de imposto de reposição, o qual deverá ser recolhido, a depender da sua natureza, ao Município (onerosa) ou ao Estado (gratuita) onde localizado o referido bem.

1.2. Contornos dos regimes de bens no Código Civil de 2002

Tão logo constituída a entidade familiar pelo casamento ou união estável, há a produção de efeitos patrimoniais e a incidência de um regime de bens que estabelece as bases da relação econômica e os seus limites⁸⁹, a regulamentar tanto a comunicabilidade do patrimônio como a sua administração. Considerado um conjunto de regras que estabelece “sistema de destinação e de efeitos”⁹⁰ quanto a determinados bens.

É através do regime de bens que as relações econômicas são reguladas entre o casal, já que envolve, conforme Luiz Edson Fachin, “o governo dos bens pretéritos, dos presentes e dos futuros, o objeto material do casamento e sua dinâmica”⁹¹, tanto no aspecto positivo, que engloba as normas relativas à fruição, disposição e administração dos bens, como igualmente no aspecto negativo, no que atine às dívidas e responsabilidades assumidas por apenas um dos cônjuges ou conviventes.

⁸⁹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 258.

⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Dissolução de sociedade conjugal e eficácia jurídica do casamento*. 1. ed., atual. por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012 (coleção tratado de direito privado: parte especial; 8), p. 285.

⁹¹ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 156.

O atual Código Civil mantém três princípios fundamentais já estabelecidos no Código anterior em relação ao estatuto patrimonial dos cônjuges, quais sejam: indivisibilidade do regime, variedade de regimes e liberdade de escolha dos cônjuges (princípio da livre estipulação)⁹². Já o quarto princípio, a irrevogabilidade do regime escolhido, previsto no código anterior⁹³, não mais subsiste no atual, o qual, por sua vez, permite a mudança desde que mediante pedido judicial motivado por ambos os cônjuges, a ser apurada a procedência das razões invocadas pelo Poder Judiciário, e ressalvados os direitos de terceiros (vide art. 1.639, § 2º, CC).

O primeiro princípio decorre da igualdade de direitos e deveres do casal e, em síntese, determina que o regime é único para ambos, sendo nulo o pacto conjugal que fixar regimes distintos para cada consorte.

Em relação ao segundo princípio (variedade), os tipos estabelecidos pelo legislador não integram um rol taxativo. Assim, desde que não haja incidência do regime obrigatório, é conferida às partes a autonomia para livremente escolherem um dos descritos em lei ou então pactuar um regime atípico, podendo mesclar regras de cada tipo, tendo apenas como inderrogáveis as disposições absolutas em lei, na forma do art. 1.639 do aludido Código.

Já a liberdade⁹⁴ estabelecida no terceiro princípio é traduzida através da celebração de pacto antenupcial (casamento) ou contrato de convivência (união estável), mediante a eleição do regime de bens que melhor se adegue ao planejamento familiar elaborado, cujo limite é o respeito às normas imperativas do ordenamento jurídico, ou simplesmente pelo silêncio do casal, hipótese em que incide o regime supletivo da comunhão parcial de bens.⁹⁵

Contudo, essa liberdade conferida ao casal deve estar alinhada com os preceitos do ordenamento jurídico e sem afrontar o interesse público⁹⁶. Como

⁹² Exceto nas hipóteses em que o legislador define a aplicação do regime da separação de bens obrigatória, previsto no art. 1.641 do Código Civil e que será analisado na sequência.

⁹³ Assim dispunha o artigo 230 do Código Civil de 1916: “O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável”.

⁹⁴ Também denominado por parte da doutrina como “liberdade dos pactos antenupciais”. CARDOSO, Fabiana Domingues. *Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdos*. 2009. 305 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 56.

⁹⁵ Até a Lei do Divórcio (6.515/77), o regime supletivo era o da comunhão universal de bens.

⁹⁶ Esse deve ser compreendido a partir da definição adotada pela doutrina contemporânea, a qual defende a transformação do conceito de ordem pública e a relativização do seu alcance em razão da constitucionalização do direito civil, que passa a ter como objetivo a realização da pessoa humana. BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Contratos no ambiente*

salienta Fabiana Cardoso⁹⁷, são gerados efeitos pessoais e sociais, além dos patrimoniais mencionados, de forma que poderão afetar terceiros, como, a título exemplificativo, a alteração do regime de bens após a celebração do casamento, cujo efeito não atingirá terceiros de boa-fé prejudicados.⁹⁸

Por fim, em relação ao quarto e último princípio, o da mutabilidade justificada, este foi incluído no atual Código Civil – até então vigorava a irrevogabilidade, sendo vedada a modificação após a celebração do casamento. Tal princípio será objeto de detido estudo nos capítulos subsequentes, aos quais faz-se expressa referência.

Quanto aos tipos de regime de bens, a doutrina⁹⁹ comumente divide em convencionais e legais. Aqueles decorrem da livre escolha dos nubentes e exige-se a lavratura prévia de pacto antenupcial, no casamento, e celebração de contrato de convivência, na união estável. O segundo tipo (legal) se subdivide em supletivos¹⁰⁰, aplicados quando os nubentes nada estabelecem ou é inválido o que fora pactuado, e em obrigatórios, esses impostos pelo legislador se presente alguma característica específica no caso concreto que veda a escolha, cuja *ratio* é a proteção aos interesses de um ou ambos os nubentes ou até mesmo de terceiro de boa-fé.

O legislador dispôs de 4 (quatro) opções de regime de bens: comunhão parcial, comunhão universal, separação (convencional e obrigatória) e participação final nos aquestos. Todos remetem às disposições gerais estabelecidas entre os

familiar. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (coord.). *Contratos, família e sucessões: diálogos complementares*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019, p. 2.

⁹⁷ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdos*. 2009. 305 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 50.

⁹⁸ Parte final do § 2º do art. 1.639, CC: “§ 2 o 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”.

⁹⁹ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdos*. 2009. 305 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 65.

¹⁰⁰ Pontes de Miranda, ainda na vigência do Código Civil de 1916 já apontava que, diante do relevante interesse público e particular quanto à instituição do regime de bens, “tornou-se necessário presumir-se a existência de um pacto tácito”, de forma que, no silêncio do casal, aplica-se o regime supletivo. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Dissolução de sociedade conjugal e eficácia jurídica do casamento*. 1. ed., atual. por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012 (coleção tratado de direito privado: parte especial; 8), p. 294.

artigos 1.639 e 1.652 do Código Civil, que compõem, no entender da doutrina¹⁰¹, o regime primário.

Em virtude da possibilidade de os cônjuges e conviventes poderem estabelecer o formato do estatuto patrimonial que melhor se encaixe nos interesses daquela família, o legislador estipulou dito regime primário, o qual é composto de regras cogentes¹⁰² que devem estar presentes em qualquer espécie de regime de bens eleito, para garantir direitos iguais a ambos, além de preservar interesses de terceiros de boa-fé que mantenham relação jurídica, ao menos, com algum dos integrantes da sociedade conjugal.

Em síntese, são normas que visam manter a segurança jurídica nas relações do casal com a sociedade, garantir a igualdade entre os cônjuges e a proteção de terceiros¹⁰³, além de regulamentar matérias envolvendo o poder familiar e a manutenção do lar conjugal.

Para melhor compreensão dos tipos de regime de bens previstos no Código Civil, na sequência, apresenta-se, brevemente, as principais características e questões controversas.

1.2.1 Regime da comunhão parcial de bens

Desde a Lei n. 6.515/77, que regulamentou o divórcio no Brasil, o regime da comunhão parcial de bens é o supletivo legal¹⁰⁴, aplicado sempre que haja o silêncio dos nubentes ou quando reconhecida a nulidade ou anulabilidade do pacto antenupcial ou contrato de convivência.

¹⁰¹ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdos*. 2009. 305 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 55.

¹⁰² Denominado pela doutrina como regime matrimonial primário, composto de dispositivos de ordem pública e inderrogáveis, “do qual derivam as normas que definem a matriz econômica da família, sua administração, os atos permitidos e os que são vedados, as faculdades atribuídas aos cônjuges, assim como a responsabilidade por dívidas, que variará de acordo com a destinação dada aos recursos”. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 258.

¹⁰³ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdos*. 2009. 305 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 66.

¹⁰⁴ Por força do art. 1.725 do Código Civil, estende-se às uniões estáveis esse regime supletivo: “Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

Neste, pela regra geral, comunicam-se os (i) bens adquiridos onerosamente na constância do casamento ou da união estável, sendo absolutamente presumido o esforço comum, direto ou indireto; (ii) bens móveis, desde que não comprovada origem anterior ao início da sociedade conjugal; e (iii) bens decorrentes de fato eventual (independe da vontade dos cônjuges, como ganhar na loteria¹⁰⁵). A administração se dará por qualquer um dos cônjuges e dito patrimônio responde pelas dívidas contraídas por um deles em razão dessa administração (art. 1.663, § 1º, CC), bem como em prol do sustento da família (art. 1.664, CC).

Em relação aos bens que integram o patrimônio particular¹⁰⁶, esses estão discriminados no rol taxativo¹⁰⁷ do art. 1.659 do Código Civil e, sucintamente, são os bens (i) de uso pessoal, (ii) fontes de renda desde que não incorporados ao patrimônio, (iii) anteriores à constituição da sociedade conjugal e os (vi) adquiridos a título gratuito ou os sub-rogados em seu lugar, na vigência dela. As dívidas decorrentes ou em benefício desse patrimônio não atingirão o que for comum ao casal (art. 1.665, CC).

1.2.2 Regime da comunhão universal de bens

O segundo regime de bens, anteriormente o supletivo legal até a entrada em vigor da Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77)¹⁰⁸, tem como regra geral a comunicabilidade do patrimônio existente no momento da constituição da entidade familiar e o futuro, independentemente da forma de aquisição (título gratuito ou

¹⁰⁵ Nesse sentido, em que pese tratar sobre o regime da separação obrigatória de bens, o STJ teve oportunidade de se posicionar que o “prêmio de loteria é bem comum que ingressa na comunhão do casal sob a rubrica ‘bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior’ (CC/16, ART. 271, II; CC/2002, art. 1.660, II)”. REsp 1.689.152/SC, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 24 out. 2017, publ. 22 nov. 2017.

¹⁰⁶ Especificamente em relação aos bens móveis, nos termos do art. 1.662 do Código Civil, presumem-se adquiridos na constância da relação familiar, exceto se provada a aquisição em data anterior.

¹⁰⁷ Assim afirmam TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do Direito Civil* – Vol. 6. Direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 119, edição do Kindle.

¹⁰⁸ A Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77) representou uma maior independência entre os cônjuges, em diversos campos da relação familiar, sendo resultado do movimento de emancipação feminina que ocorria em vários países industrializados, notadamente a partir da década de 60 do século XX. Como destacam Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Tepedino, “em consequência da progressiva redivisão sexual do trabalho, com o ingresso no compartilhamento das funções domésticas, o regime legal passou a ser o da comunhão parcial de bens (CC, art. 1.640)”. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do Direito Civil* – Vol. 6. Direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 96, edição do Kindle.

oneroso), cuja administração, tal como no anterior, será exercida por qualquer dos cônjuges.

Não obstante, ainda assim nesse regime, de forma excepcional, alguns bens não integram a mancomunhão (art. 1.667, CC), como (i) os recebidos gratuitamente com cláusula de incomunicabilidade (inclusive as doações antenupciais) (incisos I e IV), (ii) o fideicomisso antes de realizada a condição suspensiva (inciso II), (iii) as dívidas anteriores que não sejam para a realização do casamento ou às despesas de manutenção da família (inciso III) e (iv) os bens pessoais, livros, instrumentos de profissão e as rendas auferidas enquanto significarem o custeio das despesas (inciso V).

1.2.3 Regime da separação de bens

A separação de bens, terceira modalidade de regime conjugal, tem como essência a distinção dos patrimônios de cada cônjuge, os quais permanecem individualizados não apenas na propriedade, como também na posse e administração¹⁰⁹, inclusive para aliená-los ou gravá-los. Divide-se em duas espécies: a convencional e a obrigatória.

Na primeira, tal regime decorre da escolha do casal, através da lavratura de pacto antenupcial (casamento) ou celebração do contrato de convivência (união estável). Como não há a presunção de comunhão de bens, o casal apenas poderá formar, se assim desejar, condomínio voluntário, regido pelas normas específicas do instituto do condomínio civil. Somente haverá comunicação, por força do art. 1.644 do Código Civil, das dívidas assumidas por qualquer deles desde que revertidas para as necessidades do lar conjugal e com os filhos, se houver.

Por outro lado, a segunda espécie é impositiva para as hipóteses estabelecidas pelo legislador, quais sejam: (i) inobservância das causas suspensivas para o casamento previstas no art. 1.523 do Código Civil¹¹⁰; (ii) necessidade de

¹⁰⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. v. 5. 25. ed., rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 286.

¹¹⁰ São as hipóteses que possam gerar confusão patrimonial ante a ausência de partilha decorrente de relação conjugal anterior, seja em razão do óbito ou do divórcio ou dúvidas quanto à paternidade, além de quando houver uma relação de curatela ou tutela entre as partes.

autorização judicial para celebração do ato¹¹¹; e (iii) quando um dos nubentes for maior de 70 (setenta) anos.¹¹²

Nas duas primeiras hipóteses acima delineadas, finda a causa que exige a aplicação deste regime restritivo, poderá o casal promover a alteração do regime de bens mediante a propositura de ação judicial, na qual deverão apresentar pedido motivado para apuração da procedência das razões invocadas (art. 1.639, § 2º, CC).

Quanto à última hipótese, essa já sofria acirradas críticas da doutrina abalizada desde o Código Civil anterior, que apenas indicava idade distinta¹¹³. João Baptista Villela considerava a proibição no então art. 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916, “um reflexo da postura patrimonialista do Código e constitui mais um dos ultrajes gratuitos que a nossa cultura inflige à terceira idade”.¹¹⁴

Ainda que a idade tenha sido majorada ao longo dos anos – atualmente é para o caso de, ao menos, um dos nubentes ter mais que 70 (setenta) anos – as críticas¹¹⁵ a tal dispositivo permanecem válidas e aplicáveis ao caso, em que há a equivocada e discriminatória presunção de que a pessoa idosa, pelo simples fator da idade, não detém a capacidade para escolha da melhor formação patrimonial da família a ser constituída¹¹⁶. Eventual vulnerabilidade deve ser real e não apenas presumida, como feito pelo legislador.

¹¹¹ É o caso de o menor necessitar de suprimento judicial para casamento, pois não obtida a autorização por, ao menos, um dos pais, ou então pelo representante legal (art. 1.517 c/c art. 1.631, CC).

¹¹² Até a edição da Lei n. 12.344/2010, a idade era de 60 (sessenta) anos.

¹¹³ A obrigatoriedade do regime de separação de bens quando o homem era maior de 60 (sessenta) anos e, a mulher, de 50 (cinquenta) anos. Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, passou a ser, para ambos, 60 (sessenta) anos, o que perdurou até a edição da Lei n. 12.344/2010.

¹¹⁴ VILLELA, João Batista. *Liberdade e família*. Belo Horizonte: Impreta, Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 676.

¹¹⁵ Por todos, NEVARES, Ana Luiza Maia. Regime de bens. In: BEZERRA DE MENEZES, Joyceane; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (coords.). *Direito das famílias por juristas brasileiros*. 2. ed., Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 278.

¹¹⁶ VILLELA, João Batista. *Liberdade e família*. Belo Horizonte: Impreta, Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 676-677. Além disso, a doutrina contemporânea corrobora tal crítica, ao asseverar que o direito à autodeterminação da pessoa idosa está sob constante risco “em razão de sua vulnerabilidade, causada não só pela fragilidade e envelhecimento do corpo, mas, sobretudo, em razão do preconceito social ainda presente” e prossegue ao defender a importância de separar a incapacidade natural, inerente à idade, da incapacidade jurídica, que não está atrelada ao processo de envelhecimento. SANTOS, Deborah Pereira Pintos dos; ALMEIDA, Vitor Almeida. In: BARLETTA, Fabiana Rodrigues; ALMEIDA, Vitor (coords.). *A tutela da pessoa idosa: melhor interesse, autonomia e vulnerabilidade e relações de consumo*. 2. ed., Indaiatuba, SP: Editora Foco, p. 167.

Algumas exceções foram criadas ao longo dos anos para evitar a imposição do regime da separação obrigatória de bens em razão da idade. Dentre essas, a Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77) que, no seu art. 45, estabeleceu disposição permissiva e de caráter transitório, ao autorizar a escolha de regime de bens distinto do obrigatório quando comprovada “uma comunhão de vida entre os nubentes, existentes antes de 28 de junho de 1977, que haja perdurado por 10 (dez) anos consecutivos ou da qual tenha resultado filhos”.

Atualmente, vigora o entendimento na doutrina¹¹⁷ e jurisprudência¹¹⁸ que não se aplica tal regime de bens caso seja precedido de união estável iniciada antes da idade estabelecida pelo legislador. O termo inicial da entidade familiar foi anterior ao dispositivo restritivo, tendo sido apenas alterada a sua modalidade, o que inclusive afasta a *ratio* dessa previsão legal: proteger pessoa de idade avançada quando da formação de nova família.¹¹⁹

Já o Projeto de Lei do Senado n. 470/2013, atualmente arquivado na Câmara dos Deputados e denominado “Estatuto das Famílias”, com o objetivo de atualizar e modernizar a legislação brasileira sobre esse ramo do direito, revoga o art. 1.641 do Código Civil em vigor e não impõe limites à escolha do regime de bens entre os nubentes.¹²⁰

Além do mais, convém o registro que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal julgou o Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.309.642/SP, de relatoria

¹¹⁷ Cabe transcrever o Enunciado n. 261, aprovado na III Jornada de Direito Civil: “A obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade”. Ademais, NEVARES, Ana Luiza Maia. O regime da separação obrigatória de bens e o verbete 377 do Supremo Tribunal Federal. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan-jun/2014, p. 2. Disponível em <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/576/420>. Acesso em 18 fev. 2024.

¹¹⁸ REsp 1318281/PE, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julg. 01 dez. 2016, publ. 07 dez. 2016 e REsp 1254252/SC, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 22 abr. 2014, publ. 29 abr. 2014.

¹¹⁹ Como pontua José Fernando Simão, “havendo prévia união estável, a restrição, ao invés de protetiva, se torna injusta, pois o casal de companheiro pode ter amealhado patrimônio por uma vida e que, com a separação obrigatória pertencerá apenas a um dos companheiros”. SIMÃO, José Fernando. Efeitos patrimoniais da união estável – Álvaro Villaça Azevedo – Um homem à frente de seu tempo. In: SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; ZUCCHI, Maria Cristina (coord.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 359.

¹²⁰ Nas justificativas do aludido Projeto de Lei, assim consta: “Por seu caráter discriminatório e atentatório à dignidade dos cônjuges, também foi suprimido o regime de separação obrigatório, que a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal (STF) tinha praticamente convertido em regime de comunhão parcial”. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=517043&filename=PL%202285/2007. Acesso em 20 dez. 2023.

do Ministro Luís Roberto Barroso, com repercussão geral reconhecida (Tema nº 1.236)¹²¹, para a análise da constitucionalidade desse dispositivo legal específico, qual seja, o inciso II do art. 1.641 do Código Civil.¹²²

Instada a decidir se o aludido dispositivo é ou não constitucional, no julgamento, a Corte Suprema adotou uma terceira via ao firmar a tese “nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoa maior de 70 anos, o regime de separação de bens previsto no art. 1.641, II, do Código Civil, pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes, mediante escritura pública”, cujos efeitos apenas se produzirão para o futuro.

Patrícia Novais Calmon e Vitor Almeida destacam que o STF, ao reconhecer a constitucionalidade, mas dando uma interpretação conforme a Constituição de 1988, sem redução de texto, transformou uma norma impositiva em meramente facultativa¹²³, além de criar um segundo regime legal supletivo (junto com a comunhão parcial de bens), este específico para pessoas a partir de determinada idade.

Com essa decisão, quem estiver com mais de 70 anos, dentro do exercício da sua autonomia privada, pode, a partir de agora, celebrar pactos antenupciais ou contratos de convivência para afastar um regime de bens que, até então, era obrigatório.

¹²¹ Descrição do Tema no STF: “Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 1º, III, 30, IV, 50, I, X, LIV, 226, § 3º e 230 da Constituição Federal, a constitucionalidade do artigo 1.641, II, do Código Civil, que estabelece ser obrigatório o regime da separação de bens no casamento da pessoa maior de setenta anos, e a aplicação dessa regra às uniões estáveis, considerando o respeito à autonomia e à dignidade humana, a vedação à discriminação contra idosos e a proteção às uniões estáveis”. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6096433&numeroProcesso=1309642&classeProcesso=ARE&numeroTema=1236>. Acesso em 12 nov. 2023.

¹²² Sem desconsiderar a controvérsia na doutrina acerca da constitucionalidade do referido dispositivo, perfilha-se a posição doutrinária pela sua inconstitucionalidade, por ser uma restrição legal que gera a equivocada presunção de uma pessoa, unicamente em razão da idade avançada, não deter a plena capacidade para livremente estipular a formação familiar que melhor lhe convém.

¹²³ Assim destacam os autores: “não obstante o artigo 1.641, II, do Código Civil, seja expresso em apontar que “é obrigatório o regime da separação de bens no casamento da pessoa maior de 70 anos”, a interpretação passou a ser, então, que é facultativo, não havendo, permita-se a insistência, a referida obrigatoriedade na aplicação do regime”. CALMON, Patrícia Novais; ALMEIDA, Vitor. Regime de bens e etarismo presumido velado: breve análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no ARE 1.309.642. *IBDFAM*. 06 fev. 2024. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/2091/Regime+de+bens+e+etarismo+presumido+velado%3A+breve+an%C3%A1lise+da+decis%C3%A3o+do+Supremo+Tribunal+Federal+no+ARE+1.309.642>. Acesso em 18 fev. 2024.

Sem descurar para a importância dessa decisão e o inegável avanço conferido ao direito de autodeterminação da pessoa idosa, não se pode olvidar que houve um desperdício de oportunidade para extirpar do ordenamento jurídico um etarismo imposto pelo legislador, mantendo ainda distinções única e exclusivamente por fatores etários.

Diante dessa decisão, a qual não promoveu qualquer redução de texto, por permanecer dito regime previsto no art. 1.641 do Código Civil, em que pese não mais obrigatório, devem ser mantidas todas as regras e repercussões nos demais ramos do Direito.¹²⁴

Outrossim, no intuito de abrandar as restrições impostas pelo legislador já estipuladas à época¹²⁵, objeto de fortes críticas, e pautado no conteúdo do art. 259 do Código Civil revogado¹²⁶, o Supremo Tribunal Federal, em 1964, quando detinha a competência para apreciação de matérias infraconstitucionais, editou a Súmula 377, com o enunciado “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. O objetivo foi de preservar a meação relativa ao patrimônio constituído através de esforço comum, sendo este o ponto de divergência na jurisprudência das Cortes Superiores.

Isso porque, enquanto o STF, após a edição da Súmula, adotou o entendimento que tal esforço era presumido, com a criação do STJ, o qual passou a deter a competência para apreciar matérias infraconstitucionais, este, ao longo dos anos, caminhou em sentido divergente, ao estabelecer a necessidade de comprovação do efetivo esforço comum (de cunho financeiro ou não).

Atualmente, prevalece nesta Corte Superior a necessidade da comprovação do esforço comum¹²⁷, seja direto ou indireto, sob pena de esvaziar o objetivo da

¹²⁴ Por exemplo, mantém-se a exclusão do direito à concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes, conforme estabelece o art. 1.829, I, do Código Civil, bem como a incidência da Súmula 377 do STF, que será analisada na sequência.

¹²⁵ Conforme o parágrafo único do art. 258 do Código Civil de 1916, era obrigatório o regime da separação de bens quando (i) impedidos de casar; (ii) o homem maior de 60 anos e, a mulher, 50; (iii) do órfão de pai e mãe ou do menor submetido à tutela com o assentimento para casar; e (iv) quando necessária autorização judicial.

¹²⁶ “Art. 259. Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento”.

¹²⁷ Nesse sentido: “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. CASAMENTO CONTRAÍDO SOB CAUSA SUSPENSIVA. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS (CC/1916, ART. 258, II; CC/2002, ART. 1.641, II). PARTILHA. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. PRESSUPOSTO DA PRETENSÃO. MODERNA COMPREENSÃO DA SÚMULA 377/STF. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS. 1. Nos moldes do art. 1.641,

norma ao igualar aos efeitos do regime da comunhão parcial de bens, cujo esforço comum é presumido para os bens adquiridos onerosamente na constância da sociedade conjugal.

Independentemente de dito enunciado ser reiteradamente aplicado pelo STJ, com a ressalva acima, há forte vertente doutrinária pela superação da Súmula por não ter o Código Civil de 2002 reproduzido o disposto no art. 259 do Código Civil revogado.¹²⁸

Com todas as vênias a quem defende sua revogação tácita e sem prejuízo de não mais haver fundamento expresso em dispositivo legal para sua manutenção, considera-se que a aplicação, ao menos em relação aos incisos I e III do art. 1.641 do Código Civil atual, decorre do princípio da solidariedade familiar e da vedação ao enriquecimento ilícito. Não pode ser obstado o direito de meação ao cônjuge que, de fato, contribuiu – direta ou indiretamente – para a aquisição daquele bem durante a constância da sociedade conjugal, como aliás, é defendido por alguns doutrinadores.¹²⁹

Para a corrente metodológica do direito civil-constitucional, os fundamentos legais não estão apenas nos dispositivos previstos pelo legislador ordinário, mas, e principalmente, diante da força normativa da Constituição Federal de 1988, nos princípios nela esculpidos que irradiam diretamente sobre todo o ordenamento jurídico, os quais são fonte da disciplina de uma relação jurídica.¹³⁰

II, do Código Civil de 2002, ao casamento contraído sob causa suspensiva, impõe-se o regime da separação obrigatória de bens. 2. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição. 3. Releitura da antiga Súmula 377/STF (No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento), editada com o intuito de interpretar o art. 259 do CC/1916, ainda na época em que cabia à Suprema Corte decidir em última instância acerca da interpretação da legislação federal, mister que hoje cabe ao Superior Tribunal de Justiça. 4. Embargos de divergência conhecidos e providos, para dar provimento ao recurso especial”. EREsp 1623858/MG, 2ª Seção, Rel. Desembargador Convocado Lázaro Guimarães, julg. 23 mai. 2018, publ. 20 mai. 2018.

¹²⁸ Francisco José Cahali afirma o seguinte: “Com as luzes das lições do Professor Silvio Rodrigues sobre a origem da Súmula nº 377 na legislação revogada, fácil é concluir que este enunciado não foi recebido pelo novo Código Civil. Isso porque o novel legislador deixou de reproduzir a regra contida no malfadado artigo 259 (CC/1916). Dessa forma, superada está a Súmula nº 377, desaparecendo a incidência de seu comando no novo regramento”. CAHALI, Francisco José. A Súmula n. 377 e o novo Código Civil – a mutabilidade do regime de bens. *Revista do Advogado – AASP*, São Paulo, ano XXIV, n. 76, jun. 2004, p. 28-29.

¹²⁹ Dentre eles, convém citar TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre o regime de bens no novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v. 2, 2008, p. 7. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/186.pdf>. Acesso em 07 maio 2023; e MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 127, edição do Kindle.

¹³⁰ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 589.

Por fim, ainda em relação à Súmula 377, igualmente importante o registro quanto à possibilidade de os nubentes enquadrados na hipótese do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, através de pacto antenupcial, afastarem a sua incidência no intuito de garantirem efetivamente a completa e absoluta separação de bens¹³¹. Matéria que já atormentou a jurisprudência e doutrina, atualmente encontra-se mais pacificada¹³² pela possibilidade de renúncia à referida Súmula¹³³, desde que mantido o regime de bens impositivo.¹³⁴

1.2.4 Regime da participação final nos aquestos¹³⁵

O quarto e último regime de bens previsto pelo legislador (participação final nos aquestos) é uma inovação do Código Civil de 2002 e que, até o momento, não vingou na prática, sendo raramente adotado pelos nubentes.¹³⁶

¹³¹ NEVARES, Ana Luiza Maia. O regime da separação obrigatória de bens e o verbete 377 do Supremo Tribunal Federal. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan-jun/2014, p 9-10. Disponível em <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/576/420>. Acesso em 18 fev. 2024.

¹³² “Com tantas discussões a respeito do regime da separação obrigatória de bens e, ainda, quanto à vigência do entendimento consubstanciado no verbete 377 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, não há motivos para negar aqueles que devem se submeter ao regime de separação obrigatória de bens afirmem em documento autêntico o seu desejo de realmente viverem uma separação total e plena de patrimônios, na esteira do comando legal”. NEVARES, Ana Luiza Maia. Regime de bens. In: BEZERRA DE MENEZES, Joyceane; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (coords.). *Direito das famílias por juristas brasileiros*. 2. ed., Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 295.

¹³³ Enunciado 634 da VII Jornada de Direito Civil: “É lícito aos que se enquadrem no rol de pessoas sujeitas ao regime da separação obrigatória de bens (art. 1.641 do Código Civil) estipular, por pacto antenupcial ou contrato de convivência, o regime da separação de bens, a fim de assegurar os efeitos de tal regime e afastar a incidência da Súmula 377 do STF”. No mesmo sentido, GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. Direito patrimonial de família, regime obrigatório de separação patrimonial e a autonomia privada: comentários ao Recurso Especial 1.922.347/PR. In: CALMON, Rafael; PORTNOVA, Rui; D’ALESSANDRO, Gustavo (coords.). *Regimes de separação de bens*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2023, p. 109-121.

¹³⁴ Assim, já se posicionou o STJ: “O que se reconhece é tão somente a possibilidade de os cônjuges/companheiros estipularem, no pacto antenupcial, cláusula mais protetiva ao seu enlace, afastando a mitigação decorrente da Súmula n. 377 do STF”. REsp 1.922.347/PR, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 07 dez. 2021, publ. 01 fev. 2022.

¹³⁵ Para um estudo mais aprofundado sobre esse tipo-legal de regime de bens, reporta-se ao trabalho de ZEBULUM, José Carlos. *O regime de participação final nos aquestos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

¹³⁶ Em razão da sua impopularidade, o Projeto de Lei do Senado n. 470/2013 (“Estatuto das Famílias”) objetiva exclusão desse regime de bens, com a revogação dos respectivos dispositivos do Código Civil. A justificativa apresentada é de que “[S]uprimiu-se o regime de bens de participação final nos aquestos, introduzido pelo Código Civil, em virtude de não encontrar nenhuma raiz na cultura brasileira e por transformar os cônjuges em sócios de ganhos futuros reais ou contábeis, potencializando litígios”. Disponível em https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4590857&ts=1630416085074&disposition=inline&_gl=1*bt8iul*_ga*OD E5MDEwOTc1LjE3MDQxNTEzMzA.*_ga_CW3ZH25XMK*MTcwNDYxMDE1My4yLjEuMTcwNDYxMDQ2MC4wLjAuMA. Acesso em 20 dez. 2023.

Como apontado pela doutrina¹³⁷, trata-se de regime híbrido que tem o objetivo de “harmonizar o reconhecimento do esforço comum dos cônjuges e a liberdade individual na gestão dos próprios bens”.¹³⁸

Durante a constância da entidade familiar, vigoram as regras do regime da separação de bens no que atine à administração do patrimônio anterior e o adquirido, seja a que título for, por cada cônjuge, inclusive podendo dispor dos bens particulares independentemente da anuência do outro (outorga conjugal) desde que previamente previsto no pacto antenupcial (art. 1.656, CC).¹³⁹

Tão somente quando da extinção do vínculo conjugal, incidem as normas do regime da comunhão parcial de bens, mediante uma reconstituição contábil da comunhão de aquestos¹⁴⁰. Serão apurados os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento, inclusive os que foram alienados no seu decurso por cada cônjuge. Dos montantes apurados, mediante operação contábil, serão compensados os aquestos¹⁴¹, de forma que, caso haja uma desproporção, o cônjuge que teve aumento patrimonial menor será credor do outro até que sejam equivalentes.¹⁴²

As regras previstas pelo legislador para apuração resultam, na prática, em elevado grau de complexidade para sua operacionalização ante a necessidade de levantar o patrimônio constituído e alienado ao longo da relação conjugal. Além disso, caso haja uma dificuldade em promover cômoda divisão dos bens, será calculado o valor de parte ou de todo o patrimônio para realizar a reposição em

¹³⁷ TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre o regime de bens no novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v. 2, 2008, p. 12. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/186.pdf>. Acesso em 07 mai. 2023.

¹³⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do Direito Civil – Vol. 6. Direito de família*, Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 137, edição do Kindle.

¹³⁹ Rolf Madaleno alerta que como tal regime “prevê a eventual compensação, com a reposição em dinheiro (CC, arts. 1.675 e 1.684), a possibilidade de serem alienados os imóveis aprestos por convenção antenupcial retira do outro cônjuge a possível garantia material de seu ressarcimento no caso de lesão à sua meação (CC, art. 1.675)”. MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 879, edição do Kindle.

¹⁴⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*, v. 5. 25. ed., rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 280.

¹⁴¹ “A compensação se fundamenta na ideia de que cada consorte contribui, a seu modo, para as realizações da sociedade no plano econômico, ainda que se dedicado, durante a vida conjugal, a atividades exclusivamente domésticas, não produtivas sob o aspecto patrimonial”. ZEBULUM, José Carlos. *O regime de participação final nos aquestos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 78.

¹⁴² Prossegue o autor com a explicação que, atingido o término do regime de bens, os efeitos econômicos que se mantiveram em estado de latência enquanto durante a relação conjugal, em razão da liberdade e autonomia de cada cônjuge na administração dos bens próprios, irão se manifestar “impondo-se a apuração contábil de todos os ganhos obtidos individualmente pelos cônjuges e a consequente compensação que contemplará o cônjuge que obteve aquestos menos expressivos”. ZEBULUM, José Carlos. *O regime de participação final nos aquestos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 79.

dinheiro ao cônjuge que não detém a titularidade, sem permitir a formação de um condomínio (art. 1.684, CC).

Em razão disso, torna-se tal regime de difícil compreensão e assimilação pelos nubentes que, por comodidade e simplicidade, comumente elegem outro regime de bens.

1.2.5. O regime de bens nas uniões estáveis¹⁴³

Com o reconhecimento e, por conseguinte, a inclusão de outros modelos familiares além do casamento para o âmbito do direito das famílias pelo constituinte de 1988, retirando-os do campo obrigacional¹⁴⁴, abandona-se a discussão de eventual indenização por serviços prestados para o reconhecimento da incidência da meação do patrimônio construído durante a convivência, independentemente da forma de contribuição de cada pessoa, cujo fundamento é o princípio da solidariedade familiar.¹⁴⁵

Para concretização da previsão constitucional à união estável de entidade familiar, foram editadas duas leis regulamentadoras deste modelo de família.¹⁴⁶

Primeiro, a Lei n. 8.971/94, que restou omissa quanto à divisão patrimonial no momento da dissolução, pois apenas tratou dos direitos sucessórios, permitindo inclusive a equivocada interpretação, pela redação proposta no art. 3º¹⁴⁷, de que só haveria a meação quando do falecimento do outro convivente.

¹⁴³ O art. 1.723 do Código Civil estabelece que resta configurada a constituição de união estável, a qual é regida pela informalidade, quando presente a convivência pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituição de família, requisitos esses que aduzem a ideia de estabilidade a serem aferidos diante das peculiaridades do caso concreto e de forma mais qualitativa do que quantitativa.

¹⁴⁴ Rodrigo Pereira da Cunha destaca que “inicialmente, a divisão de bens adquiridos na constância do então denominado concubinato só era possível porque a teoria do enriquecimento ilícito, vinha em seu socorro. Depois, o sustento teórico para essa divisão foi o da sociedade de fato, no campo obrigacional”. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 350.

¹⁴⁵ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 438.

¹⁴⁶ Sem desconsiderar os debates à época pela doutrina e jurisprudência sobre ab-rogação da lei anterior com a edição da Lei n. 9.278/96, Gustavo Tepedino aponta as distinções das duas normas, não tendo a última força ab-roгатiva em relação à primeira. TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A Nova Família: Problemas e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 61.

¹⁴⁷ “Art. 3º Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens”.

Logo após, a Lei n. 9.278/96, editada no intuito de regulamentar o art. 226, § 3º do texto constitucional, embora ainda muito aquém de garantir a proteção necessária para essa entidade familiar, espancou controvérsias existentes sobre a regulamentação patrimonial. Há expressa previsão da presunção de esforço comum para os bens adquiridos onerosamente na constância da relação conjugal¹⁴⁸, os quais, pela nomenclatura adotada à época, permaneceriam em “condomínio”, de forma a acabar de vez a conexão com o direito obrigacional¹⁴⁹, no qual exigia-se a comprovação dos serviços prestados para fazer jus ao patrimônio construído.¹⁵⁰

A redação do aludido dispositivo legal resultou acirradas discussões doutrinárias, inclusive de que estar-se-ia transformando a união estável em um casamento de fato e desvirtuando tal forma familiar com a intervenção estatal.¹⁵¹

Não obstante, como consectário lógico do enquadramento pelo constituinte do antigo concubinato puro no âmbito do direito das famílias, conferindo a nova roupagem da união estável, indubitável a existência de meação nessas relações familiares. Sequer pode ser compreendido como um condomínio civil na forma

¹⁴⁸ “Art. 5º Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito”.

¹⁴⁹ Os direitos conferidos aos conviventes, à época denominados como concubinos, remontam ao direito obrigacional, como, por exemplo, a Súmula 380 (comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum) do STF. O autor Guilherme Calmon destaca que essa relevante “mudança da natureza do tratamento legislativo é inequívoca: de uma vez por todas, o companheirismo deixou de ser tratado no Direito das Obrigações, aportando no Direito de Família em todos os seus contornos, efeitos jurídicos, além de repercutir no Direito das Sucessões, justamente em virtude do seu reconhecimento como espécie de família”. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. 2. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 487.

¹⁵⁰ Em que pese ainda existirem decisões conflitantes, na edição nº 50 da Jurisprudência em Teses do STJ, publicada em 11 de fevereiro de 2016, consta a seguinte tese: “16) A presunção legal de esforço comum quanto aos bens adquiridos onerosamente prevista no art. 5º da Lei 9.278/1996, não se aplica à partilha do patrimônio formado pelos conviventes antes da vigência da referida legislação”. Disponível em

<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/JuriTeses/article/view/11297/11426>.

Acesso em 02 jan. 2024. No mesmo sentido, o Enunciado 346 da IV Jornada de Direito Civil: “Na união estável o regime patrimonial obedecerá à norma vigente no momento da aquisição de cada bem, salvo contrato escrito”.

¹⁵¹ Ao analisar a aludida legislação indicada, assim se posicionou Francisco Cahali: “as partes ao optarem pela união estável não querem regras, não querem interferência do Estado nas suas relações pessoais e patrimoniais. Daí ter ido longe demais, em nosso sentido, presumir o condomínio. Mais adequado seria o inverso, presumir a não comunhão, salvo escrito em contrário”. CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 50.

regulada pelo Código Civil¹⁵². Há, portanto, a formação de uma mancomunhão¹⁵³ quanto aos “bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso”.¹⁵⁴

Exatamente diante desse entendimento, o Código Civil atual abandonou o termo “condomínio” e, em um único artigo¹⁵⁵, dispôs quanto ao regime de bens aplicável, ao estabelecer que, como regra geral, aplica-se, “no que couber”¹⁵⁶, o regime da comunhão parcial de bens, salvo se firmado contrato escrito entre os conviventes dispendo de forma diversa. O reconhecimento da aplicação do regime supletivo legal do casamento à união estável decorre de evolução jurisprudencial e legislativa, mormente quando o constituinte de 1988 reconheceu expressamente essa relação como entidade familiar.

E, na mesma medida como as causas elencadas no art. 1.521 do Código Civil impedem a celebração do casamento, essas igualmente incidem em relação à formação da união estável¹⁵⁷ (nos termos do art. 1.723, § 1º, CC). A exceção é

¹⁵² Francisco Cahali, ao apontar a controvérsia existente à época sobre o tema, em que uma vertente defende a formação do condomínio civil, enquanto outra equipara a mancomunhão do casamento, propõe uma terceira via, de ser uma nova sistemática, que não se confunde com nenhuma das anteriores ante as peculiaridades que envolvem essa forma de entidade familiar, a qual não representa um meio para adquirir propriedade. CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 164.

¹⁵³ Nesse sentido, afirmam João Batista Villela e Elena de Carvalho Gomes “imperioso concluir que, também quanto aos bens amealhados pelos companheiros na convivência em união estável, dever-se-á reconhecer um patrimônio separado, excluindo-se, definitivamente, a incidência, sobre eles, da disciplina do condomínio”. VILLELA, João Batista; GOMES, Elena de Carvalho. Os patrimônios separados no estatuto jurídico da família. *V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. 28 out. 2005, p. 10. Disponível em <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/21.pdf>. Acesso em 28 jan. 2024.

¹⁵⁴ Trecho retirado do art. 5º da Lei n. 9.278/96.

¹⁵⁵ “Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

¹⁵⁶ José Fernando Simão apresenta a polêmica existente à época da edição o Código Civil sobre o significado o referido termo, citando como mais restritivo o posicionamento de Álvaro Villaça Azevedo de que apenas é criado um condomínio entre os companheiros e não uma mancomunhão, o que já era defendido pelo autor quando da edição da Lei n. 9.278/96. SIMÃO, José Fernando. Efeitos patrimoniais da união estável – Álvaro Villaça Azevedo – Um homem à frente de seu tempo. In: SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; ZUCCHI, Maria Cristina (coord.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 356. Em posição contrária, Francisco Cahali assevera que tal ressalva promove o afastamento da “exigência de autorização para a venda de imóveis por um dos conviventes ao outro, prevista para os cônjuges no art. 1.647 do novo Código”. CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 280.

¹⁵⁷ Para as hipóteses de impedimento, Joyceane Bezerra de Menezes realiza uma interpretação analógica do casamento putativo previsto no art. 1.561 do Código Civil para a união estável “para resguardar os efeitos conferidos a união estável quando um dos companheiros, agindo de boa-fé, imaginava viver um relacionamento livre de quaisquer impedimentos”. MENEZES, Joyceane

apenas quanto à pessoa casada que esteja separada de fato ou judicialmente, a qual poderá constituir uma união estável, em que pese seja vedado novo casamento. De resto, as relações de convivência afetiva por pessoas impedidas de casar-se serão enquadradas como concubinato (art. 1.727, CC).¹⁵⁸

Já em relação às causas suspensivas descritas no art. 1.523 do Código Civil, estas não obstam a constituição de união estável (art. 1.723, § 2º, CC). Contudo, entende a jurisprudência do STJ¹⁵⁹ que resultam na incidência do regime obrigatório da separação de bens (na forma do art. 1.641, I, CC). Não é salvo de críticas¹⁶⁰ dito posicionamento da Corte Superior, sob o fundamento de ser vedado no ordenamento jurídico interpretação por analogia de regras restritivas de direito. Assim, nada tendo o legislador previsto quanto à união estável, não caberia ao intérprete prever tal restrição.

Aliás, especificamente no que atine à aplicação ampliativa de normas restritivas no regime obrigatório da separação de bens, há também divergência na doutrina quanto a sua incidência, mormente em relação à idade avançada¹⁶¹ (inciso II, do art. 1.641, CC).

Bezerra de. União estável. In: BEZERRA DE MENEZES, Joyceane; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (coords.). *Direito das famílias por juristas brasileiras*. 2. ed., Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 208.

¹⁵⁸ O concubinato aqui mencionado é o então concubinato impuro regulado na legislação anterior. Não se pode olvidar a forte crítica doutrinária a esse dispositivo legal, já que são uniões com a formação de uma família, mas que ficam à margem do direito. Nesse sentido, remete-se ao trabalho elaborado pela autora Luciana Brasileiro sobre uniões simultâneas: BRASILEIRO, Luciana. *As famílias simultâneas e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Registre-se veemente crítica realizada pelo então Ministro Carlos Ayres Britto no voto proferido no RE 397.762 acerca do termo concubinato: “Sem essa palavra azeda, feita, discriminadora, preconceituosa, do concubinato. Estou a dizer: não há concubinos para a Lei Mais Alta do nosso País, porém casais em situação de companheirismo”. RE 397.762, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 03 jun. 2008, publ. 12 jun. 2008.

¹⁵⁹ Assim já se posicionou o STJ no julgamento do REsp 1616207/RJ, Rel. Min. Moura Brito, da 3ª Turma, julg. 17 nov. 2020, publ. 20 nov. 2020. No referido julgado, em que pese a Corte Superior ter reconhecido que, como regra de hermenêutica jurídica, não cabe a interpretação ampliativa de dispositivos restritivos, diante da tendência de igualar o casamento e a união estável pela jurisprudência, não seria justo tratar situações semelhantes de forma distinta.

¹⁶⁰ Dentre esses: DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 14. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodvím, 2021, p. 601 e LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias v. 5*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2023, p. 3785, edição do Kindle.

¹⁶¹ Por outro lado, como destacado anteriormente, é pacífico o entendimento acerca da possibilidade de os conviventes, quando enquadrados na hipótese do inciso II do art. 1.641 do Código Civil, através de contrato de convivência, renunciarem a incidência da Súmula 377 do STF, no intuito de a sociedade conjugal ser regida pela completa e absoluta separação de bens. EREsp 1623858/MG, 2ª Seção, Rel. Desembargador Convocado Lázaro Guimarães, julg. 23 mai. 2018, publ. 20 mai. 2018.

Enquanto alguns autores¹⁶² entendem pela impossibilidade de interpretação extensiva aos dispositivos restritivos de direitos, há quem ainda defenda que¹⁶³ o tratamento diferenciado resultaria em prestigiar a união estável em detrimento do casamento, o que afrontaria preceito constitucional. Diante da tendência de aproximar cada vez mais os efeitos jurídicos das duas formas de entidade familiar (casamento e união estável), mormente após o julgamento dos RE 878.694 e 646.721¹⁶⁴, a jurisprudência da Corte Superior¹⁶⁵ tem seguido este posicionamento, em reiteradas decisões, com a extensão das restrições do art. 1.641 à união estável.

Da mesma forma como no casamento, os conviventes poderão optar por um dos regimes previstos na lei ou estipular as próprias regras, desde que não ofendam disposição absoluta em lei.

Nesse diapasão, o debate que circunda a doutrina envolve a extensão completa das normas do regime de bens à união estável, notadamente ante o próprio legislador ter ressalvado a incidência dos dispositivos legais, ao utilizar a expressão “no que couber”, não tendo explanado qual a abrangência a ser dada.

Sem desconsiderar posicionamento de autores¹⁶⁶ que haveria uma restrição em relação aos bens que integrariam o patrimônio comum, apenas sendo

¹⁶² Dentre esses, SIMÃO, José Fernando. Efeitos patrimoniais da união estável – Álvaro Villaça Azevedo – Um homem à frente de seu tempo. In: SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; ZUCCHI, Maria Cristina (coord.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 360; DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 14. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodvim, 2021, p. 598; e LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias v. 5*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2023, edição do Kindle.

¹⁶³ Cita-se MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 68, edição do Kindle.

¹⁶⁴ No aludido julgamento, realizado em 2017, de relatoria do Ministro Luis Roberto Barroso, o STF considerou “inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre os cônjuges e companheiros prevista no artigo 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do artigo 1.829 do CC/2002”. A doutrina abalizada, à época do julgamento do mencionado recurso, já formulava diversas críticas ao aludido dispositivo, destacando a sua inconstitucionalidade, seja porque “tratava desigualmente situações equipolentes e equalizadas pela ordem constitucional”, além de apresentar “defeitos e desequilíbrios, quando comparado ao art. 1.829 do CC”. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Fávio (coord.). *Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 745.

¹⁶⁵ Para registro, vale apontar decisões do STJ como o REsp 646.259/RS, da 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 22 jun. 2010, publ. 24 ago. 2010 e EREsp 1171820/PR, 2ª Seção, Rel. Min. Raul Araújo, julg. 26 ago. 2015, publ. 21 set. 2015.

¹⁶⁶ Rolf Madaleno enfrenta tal posicionamento apresentado por Guilherme Calmon Nogueira da Gama, o qual defende que o regime de bens na união estável estaria vinculado ao prisma econômico da relação, e o rechaça pois resultaria na criação de diferenças entre os institutos do casamento e da união estável. MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1.232, edição do Kindle. Vale aqui o registro do entendimento esposado por Guilherme Calmon

englobados os adquiridos onerosamente na constância da união estável e não os demais elencados pelo legislador (como por fato eventual e os frutos dos bens particulares, por exemplo), entende-se que a ressalva proposta no Código Civil decorre do fato que normas cuja *ratio* é a formalidade peculiar do casamento, como a outorga conjugal, não podem ser simplesmente transpostas para outras modalidades de família onde informalidade é sua característica inerente.¹⁶⁷

Por isso, defende-se que a aplicação do regime de bens, seja qual regime-tipo previsto pelo legislador for, para essa modalidade de entidade familiar há de se restringir aos aspectos relacionados à solidariedade familiar, notadamente a comunicabilidade dos bens e divisão dos aquestos, e não no que concerne aos demais aspectos do regime eleito.¹⁶⁸

1.3. Contratos em direito das famílias: o alcance dos pactos conjugais

Os pactos conjugais se inserem na seara dos regimes de bens convencionais, por ser “o instrumento de efetivação e organização dessas regras personalizadas na maioria dos ordenamentos jurídicos”¹⁶⁹. No âmbito do casamento, está previsto tanto no art. 1.639 como no parágrafo único do art. 1.640, ambos do Código Civil. Já nas uniões estáveis, em que pese não ser regulamentado, a sua previsão é obtida pela leitura da parte final do art. 1.725 do mesmo Código.

Ocorre que, se por um lado, é inquestionável que o fenômeno da contratualização do direito das famílias, cujo preceito motor é a legítima liberdade individual na legalidade civil-constitucional, a ser sopesado ante a tutela de valores existenciais dos demais integrantes daquele núcleo familiar, por outro, tal conciliação entre princípios fundamentais não pode significar uma barreira no

Nogueira da Gama acerca do tema: “não houve equiparação ao regime da comunhão parcial de bens, existente no casamento. A disponibilidade entre os companheiros, em matéria de regime de bens somente abrange os bens adquiridos onerosamente durante a união, estando afastados os bens adquiridos anteriormente, a qualquer título, e os adquiridos no curso do companheirismo a título gratuito ou por fato eventual”. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. 2. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 342.

¹⁶⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do Direito Civil – Vol. 6. Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 192, edição do Kindle.

¹⁶⁸ TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre o regime de bens no novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v. 2, 2008, p. 3. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/186.pdf>. Acesso em 07 mai. 2023.

¹⁶⁹ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdos*. 2009. 305 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 68.

desenvolvimento da autonomia privada. Nesse sentido, Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Tepedino asseveram que “as relações contratuais que vicejam no núcleo familiar, permeadas por intenso conteúdo ético, se constituam em instrumento de promoção do desenvolvimento da personalidade de seus integrantes”.¹⁷⁰

Aliás, os autores¹⁷¹ realçam, ainda, a importância no abandono de visões preconceituosas pautadas em uma ordem pública¹⁷² já intangível no atual ordenamento democrático, de forma que a atuação pontual do Estado há de ser restrita para hipóteses em que a própria liberdade individual esteja ameaçada.

Exatamente nesse cenário que a possibilidade de ampliação dos pactos celebrados entre o casal ganha maior relevância no ordenamento jurídico. Como um espaço de autonomia existencial¹⁷³, a família tem a função de permitir a realização do projeto de vida de cada indivíduo, que não se restringe à mera escolha do seu parceiro, mais igualmente a forma como será regida a vida em comum, tanto na seara patrimonial como na existencial.

E, intrinsecamente, acompanha a maior autonomia conferida pelo ordenamento o aumento da responsabilidade dos membros que a integram¹⁷⁴, de forma que todos devem atuar com o compromisso de realização do cuidado não apenas de si, como dos demais integrantes, o qual pode ser estabelecido através da lavratura de pacto entre os cônjuges ou conviventes.

¹⁷⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do Direito Civil* – Vol. 6. Direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 94, edição do Kindle.

¹⁷¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do Direito Civil* – Vol. 6. Direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 94, edição do Kindle.

¹⁷² Heloisa Helena Barboza e Vitor Almeida destacam que “a ordem pública que chancelava a forte interferência estatal sofreu profundas transformações a partir da axiologia democraticamente eleita pelo constituinte guiada pelo valor nuclear da dignidade da pessoa humana”. BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. *Contratualização das famílias e inexecução dos pactos antenupciais: admissibilidade e limites de cláusula penal*. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Org.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, vol. 2. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2021, p. 995.

¹⁷³ Para Thamis Dalsenter Viveiros de Castro, “autonomia existencial é espécie do gênero autonomia privada e se configura como instrumento da liberdade individual para realização das potencialidades da pessoa humana e de seus interesses não patrimoniais, incidindo nas situações jurídicas subjetivas situadas na esfera extrapatrimonial, cujo referencial objetivo é o próprio titular no espaço de livre desenvolvimento da personalidade”. VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial*. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 14, n. 4, p. 99, 2018, p. 101. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/168>. Acesso em: 12 nov. 2023.

¹⁷⁴ MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Pacto antenupcial na hermenêutica civil-constitucional*. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CICCIO, Maria Cristina de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (coord.). *Direito Civil na legalidade constitucional*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021, p. 41.

Quanto a esses, concluem Ana Carolina Brochado Texeira e Gustavo Tepedino que:

Nessa perspectiva, o formalismo no Direito de Família deve adquirir relevância emancipadora, de tal modo que os pactos se situem como promotores da igualdade e da afirmação das singularidades dos desejos e das diferenças individuais. Tais singularidades, traduzidas em ajustes livremente avençados, servem de motor para o respeito à alteridade e às escolhas existenciais, convergindo-se assim os princípios, aparentemente contraditórios, do formalismo jurídico e da afetividade.¹⁷⁵

Firmadas tais premissas acerca dos pactos conjugais na atual sistemática, cumpre analisar a disciplina jurídica aplicável e os requisitos legais para esmerada compreensão da sua função e o grau de abrangência a ser conferido. O objetivo é promover o direito fundamental de os cônjuges e conviventes exercerem a autonomia conferida pelo ordenamento jurídico para autorregular as suas relações privadas, seja de cunho patrimonial, seja de natureza existencial.

1.3.1. Disciplina jurídica aplicável: entre o direito obrigacional e o direito de família

Ante a complexidade e a controvérsia que envolve a natureza jurídica do pacto antenupcial, perfaz-se necessário, de proêmio, adentrar, ainda que sucintamente e sem a pretensão de exaurir o tema, na teoria do fato jurídico.

Pela doutrina clássica, o fato jurídico é todo acontecimento que integra o suporte fático de uma norma jurídica¹⁷⁶. Ou seja, a partir do momento que determinado fato deixa de ser indiferente ao Direito, adquire aptidão para gerar efeitos jurídicos, de forma que, através do fato jurídico, as relações nascem, se modificam e se extinguem.

Sem prejuízo da definição comumente adotada, perfaz-se salutar o registro que, pela interpretação da metodologia civil-constitucional ora adotada neste trabalho, todo fato – entendido, por sua vez, como todo evento que invoque a ideia

¹⁷⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do Direito Civil* – Vol. 6. Direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 94, edição do Kindle.

¹⁷⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio jurídico: validade e eficácia*. 4. ed., atual. de acordo com novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 23.

de convivência – recebe uma valoração, seja expressa ou implícita, no âmbito do ordenamento, não havendo fato juridicamente irrelevante.¹⁷⁷

Dentro da classificação dos fatos jurídicos¹⁷⁸, cabe a análise dos fatos jurídicos lícitos, isto é, os atribuídos à atividade humana e que não são contrários ao direito. Esses se subdividem em ato jurídico *stricto sensu* (confere eficácia a interesses jurídicos previamente regulados por lei), ato-fato jurídico (depende de ato humano, mas a norma abstrai o elemento volitivo para a produção de efeitos) e negócio jurídico (os efeitos decorrem do regulamento definido pelo próprio ato de vontade das partes).

O negócio jurídico é definido como “tipo de fato jurídico que o princípio da autonomia da vontade deixou à escolha das pessoas”¹⁷⁹, o qual acolhe tanto os pactos, convenções, contratos e acordos, sendo neste âmbito que se inserem os pactos conjugais. E, como qualquer outro, deve ser considerado nos planos da existência, validade e eficácia¹⁸⁰, além de pautado pelo princípio da boa-fé objetiva.

Não raro o enquadramento dos pactos antenupciais como um tipo de contrato, o qual tem como definição “negócio jurídico celebrado entre duas ou mais pessoas, visando à constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica de natureza patrimonial”¹⁸¹. Aliás, pelos que defendem se tratar de contrato, parte

¹⁷⁷ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 640. E, nesse sentido, assim complementa Gustavo Tepedino: “considerando que os fatos sociais são plasmados pela ordem jurídica, que os valora de acordo com a tábua axiológica constitucional, não pode o intérprete se furtar da análise fática que consistirá no suporte sobre o qual aplicará o ordenamento como um todo, em sua unidade e complexidade”. TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 22.

¹⁷⁸ A doutrina apresenta algumas distinções na terminologia para qualificação dos fatos jurídicos. Para tanto, adota-se a apresentada por Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva, na qual os fatos jurídicos se dividem em fatos naturais (fatos jurídicos *stricto sensu*) e fatos humanos (atos jurídicos *lato sensu*) e, estes últimos, se subdividem em fatos ilícitos e fatos lícitos. OLIVA, Milena Donato; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do Direito Civil – Vol. 1. Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 233, edição do Kindle.

¹⁷⁹ Para Pontes de Miranda, “a pessoa manifesta ou declara a vontade; a lei incide sobre a manifestação ou a declaração, ou as manifestações ou declarações; o negócio jurídico está criado”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Introdução, pessoas físicas e jurídicas*. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012 (coleção tratado de direito privado: parte geral; 1), p. 168.

¹⁸⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio jurídico: validade e eficácia*. 4. ed., atual. de acordo com novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

¹⁸¹ GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 30.

o enquadra como sendo um contrato acessório¹⁸². Contudo, como destaca Fabiana Domingues Cardoso¹⁸³, para isso, tornar-se-ia indispensável considerar o casamento igualmente um contrato, o qual seria o “principal”, corrente que não se adota neste trabalho por não ser possível a aplicação meramente apriorística das normas do direito das obrigações¹⁸⁴ para uma entidade familiar, como o casamento.

Além disso, outro elemento distancia o instituto do pacto antenupcial da definição de contrato: a condição a qual se subordina (o casamento) para que então produza efeitos. A partir da constituição do matrimônio e, por conseguinte, o termo inicial da produção dos efeitos do pacto, as partes não podem livremente alterar o regime de bens estipulado, o que afasta ainda mais, no entendimento de Orlando Gomes¹⁸⁵, da natureza dos contratos regulados no Livro das Obrigações.

Mas não é só. O contrato automaticamente remete à ideia da existência de interesses contrapostos, o que não se verifica nos pactos conjugais firmados no intuito de regulamentar as questões inerentes à relação conjugal que se iniciará ou que já existe.

Afere-se, portanto, que a natureza jurídica do pacto antenupcial – e, por extensão, dos demais pactos conjugais – ainda resulta em debates na doutrina. Isso

¹⁸² Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald definem como negócio jurídico bilateral, de conteúdo patrimonial, acessório e subordinado a uma condição suspensiva, a realização do casamento. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Disposições gerais dos regimes de bens e pacto antenupcial. In: SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; ZUCCHI, Maria Cristina (coord.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 191.

¹⁸³ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdos*. 2009. 305 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 111.

¹⁸⁴ Questão igualmente polêmica na doutrina envolve a natureza jurídica do casamento. Pontes de Miranda, ao analisar o elemento contratual do casamento, aponta duas doutrinas pautadas na Igreja católica, a do contrato-sacramento e a da instituição-sacramento, ressaltando que os contratos em direito de família devem ser distintos dos contratos de direito das obrigações. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito de Família*, vol. I: direito matrimonial. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001, p. 91-92. Vale citar as três principais correntes: (i) instituição (por imperar normas de ordem pública, sendo um modelo rígido, com a presença do Estado); (ii) contrato (por ser uma união de vontades obtida com o consentimento dos nubentes); (iii) eclética/híbrida (considerado um contrato de direito de família diante das peculiaridades por ele criadas, originado de um ato jurídico formal e que vigora da produção dos efeitos da atividade relacional existente entre os cônjuges). MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 104, edição do Kindle. Há uma quarta vertente doutrinária que afirma a impossibilidade de enquadramento do casamento nas três correntes, ao apontar que se trata de negócio jurídico *suis generis*. IANNNOTTI, Carolina de Castro. Natureza jurídica do pacto antenupcial e do casamento no direito brasileiro. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (coord.). *Contratos, família e sucessões: diálogos complementares*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019, p. 26-27.

¹⁸⁵ GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 169.

porque, se por um lado, nitidamente envolve questões patrimoniais de livre disposição das partes, o que o enquadra com feição contratual¹⁸⁶, por outro, está previsto dentro do Livro Direito de Família, cujas relações – ainda que de cunho patrimonial – estão intrinsecamente relacionadas com direitos da personalidade, ante as características especiais que circundam as relações familiares¹⁸⁷ e, por conseguinte, reverbera para o estatuto patrimonial.

A doutrina clássica, representada por Pontes de Miranda, ao analisar a natureza jurídica do pacto antenupcial, apresenta as seguintes considerações:

[...] uma figura que fica entre o contrato de direito das obrigações, isto é, o contrato de sociedade, e o casamento mesmo, como irradiador de efeitos. Não se assimila, porém, a qualquer deles: não é simplesmente de comunhão, de administração, ou do que quer que se convencione, nem ato constitutivo de sociedade, nem pré-casamento, ou, sequer, parte do casamento.¹⁸⁸

Diante das peculiaridades que regem esse instituto, abalizada doutrina contemporânea¹⁸⁹ o enquadra como negócio jurídico de direito de família, que representa uma convenção firmada pelo casal a ser utilizada como ferramenta apta para criar o estatuto patrimonial e existencial¹⁹⁰ que vigorará enquanto perdurar o vínculo conjugal. E assim conclui Débora Gozzo ao apontar as suas características:

¹⁸⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*, vol. 5. 25. ed., rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 260.

¹⁸⁷ Enquanto os negócios no âmbito obrigacional possuem como substrato essencialmente a vontade dos contratantes e abarca, em geral, objeto de natureza patrimonial, na seara do direito das famílias, as relações são fundadas na afetividade e na solidariedade, cujo objetivo basilar é promover o livre desenvolvimento de seus integrantes.

¹⁸⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Dissolução de sociedade conjugal e eficácia jurídica do casamento*. 1. ed., atual. por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012 (coleção tratado de direito privado: parte especial; 8), p. 313.

¹⁸⁹ Dentre os diversos autores, v. CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 63 e MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Pacto antenupcial na hermenêutica civil-constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CICCIO, Maria Cristina de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (coord.). *Direito Civil na legalidade constitucional*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021, p. 42.

¹⁹⁰ A amplitude do pacto quanto às matérias de cunho existencial será analisada na sequência. Não obstante, reporta-se desde já que a doutrina contemporânea entende pela possibilidade de os nubentes disporem sobre questões que ultrapassem o âmbito patrimonial. Dentre esses, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do Direito Civil – Vol. 6. Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 94, edição do Kindle; e BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Contratualização das famílias e inexecução dos pactos antenupciais: admissibilidade e limites de cláusula penal. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Org.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, vol. 2. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2021, p. 1001.

A partir do exposto, chega-se à conclusão de que o pacto antenupcial é um negócio jurídico de direito de família, já que todas as características acima apontadas nele se encontram presentes.

Ele é um ato jurídico (lato sensu) pessoal. Só os nubentes podem ser partes. É formal, sendo indispensável a escritura pública. Nominado, isto é, previsto em lei. E, por último, legítimo (típico), pois os nubentes têm a autonomia limitada pela lei e não podem, conseqüentemente, estipular que o pacto produzirá efeitos diversos daqueles previstos pela norma jurídica.¹⁹¹

Definida a natureza jurídica e, por conseguinte, as normas incidentes sobre dito instituto, cabe a análise das espécies e os requisitos deste negócio jurídico de direito de família.

1.3.2. Espécies¹⁹² e requisitos

Antes da celebração do casamento, os nubentes podem eleger – desde que não enquadrados nas hipóteses do art. 1.641 do Código Civil¹⁹³ – o regime de bens que vigorará durante a constância da relação conjugal, como preceitua o art. 1.639 do aludido Código.

Tal como no Código anterior, não há um prazo mínimo para celebração do casamento, sendo apenas exigida sua lavratura antes da constituição do matrimônio¹⁹⁴, condição¹⁹⁵ da eficácia do pacto. Caso não, aplicar-se-á o regime

¹⁹¹ GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 34.

¹⁹² Em relação às espécies, apenas serão tratados os pactos relativos ao casamento – antenupciais e pós-nupciais – e o contrato de convivência (união estável), sem adentrar no controvertido contrato de namoro, por escapar do objeto deste trabalho. Para um estudo aprofundado sobre o tema, remete-se ao trabalho de XAVIER, Marília Pedroso. *Contrato de namoro: Amor líquido e direito de família mínimo*. 3. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2022.

¹⁹³ Ressalva-se apenas que, diante da recente decisão proferida pelo STF (ARE 1.309.642/SP), já tratada, na hipótese do casamento ou união estável com pessoa maior de 70 anos (art. 1.641, inciso II, CC), é possível o afastamento do regime da separação obrigatória de bens, mediante a lavratura de pacto conjugal.

¹⁹⁴ Para Caio Mario da Silva, enquanto não celebrado o casamento, mantém-se “em estado de quiescência, até que o matrimônio seja celebrado. Conseqüentemente, caducará, sem necessidade de qualquer pronunciamento judicial, se um dos nubentes vem a falecer, ou se cada com outra pessoa – *si nuptiae non fuerint secutae*”. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. v.5, 25. ed., rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 259-260.

¹⁹⁵ Em que pese comumente ser tratado o casamento como condição suspensiva para a produção de efeitos do pacto antenupcial, convém o registro do posicionamento da autora Débora Gozzo que defende se tratar, na realidade, de condição legal (*conditio iuris*), já que, constituído o casamento, os efeitos não retroagem a data da lavratura do pacto e tampouco é possível às partes estipularem qual será a condição, essa é imposta pela lei. GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 36. No mesmo sentido, em relação ao pacto de convivência: CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 62.

supletivo legal (comunhão parcial de bens) e, eventual interesse na modificação, exigirá a propositura de ação judicial própria.

Para celebração do referido pacto antenupcial é necessário o preenchimento, além dos elementos gerais de qualquer negócio jurídico estabelecidos no art. 104, os decorrentes do direito das famílias, notadamente do art. 1.653 ao 1.657, bem como do art. 1.640, todos do Código Civil.

Portanto, as partes devem ter não apenas a capacidade civil genérica, mas também a para casar¹⁹⁶, isto é, maiores de 18 (dezoito) anos ou a partir dos 16 (dezesseis), desde que com autorização dos pais ou representante legal¹⁹⁷. E mais, não basta, para lavratura do pacto, a mera autorização do casamento, já que os atos possuem natureza distinta, de forma que, além daquela, igualmente será necessária a assistência dos pais ou representante legal no momento da celebração do pacto.¹⁹⁸

Ante a similitude da capacidade para casar-se com a da celebração de pacto antenupcial (*habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialis*), tal como inválido é o casamento quando presente algum impedimento definido pelo legislador (art. 1.521, CC), o mesmo fim terá eventual pacto antenupcial celebrado¹⁹⁹. Já em relação às causas suspensivas, em que pese não impedirem o casamento, impõem aos cônjuges a obrigatoriedade do regime da separação de bens, de forma que, neste caso, eventual pacto antenupcial será ineficaz por força do art. 1.641, inciso I, do Código Civil.²⁰⁰

¹⁹⁶ A idade núbil está prevista no art. 1.517 do Código Civil: “O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil”.

¹⁹⁷ Caso seja necessária a obtenção de suprimento judicial por ausência de autorização dos pais ou representante legal, não terá capacidade para celebração do pacto antenupcial, pois incidirá o regime da separação obrigatória de bens, na forma do art. 1.641, III, do Código Civil. Rolf Madaleno critica tal imposição, ao sustentar que “se o juiz consentiu o mais importante, a permissão para o casamento, abjeta a inútil imposição de um regime compulsório de separação de bens, permitindo recair sobre o cônjuge, a cujo nome não estão associadas as aquisições, seu injusto empobrecimento, porque o patrimônio comprado com o esforço comum durante a sociedade conjugal só irá pertencer ao consorte que o tem registrado em seu nome pessoal”. MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 768, edição do Kindle.

¹⁹⁸ GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 41-42.

¹⁹⁹ Ressalva-se apenas os efeitos gerados pelo casamento putativo, o que engloba os decorrentes do pacto antenupcial, desde que celebrados de boa-fé. V. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 290.

²⁰⁰ Diante dos comentários anteriores em relação aos incisos I e III do art. 1.641, CC, importante também trazer à baila que, até recente decisão do STF, era vedada a lavratura de pacto antenupcial para afastar o regime da separação obrigatória de bens na hipótese do inciso II (maior de 70 anos). Além disso, é pacífica a jurisprudência e doutrina quanto à possibilidade de celebração do pacto no intuito unicamente de afastar a incidência da Súmula 377 do STF quando os nubentes não possuem

Assim, não basta a capacidade para o casamento, igualmente devem gozar de legitimidade jurídica para a constituição do pacto antenupcial, ambas indispensáveis para a validade e eficácia do ato.²⁰¹

Em relação à forma, o legislador, para os pactos antenupciais em específico, exige a lavratura de escritura pública (art. 1.653, CC), sob pena de nulidade, cuja produção de efeitos é condicionada à celebração de casamento.

Além disso, o objeto há de ser lícito, possível e, ao menos, determinável, vedadas cláusulas que violem a ordem pública, disposição absoluta em lei²⁰² (art. 1.655, CC) e os bons costumes. Como será analisado na sequência, essas restrições demandam uma interpretação funcionalizada dos institutos, em razão do movimento de privatização da família e mínima intervenção estatal nas relações familiares, o que autoriza uma expansão do conteúdo do pacto conjugal pela ressignificação do conceito de ordem pública²⁰³ e da fluidez da sociedade que impacta diretamente no que se enquadra como considerado bons costumes.²⁰⁴

Por se tratar de um negócio jurídico, o caráter volitivo é inerente ao pacto, de forma que ausente a livre manifestação de vontade ante a presença de algum

interesse em qualquer comunicabilidade do patrimônio constituído ao longo do casamento, por não violar a *ratio* do referido dispositivo.

²⁰¹ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdos*. 2009. 305 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 116.

²⁰² “considera-se não escrita a cláusula que prejudique os direitos conjugais, ou os paternos, ou contravenha a disposição absoluta de lei. Não é o pacto que se infirma, mas apenas a cláusula ou condição, subsistindo ele na parte não viciada: *utile per inutile non vitiatur*”. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*, vol. 5. 25. ed., ver. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 260.

²⁰³ Como leciona Pontes de Miranda, “o que caracteriza a noção de ordem pública é a sua essencial plasticidade. Quem diz ordem pública refere-se a algum Estado. A cada Estado, a sua noção de ordem pública; donde, como esse conteúdo é mutável, ter de ser vaga, imprecisa, a noção geral”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito de Família*, vol. I: direito matrimonial. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001, p. 73. Além disso, Thamis Dalsenter Viveiros de Castro, ao tratar do conceito de ordem pública conferido pelo constituinte de 1988, assevera que “cuida-se de uma ordem pública revigorada e redesenhada a partir dos princípios constitucionais que fundamentam a ordem jurídica, notadamente a liberdade e a solidariedade”. VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 146.

²⁰⁴ Prossegue a autora sobre a necessidade de “analisar o papel dos bons costumes como limitador da autonomia existencial à luz de uma renovada concepção de ordem pública, acima de tudo solidarista”. VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 146. Para Pietro Perlingieri, a noção de bom costume é definida “segundo a concepção do costume de uma determinada sociedade, é noção não a-histórica, mas relativa – muda com o tempo e, por vezes, de lugar para lugar –, genérica, destituída, portanto, de um conteúdo específico e determinado”. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 442.

vício ou mesmo a incapacidade de exprimi-la conscientemente²⁰⁵, será invalidado²⁰⁶.

Até a celebração do casamento, o pacto antenupcial poderá ser revogado ou alterado pelos nubentes. Após, especificamente em relação ao regime de bens, apenas poderá ser modificado mediante a propositura de ação judicial, na forma do art. 1.639, § 2º do Código Civil.

Por outro lado, as demais cláusulas, que não possuam relação com o regime de bens²⁰⁷, poderão ser revistas independentemente da propositura da aludida demanda²⁰⁸, desde que preenchidos os requisitos legais necessários do negócio jurídico, vez que ausente qualquer previsão normativa restritiva quanto a estas. Ao revés, a possibilidade de o casal pactuar e repactuar, através dos comumente denominados pactos pós-nupciais²⁰⁹, quando assim desejarem, a forma como será

²⁰⁵ Cumpre registrar que, até a edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência, “as pessoas com deficiência mental também não tinham o direito de constituir família reconhecido pela codificação civil”. BARBOZA, Heloisa Helena Gomes; ALMEIDA, Vitor. O direito de constituir família da pessoa com deficiência intelectual: requisitos e limites. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (coord). *Cuidado e o direito de ser: respeito e compromisso*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018, p. 234-235. Isso porque o Código Civil de 2002 considerava expressamente nulo o casamento contraído por enfermo mental sem o devido discernimento para os atos da vida civil, na forma do art. 1.548, I, além de estabelecer algumas hipóteses de anulação (art. 1.550, III c/c art. 1.557, III, CC), tendo sido aquele revogado e este último alterado pelo aludido Estatuto, o que, conseqüentemente, impedia a lavratura de pacto antenupcial. Contudo, a importante mudança na legislação, bem como a expressa previsão no EPD de que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa para casar-se e constituir união estável (art. 6º, I, da Lei. 13.146/2015), possibilita a lavratura do referido pacto antenupcial, apenas sendo verificado algum vício que macule o ato comprovado no caso concreto da ausência de capacidade para exprimir livre e conscientemente a sua vontade e não mais de forma abstrata, pelo simples fato de ser pessoa com deficiência mental ou intelectual. Aliás, em relação ao regime das incapacidades, convém registrar o entendimento de Vitor Almeida: “indispensável pontuar que navega-se rumo à imprescindibilidade de uma mudança de perspectiva na análise do negócio jurídico, de modo a fornecer um encaminhamento à harmonização do regime das invalidades com o EPD, com o objetivo de alcançar a tão almejada segurança jurídica das relações entabuladas e em conformidade com a expectativa gerada pela declaração com base na teoria da confiança”. ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 209. E, especificamente sobre a alteração do regime de bens ainda que um dos cônjuges seja curatelado, Vitor Almeida defende essa possibilidade, cabendo apenas demonstrar, de modo cabal, benefício para o incapaz. ALMEIDA, Vitor. Os limites da intervenção estatal na mudança do regime de bens: uma análise do Recurso Especial n. 1.904.498/SP a partir da autonomia dos cônjuges. *Civilística.com*. No prelo.

²⁰⁶ “Aplicam-se aos pactos antenupciais os princípios gerais dos negócios jurídicos, que podem ser nulos ou anuláveis, dependendo do vício que os macule. A invalidade parcial não o prejudica na parte válida, caso seja possível separar uma da outra (art. 184)”. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 290.

²⁰⁷ A amplitude do objeto dos pactos conjugais é analisada no item 1.4.3. abaixo.

²⁰⁸ GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 117.

²⁰⁹ Ainda que não tenha expressa previsão legal, como bem leciona Pietro Perlingieri, em relação aos negócios jurídicos, estes devem ser raciocinados “por problemas e não por conceitos”. Assim,

regida aquela família concretiza a autonomia privada estabelecida no art. 1.513 do Código Civil.

Por fim, para garantir a publicidade do estatuto patrimonial eleito e, com isso, a produção de efeito *erga omnes*, o art. 1.657 do Código Civil estabelece a obrigatoriedade de registro no Livro Auxiliar do registro de imóveis do domicílio dos cônjuges (art. 167, I, n. 12, Lei n. 6.015/73), bem como na junta comercial competente caso seja, ao menos um deles, empresário (art. 979, CC).

Ante o fomento, através da utilização deste instrumento legal, à autonomia privada e promoção do planejamento familiar – esse princípio constitucional –, há de ser aplicado extensivamente às outras formas de entidade familiar, notadamente a união estável, cujo estatuto patrimonial será firmado através de contrato de convivência.

Quanto à união estável, sem prejuízo da incidência dos requisitos legais indispensáveis aos negócios jurídicos (art. 104, CC), a informalidade que rege esta última modalidade de família permite que sejam afastadas algumas solenidades que permeiam o instituto do casamento para a celebração do contrato de convivência.

Por se tratar de união de fato²¹⁰, isto é, que independe de qualquer ato formal para sua existência, o contrato de convivência pode ser realizado tanto antes da sua constituição como no decorrer. Inclusive, a segunda hipótese é a mais comum, já que não raro o seu reconhecimento pelos conviventes ser posterior ao termo inicial da formação familiar.

Isso dimana do fato que dito contrato não é, por si próprio, elemento caracterizador e tampouco ato constitutivo da existência dessa forma de entidade

desde que destinado a realizar um interesse tido como merecedor de tutela pelo ordenamento jurídico, é lícito. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 371.

²¹⁰ Sem desconsiderar a divergência doutrinária acerca da natureza jurídica da união estável, adota-se no presente trabalho a definição de Joyceane Bezerra de Menezes de ato-fato jurídico, a qual está em consonância com o entendimento do STJ (vide REsp 1761887/MS, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 06 ago. 2019, publ. 24 set. 2019). Nesse sentido, dispõe a autora: “Casamento e união estável constituem distintas modalidades de família que produzem semelhantes efeitos jurídicos nas esferas pessoal, social e patrimonial do casal. Distinguem-se apenas quanto à natureza jurídica: enquanto a união estável é ato-fato jurídico, marcada pela informalidade de sua constituição; o casamento é um negócio jurídico complexo, de direito de família”. MENEZES, Joyceane Bezerra de. *União estável*. In: BEZERRA DE MENEZES, Joyceane; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (coords.). *Direito das famílias por juristas brasileiras*. 2. ed., Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 184.

familiar, já que condicionado à correspondência fática da relação conjugal²¹¹, isto é, a presença dos requisitos legais na forma do art. 1.723 do Código Civil e ausência das causas impeditivas do art. 1.521 do mesmo Código.²¹²

Além disso, dispensa a exigência de lavratura de escritura pública, apenas sendo necessária a elaboração de contrato escrito, nos termos do art. 1.725 do Código Civil. Contudo, nada impede que sejam adotadas as solenidades legais pelos conviventes, inclusive podendo registrá-lo no Ofício de Registro Civil das Pessoas Naturais, como autoriza o art. 537 e seguintes do Código Nacional de Normas de Foro Extrajudicial (Provimento n. 149/2023 CNJ), até mesmo para conferir a publicidade daquela entidade familiar.

E exatamente por ter como único requisito a forma escrita no intuito de não incidência do regime legal supletivo, prevalece o entendimento que, sem prejuízo de a ausência de posterior casamento impedir a eficácia do pacto antenupcial, nada obsta que o estatuto patrimonial celebrado entre os nubentes tenha plena eficácia de imediato caso configurada uma relação de convivência informal.²¹³

Inexiste qualquer razão para se supor que os conviventes desejariam um regime distinto daquele pactuado para o casamento, até mesmo, ante o estabelecido no art. 112 do Código Civil, ser privilegiada a intenção das partes e não o sentido literal da linguagem nas declarações de vontade.²¹⁴

1.3.3. O alcance dos pactos e as cláusulas de índole existencial²¹⁵

²¹¹ Francisco Cahali advoga que o contrato de convivência se assemelha a um contrato real, já que depende da entrega da coisa para o seu aperfeiçoamento, no caso, a entrega deve ser entendida como o preenchimento dos requisitos legais pelos conviventes. CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 60-61.

²¹² Apenas não é causa impeditiva para a constituição de união estável a separação judicial ou de fato prevista no inciso VI do referido dispositivo.

²¹³ O STJ já teve oportunidade de analisar o tema, tendo reconhecido a imediata eficácia do regime de bens eleito em pacto antenupcial durante a vigência da união estável, cujo voto da Ministra Relatora ressaltou que “o pacto antenupcial, estabelecendo a livre vontade dos então conviventes e futuros cônjuges de se relacionarem sob o regime da separação total de bens, embora somente tenha vigorado com a qualidade de pacto antenupcial a partir da data do casamento (7.7.2004), já atendia, desde a data da sua celebração (16.4.2003), ao único requisito legal para disciplinar validamente a relação patrimonial entre os conviventes de forma diversa da comunhão parcial, pois é um contrato escrito, feito sob a forma solene, e mais de segura, da escritura pública”. REsp 1.483.863/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, jul. 10 mai. 2016, publ. 22 jun. 2016.

²¹⁴ MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 766, edição do Kindle.

²¹⁵ Não é objeto de análise neste trabalho a validade de cláusulas no pacto antenupcial que afetem os direitos sucessórios dos cônjuges ou conviventes, como, por exemplo, a possibilidade de renúncia ao direito concorrential previsto no art. 1.829 do Código Civil. Contudo, registra-se que a previsão

Embora a amplitude do conteúdo dos pactos conjugais não seja objeto deste trabalho, ao se propor a estudar o instituto da modificação do regime de bens, convém apresentar, ainda que sucintamente, os aspectos relevantes desta matéria.

Como já apontado, é pacífico o entendimento da possibilidade de escolha ou até mesmo criação de um regime de bens (desde que não enquadrado nas hipóteses do art. 1.641 do CC), por outro, é tema de ampla discussão a abrangência do pacto conjugal.²¹⁶

De imediato, por força do previsto no art. 1.655 do Código Civil, é expressamente vedada cláusula que contravenha disposição absoluta em lei. Como qualquer negócio jurídico, o pacto conjugal não garante um ambiente de total liberdade para pactuação, de forma que as escolhas do casal devem estar dentro dos limites do ordenamento jurídico. Assim, serão consideradas nulas cláusulas que violem princípios norteadores do direito das famílias, como o da igualdade entre os cônjuges, integral proteção dos filhos e da solidariedade familiar²¹⁷, os quais promovem a comunhão plena de vida que funda o casamento e a união estável como instrumento para o desenvolvimento da pessoa humana.

Contudo, outros tipos de cláusulas, sejam vinculadas a direitos disponíveis ou até mesmo que versem sobre a convivência conjugal, são mais controvertidos na doutrina e, por isso, merecem suscitar o debate e a reflexão, sem qualquer pretensão de exaurir o tema.

Enquanto corrente mais tradicional defende a limitação dos pactos conjugais à escolha do regime de bens²¹⁸, o que resulta em demasiada restrição à autonomia

de disposições denominadas de cláusulas sucessórias é tema controvertido na doutrina e jurisprudência, sendo que, até o momento, o entendimento do STJ é pela nulidade das referidas disposições contratuais. Nesse sentido, REsp 954.567/PE. 3ª Turma. Rel. Min. Massami Uyeda, julg. 10 mai. 2011, publ. 18 mai. 2011 e REsp 1.196.992/MS. 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 06 ago. 2013, publ. 22 ago. 2013.

²¹⁶ Como bem pontuado por Fabiana Domingues Cardoso, “a premissa essencial à controvérsia do conteúdo clausular é referente ao limite para clausular, que é aquele que a legislação brasileira impõe, ou seja, as convenções não poderão ferir os preceitos legais, os bons costumes, a ordem pública, bem como a boa-fé deverá estar presente, sob pena de invalidade do ato. CARDOSO, Fabiana Domingues. *Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdos*. 2009. 305 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 158.

²¹⁷ Basta considerar eventual cláusula que o casal renuncie a mútua assistência, qualquer responsabilidade com os filhos (guarda, convivência e sustento), além de afastar o direito ao respeito e considerações mútuos, esses todos previstos no art. 1.566, III a V, CC.

²¹⁸ Nesse sentido, Orlando Gomes arguiu que “não se admitem estipulações a respeito de relações pessoais dos cônjuges, nem mesmo as de caráter patrimonial que não digam respeito exclusivamente

do casal para tratar sobre o acervo patrimonial e sua forma de administração, há doutrinadores que expandem o objeto do pacto²¹⁹ para regulamentar as relações patrimoniais²²⁰, por tal instituto estar disciplinado dentro do título “Do Direito Patrimonial” no Código Civil. Inclusive, poderão ser estabelecidas cláusulas cuja eficácia será imediata, pois, diferentemente do regime de bens, não estarão condicionadas à celebração do casamento²²¹, exceto se assim disposto de forma expressa pelos nubentes ou se da sua própria essência a necessidade de celebração do casamento para produção de efeitos.

O grande debate atual que circunda a corrente doutrinária vai além. Discute-se a possibilidade não apenas da regulamentação de questões de cunho patrimonial, mas também a de o casal dispor sobre questões de natureza extrapatrimonial, de cunho pessoal e doméstico-familiar.²²²

Comumente envolvem a regulamentação da convivência conjugal (renúncia ao dever conjugal de coabitação²²³, por exemplo) e são, pela corrente majoritária, validadas. Por outro lado, é praticamente unânime na doutrina²²⁴ que deveres conjugais que não se restringem ao modo de vivenciar a conjugalidade, como, a título exemplificativo, o da mútua assistência, o sustento, a guarda e a educação dos

ao regime de bens”. GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 170.

²¹⁹ Pontes de Miranda denomina que qualquer previsão no pacto que esteja fora do âmbito do regime matrimonial de bens, como “elementos estranhos aos pactos antenupciais” e, por isso, serão regidos pela respectiva lei, como é o caso de cláusulas que prevejam eventual doação de determinado bem em razão do casamento, que serão reguladas pelo direito das obrigações. Esses elementos devem ser tratados como separáveis do pacto, de forma que eventual nulidade de elementos estranhos não afetam o pacto e vice-versa. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Dissolução de sociedade conjugal e eficácia jurídica do casamento*. 1. ed., atual. por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012 (coleção tratado de direito privado: parte especial; 8), p. 314-315.

²²⁰ Por essa corrente, FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 161.

²²¹ GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 111.

²²² Por todos desta corrente, TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre o regime de bens no novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v. 2, 2008, p. 10. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/186.pdf>. Acesso em 07 mai. 2023. Além disso, na VIII Jornada de Direito Civil foi aprovado o Enunciado 635, com a seguinte redação: “O pacto antenupcial e o contrato de convivência podem conter cláusulas existenciais, desde que estas não violem os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os cônjuges e da solidariedade familiar”.

²²³ Esse dever conjugal está previsto no art. 1.566, II, do Código Civil e a sua dispensa pelo casal, para corrente majoritária da doutrina, não configura cláusula nula e contrária ao ordenamento jurídico. Nesse sentido: MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 763, edição do Kindle.

²²⁴ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdos*. 2009. 305 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 190.

filhos, além do respeito e considerações mútuos (incisos III a V, do art. 1.655, CC) não podem ser afastados por pacto.

Para Carlos Nelson Konder e Ana Carolina Brochado, a possibilidade de o casal combinar e recombinar ao longo da sociedade conjugal ditas regras demonstra a função não apenas patrimonial, mas igualmente a existencial do pacto antenupcial²²⁵, de forma que faz parte, nos dizeres de Pietro Perlingieri, das “situações patrimoniais que são instrumentos para a realização de interesses existenciais”.²²⁶

Como salienta Fabiana Domingues Cardoso, não obstante dispor sobre tais assuntos através de pactos ainda configura um “terreno movediço”²²⁷, dita matéria não pode deixar de ser enfrentada pelos intérpretes e operadores do direito, já que presente na atual sociedade contemporânea, mormente ante a fluidez e constantes modificações nos arranjos afetivos e as diversas formas de entidades familiares. O debate e a possibilidade de pactuação prévia pelo casal promovem uma redução de futuros litígios.

Ainda que controvertida a possibilidade de previsão de tais cláusulas, é ainda mais questionável a sua exequibilidade²²⁸ em eventual conflito, principalmente disposições indenizatórias²²⁹. Cenário que exige maior debate e aprofundamento pela doutrina e jurisprudência pátria, já que, seu cumprimento jamais poderá objetificar o sujeito da relação e tampouco afrontar direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana, sob pena de configurar notória subversão do ordenamento jurídico.

²²⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: continuando o debate controversias sobre a nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (Coord.). *Contratos, família e sucessões: diálogos complementares*. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019, p. 148-149.

²²⁶ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 669.

²²⁷ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdos*. 2009. 305 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 195.

²²⁸ BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Contratualização das famílias e inexecução dos pactos antenupciais: admissibilidade e limites de cláusula penal. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Org.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, vol. 2. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2021, p. 1007-1010.

²²⁹ Caso que gerou bastante repercussão foi o analisado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no qual o Juízo da Vara de Registros Públicos de Belo Horizonte validou pacto antenupcial com cláusula de multa de 180 (cento e oitenta) mil reais em caso de traição. Disponível em <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/justica-autoriza-pacto-antenupcial-com-multa-de-r-180-mil-em-caso-de-infidelidade.htm#>. Acesso em 23 fev. 2024.

Conclui-se, portanto, como já pontuado alhures, que o limite em relação a tais cláusulas extrapatrimoniais está nas disposições absoluta em lei (regime primário, por exemplo), nos bons costumes, na boa-fé objetiva e nos demais princípios basilares do direito das famílias, ante a função instrumental da sociedade conjugal no desenvolvimento da pessoa humana²³⁰. A violação é capaz de prejudicar direitos inerentes à personalidade de cada cônjuge e igualmente afetar a relação de um deles com os filhos, hipótese essa que não apenas atinge ao próprio como também à prole, os quais merecem tutela protetiva qualitativamente diferenciada pelo ordenamento.

²³⁰ TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre o regime de bens no novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v. 2, 2008, p. 11. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/186.pdf>. Acesso em 07 maio 2023.

2. A ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS

Até a edição do Código Civil de 2002²³¹, vigorou no Brasil, com inspiração no Código Civil francês²³², o princípio da irrevogabilidade do regime de bens após a celebração do casamento e, em que pese a discussão remontar ao período imperial, com a elaboração de alguns projetos de lei pela possibilidade de modificação em casos específicos²³³, nenhum logrou êxito na aprovação do texto e transformação em lei.

Com isso, apenas era possível promover a modificação em hipóteses excepcionalíssimas²³⁴. Como exemplo, através da construção jurisprudencial desenvolvida ao longo dos anos pela possibilidade de previsão em pacto antenupcial de alteração futura quando do nascimento de filho desde que para o regime da comunhão de bens²³⁵. Além desse, o previsto no art. 7º, § 5º da LINDB (Decreto-

²³¹ O artigo 230 do antigo Código Civil de 1916 estabelecia que “o regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável.”

²³² Fabiana Cardoso esclarece que a imutabilidade do regime de bens teve como origem o Código francês de Napoleão, cujo fundamento estava na proteção de direitos de terceiros e na preservação de pactos familiares à época comuns quanto aos interesses ligados às núpcias dos filhos. CARDOSO, Fabiana Domingues. *Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdos*. 2009. 305 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 72. No mesmo sentido, Rolf Madaleno pontua que a inspiração francesa também foi verificada na legislação de Portugal, Itália e Espanha, contudo, todas esses ordenamentos modificaram suas leis sendo que a “França passou a permitir a alteração dos regimes matrimoniais de bens depois de celebrado o casamento através da Lei n. 65.570, de 13 de julho de 1965, e o mesmo fez a Espanha, pela Lei n. 14, de 02 de maio de 1975. Na Itália, os regimes matrimoniais foram objeto de reforma operada pela Lei n. 151, de 19 de maio de 1975, admitindo no início uma mutabilidade judicialmente controlada, cujo controle judicial foi suprimido em 1981, podendo ser falado em convenção pré-nupcial, nupcial ou pós-nupcial”. MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 761, edição do Kindle.

²³³ Débora Gozzo elenca alguns exemplos de tentativa de modificação da legislação ainda no período imperial, como “o caso dos projetos elaborados por Coêlho Rodrigues e, posteriormente, Clóvis Bevilacqua, que dispunham ser possível a alteração do regime na hipótese da cônjuge varoa desejar renunciar à comunhão de bens, por estar sendo lesada pelos atos praticados por seu marido”, contudo, nenhum desses se transformou em lei. GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 115.

²³⁴ Ao ser editada a Súmula 377 pelo STF, a sua aplicação passou a ser uma forma indireta de modificação do regime de bens, pois permitiu a comunicabilidade dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento regido pelo regime da separação obrigatória de bens CARDOSO, Fabiana Domingues. *Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdos*. 2009. 305 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 75.

²³⁵ Tal possibilidade era defendida por GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 166. Além disso, Pontes de Miranda critica decisão proferida pela 2ª Turma do STF, em 16/10/1946, RF 124/105 que permitiu a alteração do regime da separação de bens para o da comunhão em razão de nascimento de filhos do casal quando previamente assim estipulado no pacto antenupcial. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito de Família*, vol. II: direito matrimonial (continuação). Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001, p. 29.

Lei n. 4.657/1942), com a redação conferida pela Lei n. 6.515/77, que permite a alteração para o regime da comunhão parcial de bens²³⁶ ao estrangeiro casado que se naturalize brasileiro, desde que haja anuência do cônjuge e respeite o direito de terceiros.

O doutrinador Francisco José Cahali²³⁷ aponta dois fundamentos principais para irrevogabilidade à época: (i) proteção do interesse de terceiros; e (ii) evitar fraude entre os cônjuges, no qual um exerce indevida pressão sobre o outro para lesionar aquele²³⁸. Mesmos argumentos ainda utilizados por parte da doutrina pela necessidade de judicialização do procedimento de alteração, como será analisado na sequência.

Há igualmente autores²³⁹ que apontam um terceiro motivo para a imutabilidade, que se assenta no fato de o casamento ser concebido como um pacto de família, o qual não poderia ser alterado pela vontade dos cônjuges. Este, considerando as modificações dos costumes e da sociedade, notadamente da instrumentalização das entidades familiares, cuja função primordial é a promoção daqueles que a ela pertencem (função serviente)²⁴⁰, já se encontra superado na contemporaneidade.

Durante muitos anos, ante as modificações nas relações conjugais, inclusive com leis esparsas prevendo maior autonomia e direitos às mulheres, somado à igualdade conferida pelo constituinte de 1988, potencializaram as severas críticas da doutrina²⁴¹ à irrevogabilidade. Retirava-se do casal a autonomia para

²³⁶ Antes da modificação realizada pela Lei n. 6.515/77, era autorizada a modificação para o regime da comunhão universal de bens.

²³⁷ CAHALI, Francisco José. A Súmula n. 377 e o novo Código Civil – a mutabilidade do regime de bens. *Revista do Advogado – AASP*, São Paulo, ano XXIV, n. 76, jun., 2004, p. 29.

²³⁸ No mesmo sentido: WALD, Arnoldo. *Direito de família*. 11. ed., rev., ampl. e atual. com a colaboração do Des. Luiz Murillo Fábregas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 94. Além disso, Rodrigo da Cunha Pereira aponta que “a justificativa feita por vários autores que defendiam o princípio da imutabilidade era o de proteção a mulher. Numa época em que a mulher era mais ‘assujeitada’ ao homem, mudar o regime de bens, poderia significar fraudar a sua meação”. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 294.

²³⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. v.5. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2023, p. 7077, edição do Kindle.

²⁴⁰ Nos dizeres de Pietro Perlingieri, “a família não é titular de um interesse autônomo, superior àquele do pleno e livre desenvolvimento de cada pessoa. Devem ser rejeitadas, portanto, as várias teorias que discorrem sobre o interesse familiar supraindividual, de tipo público ou corporativo”. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 974-975.

²⁴¹ Orlando Gomes, precursor dessa previsão no anteprojeto do atual Código Civil, se posicionava nesse sentido, ao afirmar que: “A imutabilidade de regime de bens é uma segurança para os cônjuges e para terceiros. Todavia, o princípio não é aceito por algumas legislações como a alemã e a sueca.

regulamentar, conforme seus interesses, o estatuto patrimonial que melhor se adequava à realidade, a qual, não raras as vezes, já não mais condizia com a que existia no momento da celebração do casamento.

Nesse sentido, Débora Gozzo²⁴², não obstante reconhecer a necessidade de coibir abusos por parte de quem poderia prejudicar terceiros, já indagava se não estaria o Estado, através do Poder Legislativo, tomando para si uma responsabilidade que não lhe competiria ao definir o que pode ou não ser feito no âmbito privado.

O movimento pela mutabilidade do regime de bens é verificado ao longo do século XX, mormente em virtude de fatores sociais surgidos a partir da Segunda Guerra Mundial, em diversos países da Europa, inclusive cujos ordenamentos decorrem da família romana, como França, Espanha e Itália, aproximando-os dos Códigos Civis alemão e o suíço, que já autorizavam tal modificação desde o início do referido século.²⁴³

Com isso, a alteração legislativa proposta no Código Civil, conforme a redação do § 2º do art. 1.639, foi bem recebida pela sociedade e pela doutrina ao permitir maior flexibilidade e autonomia à sociedade conjugal²⁴⁴. Contudo, em que pese a inegável evolução acerca do tema, ainda assim, arraigado em premissas já superadas no ordenamento jurídico democrático formado pela Constituição de 1988, houve um engessamento quanto ao procedimento para tal desiderato e uma exacerbada interferência estatal, ambos incompatíveis com a família instrumentalizada, como será analisado no presente capítulo.

Não há razão para mantê-lo. [...] A própria lei põe à sua escolha diversos regimes matrimoniais e não impede que combinem disposições próprias de cada qual. [...] Necessário, apenas, que o exercício desse direito seja controlado a fim de impedir a prática de abusos, subordinando-o a certas exigências”. GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 166.

²⁴² GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 3.

²⁴³ GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 24.

²⁴⁴ Ao destacar o maior poder de autorregulação no âmbito familiar, Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues registram que “o atual Código Civil brasileiro alargou o poder de conformação das relações patrimoniais atribuído ao casal ao pôr fim à imutabilidade do regime de bens, possibilitando aos cônjuges promover sua alteração na constância do casamento, mediante os requisitos previstos na legislação”. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A tensão entre ordem pública e autonomia privada no direito de família contemporâneo: da não interferência do Estado na (des)constituição familiar e na comunhão de vida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 95.

2.1. Requisitos legais e procedimento para a modificação justificada do regime de bens no casamento e as preocupações para manutenção da sua judicialização²⁴⁵

Tanto o Código Civil como o Código de Processo Civil arrolam os requisitos para ajuizamento da ação de modificação do regime de bens, quais sejam: i) pedido consensual; ii) comprovação de motivo relevante; iii) autorização judicial; e iv) ressalva dos direitos de terceiros, os quais serão individualmente analisados na sequência.

O procedimento judicial, que pode ser proposto a qualquer momento depois de constituído o casamento²⁴⁶ e quantas vezes desejarem os cônjuges desde que preenchidos os requisitos legais acima²⁴⁷, permite a alteração para qualquer regime de bens. Além dos previstos pelo legislador no Código Civil, poderão realizar uma mescla entre os regimes-tipos ou, ainda, a criação de um atípico e personalizado.²⁴⁸

Além disso, questão que causou controvérsia quando da edição do atual Código Civil envolveu direito intertemporal, no qual se debatia se o princípio da mutabilidade justificada seria aplicável aos casamentos celebrados sob a égide do Código Civil de 1916, ou seja, quando ainda vigorara a irrevogabilidade do regime de bens eleito.

Dita polêmica teve como fundamento o art. 2.039 do atual Código ao prever que “o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil

²⁴⁵ Considerando a omissão legislativa sobre a modificação de regime de bens na união estável, quanto a esta forma de entidade familiar, o estudo será realizado no capítulo seguinte do presente trabalho.

²⁴⁶ Em outros países que autorizam a modificação do regime de bens eleito, como na Argentina com a edição do recente Código Civil e Comercial de 2014, o qual rompeu diversas barreiras para promover a autonomia familiar, a alteração, pela via extrajudicial, apenas pode ser realizada após um ano da celebração do casamento, conforme estabelece o art. 449: “Después de la celebración del matrimonio, el régimen patrimonial puede modificarse por convención de los cónyuges. Esta convención puede ser otorgada después de un año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública. Para que el cambio de régimen produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio. Los acreedores anteriores al cambio de régimen que sufran perjuicios por tal motivo pueden hacerlo declarar inoponible a ellos en el término de un año a contar desde que lo conocieron”. ARGENTINA [Lei 26.994/2014]. *Código Civil y Comercial de la Nación*. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>. Acesso em 22 dez. 2022.

²⁴⁷ Nesse sentido, CAHALI, Francisco José. A Súmula n. 377 e o novo Código Civil – a mutabilidade do regime de bens. *Revista do Advogado – AASP*, São Paulo, ano XXIV, n. 76, jun., 2004, p. 31.

²⁴⁸ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdos*. 2009. 305 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 79.

anterior é por ele estabelecido”. Contudo, a aplicação literal do dispositivo não compactua com preceitos do atual Estado Democrático, dentre os quais, o da igualdade substancial. Não se pode dar tratamento diferenciado para a mesma situação jurídica, no caso, o casamento, pelo simples fator temporal, isto é, de um ter sido celebrado antes de 2003 e, o outro, posteriormente. Ambos são entidades familiares que merecem a mesma proteção do ordenamento.

Para Fabiana Domingues Cardoso, ao que tudo indica, a efetiva preocupação do legislador, quando da previsão do mencionado dispositivo, envolvia os que “seriam atingidos pelo código vindouro que excluía e incluía opções de regime patrimoniais diversos da legislação anterior, *in casu*, o dotal e participação final nos aquestos, respectivamente, ou seja, o texto legal teve como alvo os efeitos do regime e não necessariamente a questão da imutabilidade”.²⁴⁹

Não obstante, atualmente o tema está pacificado na doutrina²⁵⁰ e jurisprudência²⁵¹ acerca da possibilidade de modificação do regime de bens na forma do art. 1.639, § 2º do Código Civil para os casamentos celebrados antes e na vigência da atual legislação.

Outra questão que suscita atenção versa sobre a possibilidade de mudança do regime de bens quando este vigora pela separação obrigatória de bens. Não se olvida que, superadas as hipóteses estabelecidas nos incisos I (inobservância das causas suspensivas) e III (necessidade de suprimento judicial) do art. 1.641 do

²⁴⁹ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdos*. 2009. 305 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 78. No mesmo sentido, inclusive destacando que, por se tratar de pedido conjunto, não há de cogitar ato jurídico perfeito ou direito adquirido que impeça a submissão às novas regras: CAHALI, Francisco José. A Súmula n. 377 e o novo Código Civil – a mutabilidade do regime de bens. *Revista do Advogado – AASP*, São Paulo, ano XXIV, n. 76, jun. 2004, p. 32.

²⁵⁰ Por todos: PEREIRA, Sergio Gischhow. Regime de bens. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (coords.). *Família e sucessões: direito de família patrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais - v.5), p. 456-459. Nesse sentido, foi editado o Enunciado 260 da III Jornada de Direito Civil, o qual estabelece que: “A alteração do regime de bens prevista no §2º do art. 1.639 do Código Civil também é permitida nos casamentos realizados na vigência da legislação anterior”.

²⁵¹ “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”. REsp. 821.807/PR, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 19 out. 2006, publ. 13 nov. 2006. Na mesma linha, destacam-se os seguintes julgados do STJ: REsp 812012/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, julg. 02 dez. 2008, publ. 02 fev. 2009; REsp 730546/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julg. 23 ago. 2005, publ. 03 out. 2005; REsp 821807/PR, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 19 out. 2006, publ. 13 nov. 2006.

Código Civil²⁵², poderá ser promovida a ação judicial para alteração do regime de bens, já que não mais se justificaria tal imposição legal. Contudo, até a recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal²⁵³, a controversa hipótese do inciso II (maior de 70 anos), dada a sua irreversibilidade, não era permitida posterior alteração, pois, caso assim fosse, restaria configurada fraude à lei.²⁵⁴

Em que pese a defesa pela vertente doutrinária que advoga pela inconstitucionalidade do aludido dispositivo restritivo de direitos, a partir da decisão proferida pelo STF torna-se possível aos casais promover a alteração do regime de bens, mediante autorização judicial (casamentos) ou celebração de escritura pública (uniões estáveis), cujos efeitos serão produzidos apenas para o futuro.

Já o Código de Processo Civil de 2015, em total oposição ao movimento de desjudicialização dos procedimentos tão valorado em outros dispositivos do próprio Código, promoveu maior engessamento e burocratização, além de majoração dos custos, ao regulamentar o procedimento judicial. Isso porque, o art. 734 da lei processual, único dispositivo a tratar sobre a demanda, além de repetir o já previsto no art. 1.639, § 2º do Código Civil, igualmente exige a atuação do Ministério Público e a prévia publicação em edital ou meio alternativo de divulgação antes da apreciação do pedido e prolação da sentença.

Proferida sentença de procedência, após todos os trâmites legais, com a autorização judicial para modificação do regime de bens, o seu trânsito em julgado é considerado o termo inicial, em relação ao casal, do novo regime de bens.

Já para garantir a sua eficácia *erga omnes*, caberá aos cônjuges a apresentação do mandado de averbação no Registro Civil de Pessoas Naturais para averbação na certidão de casamento e, na sequência, desta atualizada perante o Registro de Imóveis no domicílio atual e anterior (caso seja distinto) e a averbação

²⁵² Enunciado 262 da III Jornada de Direito Civil: “A obrigatoriedade da separação de bens, nas hipóteses previstas nos incisos I e III do artigo 1.641 do Código Civil, não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs”.

²⁵³ Conforme destacado em oportunidades anteriores, o Pleno do STF reconheceu, ao apreciar o ARE 1309642, a constitucionalidade do art. 1.641, inciso II, CC, contudo, ao interpretá-lo conforme a Constituição sem redução de texto, transformou essa norma cogente em norma dispositiva, e, com isso, passou a ser mais um regime legal supletivo, pois, os nubentes e conviventes podem afastá-lo através de pacto antenupcial ou contrato de convivência.

²⁵⁴ Assim, expôs Rolf Madaleno, antes da decisão do STF, sem descurar pela inconstitucionalidade do referido dispositivo. MADALENO, Rolf. Direito de Família. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 76, edição do Kindle.

nas matrículas de todos os imóveis que cada cônjuge possui, além da Junta Comercial se, ao menos um, for empresário²⁵⁵. Por fim, se efetivada a partilha dos bens existentes em mancomunhão quando da alteração, o registro do formal nas respectivas matrículas dos imóveis partilhados.

Não há dúvidas que a inovação legislativa proposta no Código Civil de 2002 caminha para atender as demandas das famílias contemporâneas. Contudo, a descrição do procedimento para modificação do regime de bens retrata claramente a forte interferência estatal no estatuto patrimonial dos cônjuges, matéria que envolve direito disponível e versa sobre questões ligadas à intimidade e à privacidade do grupo familiar.

Assim, passa-se à análise crítica de cada requisito disposto pelo legislador para o deferimento do pedido, no intuito de demonstrar que nenhum é imune a controvérsias. E, por conseguinte, resulta na inquirição se essa interferência estatal na vida privada dos cônjuges é realmente indispensável ou se, na prática, não causa mais prejuízos ao afrontar preceitos tão caros para o ordenamento jurídico do que promove garantias às partes e terceiros.

2.1.1. Pedido consensual

Por se tratar de demanda de jurisdição voluntária²⁵⁶, o pedido há de ser formulado pelo casal e diferente não poderia ser, sendo despiciendo demandar maior aprofundamento acerca do tema.

Sem sombra de dúvidas, restaria completamente contraditório permitir a modificação unilateral se para a escolha, antes da celebração do casamento, é impositivo o consenso. Até mesmo porque não é difícil presumir que, diante do pedido de modificação por um cônjuge com a resistência de outro, há patente indício de litigiosidade, o que retira a jurisdição voluntária que lhe é inerente. Além

²⁵⁵ Fabiana Domingues Cardoso, no intuito de garantir segurança jurídica, aponta duas possibilidades caso o regime eleito possua regras especiais: “a) se a petição inicial ou a própria sentença homologatória descrever as regras do regime atípico, bastará a averbação de mandado e a transcrição das regras no Registro Civil e o simples registro das regras no Registro Imobiliário do domicílio, e em sendo um dos cônjuges empresário, na Junta Comercial; b) se não constar de forma clara as regras do regime personalizado, deverá ser elaborado um novo pacto”. CARDOSO, Fabiana Domingues. *Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdos*. 2009. 305 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 80.

²⁵⁶ CAHALI, Francisco José. A Súmula n. 377 e o novo Código Civil – a mutabilidade do regime de bens. *Revista do Advogado – AASP*, São Paulo, ano XXIV, n. 76, jun., 2004, p. 29.

disso, demonstra a fragilidade, na prática, da comunhão de vida e da afetividade que regem as relações familiares, sem as quais não mais haveria fundamento no ordenamento para o prolongamento da entidade.

2.1.2. Motivo relevante e a procedência das razões invocadas

O segundo e terceiro requisitos legais envolvem a identificação do motivo relevante (sem especificar quais seriam as causas autorizativas) para a propositura que será julgado (e não apenas homologado) pelo juízo de família, com a participação do Ministério Público.

A exigência legal de motivo relevante, cuja procedência das razões invocadas pelos cônjuges será apreciada pelo Poder Judiciário, traz um critério extremamente abstrato, aberto e com significado abrangente e vago²⁵⁷, posto que cada indivíduo possui uma definição própria do que é relevante para si e que, não necessariamente, será considerado como tal para outrem.

Aqui já se constata a dificuldade causada na prática e, não raras as vezes, a exacerbada interferência estatal, por transferir a terceiro, que não detém o conhecimento necessário sobre as necessidades e desejos daquela entidade familiar, definir o que se enquadra como importante para tais pessoas.

Ao retratar a controvérsia relacionada ao tema, assim lecionam Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Tepedino:

Persiste a controvérsia em torno da motivação dos cônjuges. Enquanto parte da jurisprudência sustenta a necessidade de se avaliar, rigidamente, os motivos indicados pelos cônjuges para a alteração do regime, não sendo possível efetuar a mudança com base em razões simplesmente pessoais, outra corrente afirma que a justificativa dos cônjuges não deve constituir objeto de ampla sindicância. Este último entendimento coaduna-se com a liberdade conferida pelo Código aos cônjuges para a escolha do regime de bens, não se justificando a intervenção do Estado na investigação substancial dos motivos que, em última análise, relacionam-se à comunhão de vida do casal.²⁵⁸

²⁵⁷ CAHALI, Francisco José. A Súmula n. 377 e o novo Código Civil – a mutabilidade do regime de bens. *Revista do Advogado – AASP*, São Paulo, ano XXIV, n. 76, jun., 2004, p. 29.

²⁵⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do direito civil – Vol. 6. Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 104, edição do Kindle.

Em oportunidade anterior, Gustavo Tepedino²⁵⁹ já indicava a controvérsia existente na jurisprudência desde então, com decisões pela necessidade de uma avaliação rígida dos motivos indicados, não bastando razões simplesmente pessoais, e outras. Para o autor, ao coadunar com a liberdade conferida pelo legislador quando da escolha antes da constituição do matrimônio, tal justificativa apresentada não deveria ser objeto de aprofundada sindicância pelo Poder Judiciário.

A título exemplificativo, a 3ª Turma do STJ²⁶⁰, quando instada a se manifestar sobre o pedido de alteração de regime de bens já exigiu, por interpretação do art. 1.639, § 2º, do Código Civil, “justificativas plausíveis e provas concretas de que a alteração do regime de bens eleito para reger o matrimônio não prejudicará nenhum dos cônjuges, nem terceiros interessados”. No entendimento da Turma, a “mera vontade de preservação e individualização dos patrimônios dos cônjuges não configura justo motivo”.

Por outro lado²⁶¹, a 4ª Turma do STJ²⁶², em oportunidade anterior, ao realizar a interpretação do dispositivo legal acima indicado, adotou o entendimento oposto. Asseverou que tal previsão normativa “não exige dos cônjuges justificativas exageradas ou provas concretas do prejuízo na manutenção do regime de bens originário, sob pena de se esquadriñar indevidamente a própria intimidade e a vida privada dos consortes”. A decisão utilizou os seguintes argumentos:

[...] o direito de família há de observar uma principiologia de "intervenção mínima", mostrando-se deveras necessária a contenção de índole constitucional nessa seara normativa que sempre transita muito próximo a bens especialmente protegidos pela Constituição - como a intimidade e a vida privada -, erguidos como elementos constitutivos

²⁵⁹ TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre o regime de bens no novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v. 2, 2008, p. 5. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/186.pdf>. Acesso em 07 mai. 2023.

²⁶⁰ REsp 1427639/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 10 mar. 2015, publ. 16 mar. 2015.

²⁶¹ Vale o registro da crítica proposta por Luiz Edson Fachin quanto à “ausência de jurisprudência e consequente falta de segurança jurídica em temas amadurecidos, mas que ainda não se encontram pacificados dentro dos tribunais”. FACHIN, Luiz Edson. No direito de família, doutrina e jurisprudência vivem união instável. *Migalhas*. 1 fev. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-01/processo-familiar-direito-familia-doutrina-jurisprudencia-uniao-instavel>. Acesso em 07 mai. 2023.

²⁶² REsp 1119462/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 26 fev. 2013, publ. 12 mar. 2013. No mesmo sentido, REsp 1947749/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 14 set. 2021, publ. 16 set. 2021 e REsp 1904498/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 04 mai. 2021, publ. 06 mai. 2021.

do refúgio impenetrável da pessoa e que, por isso mesmo, podem ser opostos à coletividade e ao próprio Estado.

Nessa linha de raciocínio, o casamento há de ser visto como uma manifestação vicejante da liberdade dos consortes na escolha do modo pelo qual será conduzida a vida em comum, liberdade essa que se harmoniza com o fato de que a intimidade e a vida privada são invioláveis e exercidas, na generalidade das vezes, em um recôndito espaço privado também erguido pelo ordenamento jurídico à condição de “asilo inviolável”.

O segundo entendimento se revela compatível com os preceitos esculpidos no atual ordenamento jurídico. Ao garantir a mínima interferência estatal em relações familiares que, a princípio, inexistem vulnerações²⁶³ concretamente verificadas²⁶⁴, além de envolver exclusivamente direitos disponíveis (patrimoniais), promove o princípio da autonomia privada.

E não apenas nos tribunais é constatada a controvérsia. Enquanto os autores acima defendem a ausência de avaliação rígida dos motivos, por outro lado, Paulo Lôbo sustenta que “a motivação deverá ser relevante, com justificativa que não radique apenas no desejo dos cônjuges”. Prossegue acerca da necessidade de o Poder Judiciário, no momento da análise de ditas razões, “levar em conta as idades e a natural imaturidade dos cônjuges ao se casarem, quando as pessoas não dispõem de informações suficientes para tomada de decisão que determina tão fortemente o futuro do casal”.²⁶⁵

²⁶³ Ao se referir no presente trabalho à vulnerabilidade não se está tratando desta como condição ontológica do ser humano, mas sim das pessoas vulneradas, isto é, aquelas que, no caso concreto, “se encontram em situação de desigualdade, por força de circunstâncias que potencializem sua vulnerabilidade” e, para sua proteção demandam tutela específica (concreta) “como forma de assegurar a igualdade e a liberdade, expressões por excelência da dignidade humana”. BARBOZA, Heloisa Helena Gomes; ALMEIDA, Vitor. A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (org.). *Da dogmática à efetividade do direito civil – Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional (IV Congresso do IBDCIVIL)*, v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 39-40.

²⁶⁴ Ressalve-se que não envolve a vulnerabilidade de gênero, essa inerente nas relações heteroafetivas e imposta pela própria sociedade nas diversas espécies de relações jurídicas. Nesse sentido, importante destacar o Protocolo para Julgamento com Perspectiva Gênero do CNJ elaborado pelo grupo de trabalho instituído pela Portaria CNJ n. 27/2021 ao demonstrar que o “conceito de gênero permite ir além, expondo como essas diferenças são muitas vezes reprodutoras de hierarquias sociais. Isso porque, em muitos casos, aos homens são atribuídos características e papéis mais valorizados, enquanto às mulheres são atribuídos papéis e características menos valorizados, o que tem impactos importantes na forma como as relações sociais desiguais se estruturam”. CNJ. Portaria n. 27 de 02 de fevereiro de 2021. Brasília: CNJ, 2021, p. 17. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em 29 jan. 2024.

²⁶⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias* v. 5. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2023, p. 7087, edição do Kindle

Uma das principais justificativas utilizadas por quem legitima dito requisito repousa na necessidade de a motivação ser analisada pelo juízo familiar para o fim de certificar a inexistência de qualquer prejuízo aos próprios cônjuges, isto é, como forma de evitar que um deles possa abusar da boa-fé do outro.

Contudo, esse fundamento permanece extremamente arraigado em preceitos há muito superados com a promulgação da Constituição Federal de 1988, além de subverter por completo as bases do ordenamento jurídico pátrio, em que a má-fé passaria a ser presumida e a boa-fé haveria de ser comprovada pelos cônjuges.

Com todas as vênias, a atual sociedade contemporânea não mais comporta tamanha intromissão na esfera privada do casal. Como advoga Francisco Cahali, “ao invés de invadir a privacidade e intimidade das relações patrimoniais do casal no plano subjetivo, ao ponto de se questionar a adequação, conveniência ou acerto da decisão, deve-se voltar a atenção na legitimidade da pretensão, e no resultado útil da modificação proposta, verificada a repercussão na esfera jurídica dos interessados, preservando, como referido, os legítimos interesses da família”.²⁶⁶

Conclui-se que essa exigência é a que mais atinge o princípio da autonomia privada conjugal²⁶⁷, ao desrespeitar os direitos constitucionais da intimidade e da privacidade.

Em que pese a exigência de expor os motivos já contrarie a intimidade do casal, ainda há a necessidade de comprovar ao Poder Judiciário que esse motivo justifica a alteração²⁶⁸. Percebe-se que não se trata de mera homologação do pedido formulado, mas sim da realização de um juízo de valor pelo Poder Judiciário acerca do referido pleito para proferir decisão de mérito²⁶⁹. O fundamento para tal exigência envolve a apuração dos demais requisitos – motivo justo e ressalva dos direitos de terceiros – ratificando uma ingerência estatal desnecessária.

²⁶⁶ CAHALI, Francisco José. A Súmula n. 377 e o novo Código Civil – a mutabilidade do regime de bens. *Revista do Advogado – AASP*, São Paulo, ano XXIV, n. 76, jun., 2004, p. 29.

²⁶⁷ ANDRADE, Clarissa Langer de; GHILARDI, Dóris. O procedimento de alteração do regime de bens do casamento: estudo crítico e propositivo. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 11, n. 1, 2022, p. 13. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-procedimento-de-alteracao/>>. Acesso em 26 dez. 2022.

²⁶⁸ O dispositivo do Código Civil de 2002 estabelece que caberá ao Juízo da ação o exercício de apurar “a procedência das razões invocadas”, ou seja, de investigar os motivos expostos, realizando um juízo de valor.

²⁶⁹ CAHALI, Francisco José. A Súmula n. 377 e o novo Código Civil – a mutabilidade do regime de bens. *Revista do Advogado – AASP*, São Paulo, ano XXIV, n. 76, jun., 2004, p. 30.

Para melhor compreensão da amplitude e da forte atuação Estatal, Carolina Ducci Maia Barcelos discrimina todos os atos que serão submetidos à análise do Juízo de Família na referida demanda:

E, sendo necessária uma ação, ficará a critério de um juiz analisar se referido casal poderá alterar suas regras patrimoniais, ou seja, se o motivo apresentado pelos cônjuges configura motivo ‘justo’. Após a análise dos documentos apresentados, o juiz vai verificar se efetivamente estão sendo resguardados os direitos de terceiros. Ainda, vai decidir como serão dirimidas as novas regras, eventualmente autorizando ou não a partilha de bens e, até mesmo, a lavratura de um pacto ‘pós-nupcial’. Por fim, o juiz vai definir a partir de quando as regras vão vigor, sobre quais bens, etc.²⁷⁰

A carga de subjetividade desta disposição demonstra a insegurança a que são submetidos os requerentes nessa modalidade de ação judicial, pois decisões díspares são proferidas em casos similares. Afinal, como pode um terceiro que não vive aquela relação conjugal ter conhecimento suficiente da intimidade para compreender quais razões justificam ou não o pedido e definir as demais questões acima indicadas?

Além do mais, ressalta Renata Vilela Multedo que “a derrubada do dogma da subsunção, se não significou a consagração do arbítrio, impôs um limite interno, metodológico – a exigência de fundamentação argumentativa da decisão”²⁷¹. Detém, portanto, o juiz a responsabilidade de trazer ao processo a sua escolha na decisão, construída a partir do conjunto de princípios constitucionais, e não apenas uma regra isoladamente considerada²⁷². Garante-se, dessa forma, o contraditório e a ampla defesa pelas partes, já que o intérprete se encontra vinculado a ordem jurídica, impedido de julgar meramente conforme a sua consciência.

Com isso, no intuito de conferir alguma objetividade na apreciação do pedido pelo juízo de família, o autor Francisco José Cahali estabelece parâmetros à atuação do Poder Judiciário, que “se limitará à constatação da real intenção das

²⁷⁰ BARCELOS, Carolina Ducci Maia. A possibilidade de alteração dos regimes de bens do casamento por meio de pacto pós-nupcial – alternativas à atual forma de alteração de regime de bens do casamento. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório* – Tomo III. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 370.

²⁷¹ MULTEDO, Renata Vilela. *A intervenção do Estado nas relações de família: limites e regulação*. 2016. 276 f. Tese – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 65.

²⁷² TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; e ALMEIDA, Vitor (coord.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 25-26.

partes, livres de qualquer induzimento, constrangimento, vício ou engano na decisão”.²⁷³

Considerando que o pedido de alteração em muito se assemelha a um pacto conjugal, o qual regulamentará o novo estatuto patrimonial, tendo a natureza, como tratado no capítulo anterior, de negócio jurídico de direito de família²⁷⁴, a apreciação do Poder Judiciário se limitará exclusivamente aos aspectos da validade, isto é, se presente algum vício que possa macular a vontade expressa pelos cônjuges, sem, contudo, adentrar nas razões daquele conteúdo, matéria essa adstrita ao convívio privado familiar.

Não se pode olvidar que o pedido de modificação do regime de bens versa sobre direitos disponíveis e é feito consensualmente pelos cônjuges – pessoas plenamente capazes²⁷⁵ –, sendo esses os mais aptos e com a melhor consciência sobre a realidade familiar para ponderarem se a mudança é benéfica, valoração essa que parece exceder aos limites da atividade judicante.

Por essas razões, em que pese ainda existirem decisões contrárias, simplesmente indeferindo por ausência de justo motivo, sem a devida fundamentação do que então seria o “justo” na concepção do julgador, a autonomia dos cônjuges deve ser suficiente para embasar o pedido, sem impor barreiras excessivas.

2.1.3. Preservação dos direitos de terceiros de boa-fé

O último requisito disposto no Código Civil envolve a ressalva dos direitos de terceiros. Pautado no princípio da boa-fé objetiva²⁷⁶, corolário do Estado

²⁷³ CAHALI, Francisco José. A Súmula n. 377 e o novo Código Civil – a mutabilidade do regime de bens. *Revista do Advogado – AASP*, São Paulo, ano XXIV, n. 76, jun., 2004, p. 30.

²⁷⁴ Cite-se, novamente, GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 34.

²⁷⁵ Como já destacado, diante da modificação realizada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015) no que tange o regime das incapacidades, não há vedação quanto à modificação do regime de bens pelo simples fato de ser a pessoa com deficiência mental ou intelectual. É necessária a presença, devidamente comprovada no caso concreto, de algum vício que macule o ato. Nesse sentido: ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 209-210 e BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. O direito de constituir família da pessoa com deficiência intelectual: requisitos e limites. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (coord). *Cuidado e o direito de ser: respeito e compromisso*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018, p. 234-235.

²⁷⁶ A aplicação do princípio da boa-fé objetiva nas relações familiares será estudada em tópico específico no próximo capítulo.

Democrático de Direito, diferente não poderia prever o legislador. Logicamente, o ordenamento jurídico não tolera qualquer ato ou negócio jurídico que tenha como objetivo prejudicar e lesar terceiros de boa-fé, estes entendidos como os que possam ter, indevidamente, seu patrimônio ou créditos atingidos com a modificação do regime de bens.

Assim, a discussão sobre o tema não repousa na ausência de preocupação pela preservação do legítimo direito e interesse de terceiros de boa-fé, mas sim pela utilização de uma interpretação²⁷⁷ que subverte por completo preceitos basilares do atual ordenamento e pela equivocada transferência de matéria atinente ao plano da eficácia para o da validade.

O primeiro problema surge quando a parte final do art. 1.639, § 2º, do Código Civil – “ressalvados direitos de terceiros” – é aplicada pelos operadores do direito como sendo uma exigência legal aos cônjuges para comprovação de que estão agindo de boa-fé, não resultando o ato em prejuízo a terceiros com quem possuam relações jurídicas. Em síntese, a má-fé dos cônjuges passa a ser presumida no lugar da boa-fé.

Na prática dos tribunais, comumente são exigidas inúmeras certidões para demonstrar a inexistência de ações propostas por credores ou protestos de títulos, bem como a relação pormenorizada de todo o patrimônio que integra a família, como imóveis, veículos, extratos bancários e de aplicações financeiras, além dos valores atribuídos a cada bem, simplesmente promovendo uma devassa na vida patrimonial daquela entidade familiar. As referidas exigências, não se pode olvidar, resultam na imposição de um ônus probatório difícil aos requerentes, se não impossível em muitos casos. Com isso, a mera existência de um credor já acarreta, por si só, obstáculos para o deferimento do pedido e, por conseguinte, promove o desestímulo na propositura de novas demandas, até mesmo em virtude do elevado

²⁷⁷ “A permanência, se não a sobrevivência, do Código Civil no que tange às relações familiares e sucessórias, se deve quase que exclusivamente ao incansável e dedicado trabalho dos doutrinadores e dos tribunais, que incessantemente buscam conformá-lo à legalidade constitucional”. BARBOZA, Heloisa Helena Gomes; ALMEIDA, Vitor. A disciplina do direito de famílias e das sucessões no Código Civil de 2002: reflexões à luz dos princípios constitucionais. In: BARBOZA, Heloisa Helena (Org.). *20 anos do Código Civil: perspectivas presentes e futuras*. Rio de Janeiro: Processo, 2022, p. 506.

custo decorrente da obtenção de inúmeras certidões exigidas²⁷⁸ para tal desiderato e da publicação em editais.

Para melhor exemplificar o exorbitante rol de documentos e informações impostos aos cônjuges a fim de que seja recebida a peça inicial, cabe trazer à baila decisão proferida pelo STJ, no ano de 2023, em sede de Agravo em Recurso Especial que conheceu “do agravo para dar provimento ao recurso especial e eximir os agravantes de emendar a petição inicial com a juntada de informações e documentos relacionados ao seu patrimônio”.²⁷⁹

Por outro lado, em caso análogo, no ano de 2020, a Corte Superior negou provimento ao Recurso Especial interposto sob o fundamento do Enunciado da Súmula n. 7 do referido STJ, o qual, da mesma forma que o anterior, requeria a dispensa da apresentação de extenso rol de documentos e informações dos cônjuges para apreciação do pedido pelo Tribunal de origem.²⁸⁰

E, sobre esse requisito específico, Rolf Madaleno justifica a desnecessidade de aprofundamento na averiguação das dívidas do casal, “porquanto a futura alteração do regime de bens só produzirá efeitos futuros (*ex nunc*), posteriores à

²⁷⁸ Ao reconhecer o elevado ônus imposto aos requerentes de terem que provar a sua boa-fé, a doutrina destaca que caberá aos próprios “providenciar as devidas certidões, indicativas da (in)existência de dívidas, de ações judiciais, de protestos, a fim de que o juiz possa constatar que não está diante de tentativa de fraude a credores”. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 259.

²⁷⁹ Na decisão proferida pelo Min. Marco Aurélio Bellizze são elencados os documentos e informações exigidos pelo tribunal de origem, quais sejam, “Na espécie, as conclusões do Tribunal de origem de que é exigível a juntada de ‘7-descrição dos bens móveis (veículos, poupança, aplicações financeiras, etc); 8- imóveis adquiridos antes do casamento e na sua constância, acompanhada da documentação comprobatória de titularidade (certificado de registro e licenciamento de veículos); 9- extratos de conta corrente, poupança, aplicações financeiras, ficha atualizada da matrícula de bem imóvel, etc); 10-atribuição de valor aos bens (valor venal no caso dos imóveis);’ (e-STJ, fls. 614-615)”. AREsp 2285988/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 18 mai. 2023, publ. 19 mai. 2023.

²⁸⁰ Neste caso, “O Juízo de origem determinou que ora os recorrentes emendassem a inicial juntando cópia da ‘...certidão de casamento recente; certidões, em nome de ambos, junto aos Distribuidores Cíveis e Criminais - Estadual e Federal -; aos Cartórios de Protesto; negativa de débito de tributos e contribuições federais, estaduais e municipais; cópia do instrumento de constituição das sociedades e respectivas alterações; ficha de breve relato das sociedades junto a JUCESP, em via atualizada; descrição dos bens móveis (veículos, poupança, aplicações financeiras, etc) e imóveis adquiridos antes do casamento e na sua constância, acompanhada da documentação comprobatória de titularidade (certificado de registro e licenciamento de veículos, extratos de conta corrente, poupança, aplicações financeiras, fichas 'atualizada da matrícula de bens imóvel, etc); atribuição de valor aos bens (valor venal no caso dos imóveis); retificação do valor atribuído à causa, que deve corresponder ao monte-mor; e complementação das custas (Lei Estadual nº 11.608/03).’ (fls. 23). (fl. 33, e-STJ)”. REsp 1610829/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, julg. 30 nov. 2020, publ. 02 dez. 2020.

alteração do regime patrimonial”²⁸¹, entendimento esse prevalente no Superior Tribunal de Justiça.²⁸²

Nesta toada, ressalta a doutrina:

Tal proteção decorre, também, da eficácia prospectiva da alteração em relação a terceiro, já que a mudança de regime de bens valerá apenas para o futuro, não prejudicando atos perfeitos. Ou seja, mesmo que a modificação do regime patrimonial seja prejudicial a credores do casal, os terceiros de boa-fé estão blindados de qualquer efeito nocivo decorrente da alteração do regime patrimonial.

Com essa ressalva legal, mesmo que os cônjuges pretendam lesionar terceiros, a ineficácia da alteração do regime em relação a esses frustrará seu intento, perante os quais permanecerá valendo a disposição anterior.²⁸³

A segunda crítica relacionada à aplicação da parte final do dispositivo ora analisado funda-se na injustificada transferência de matéria pertencente ao campo da eficácia para o da validade dos negócios jurídicos. Inclusive, essa transição é verificada na redação do Enunciado n. 113 da I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal²⁸⁴ que condiciona a apreciação do pedido à “perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza”.

Indaga-se, portanto, se o risco de eventual prejuízo a terceiro pode ser a justificativa para o indeferimento do pedido formulado pelos cônjuges ou, na realidade, se a aludida modificação terá como consequência a não produção de efeitos para esse terceiro lesado.

Há, na verdade, uma equivocada interpretação do dispositivo legal pela jurisprudência²⁸⁵ com a improcedência do pedido de alteração por eventual ou

²⁸¹ MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 773.

²⁸² Nesse sentido, REsp 1.300.036/MT, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 13 mai. 2014, publ. 20 mai. 2014; REsp 1.533.179/RS. 3ª Turma. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 08 set. 2015, publ. 23 set. 2015; e REsp 1.379.728/SP. 4ª Turma. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julg. 08 ago. 2017, publ. 21 ago. 2017.

²⁸³ ANDRADE, Clarissa Langer de; GHILARDI, Dóris. O procedimento de alteração do regime de bens do casamento: estudo crítico e propositivo. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 11, n. 1, 2022, p. 15. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-procedimento-de-alteracao/>>. Acesso em 26 dez. 2022.

²⁸⁴ Segue a íntegra do referido Enunciado: “É admissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade”.

²⁸⁵ Para corroborar tal posicionamento adotado pelo STJ, registra-se que no EAREsp 1941961/PR, de relatoria da Min. Nancy Andrighi, os Embargos de Divergência sobre o tema em comento foram liminarmente indeferidos, por “manifestamente inadmissíveis” sob o fundamento de ter o acórdão embargado firmado “a convicção de que seria inaceitável a alteração do regime de bens do casamento mantido pelos embargantes ao fundamento de que, conforme apurado nas instâncias ordinárias, soberanas no exame dos fatos e das provas, havia risco concreto aos direitos de terceiros”. EAREsp 1941961/PR, 2ª Seção, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 05 out. 2022, publ. 27 out. 2022.

efetivo prejuízo a terceiro. A “lei não fulmina de nulidade a alteração do regime de bens que resultar em prejuízo para terceiros”²⁸⁶, mas sim deriva numa ineficácia relativa quanto aquele, ante a não oponibilidade dos efeitos gerados ao credor afetado.

Francisco José Cahali adota idêntico entendimento, posicionando-se pela possibilidade de modificação do regime, o qual apenas será ineficaz em relação ao terceiro prejudicado:

A modificação, para terceiros que haviam contratado com base no regime de bens anterior, é ineficaz, deixando, pois, de produzir efeitos independente 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 independente da solução do conflito com determinado contratante, para os cônjuges e novas relações, permanece íntegra a modificação efetivada.²⁸⁷

Além disso, caso se entendesse no âmbito de validade do pedido a ressalva de direito de terceiros, como, de fato, é feito pelos Tribunais²⁸⁸, demandar-se-ia ampla dilação probatória para aferir se, em concreto, o terceiro estaria sendo prejudicado. Medida essa que não se coaduna com o procedimento de jurisdição voluntária.

Atualmente, pela análise dos recentes julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, indicados alhures, a proteção de terceiros é o principal argumento para manutenção do procedimento na via judicial. Contudo, se esses não são atingidos pela alteração do regime, ao realizar a ponderação dos princípios incidentes, indaga-se por qual razão se justifica essa interferência tão direta e forte sobre questões de foro íntimo da família e de cunho eminentemente patrimonial.

2.2. Efeitos da alteração do regime de bens

²⁸⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 260-261.

²⁸⁷ CAHALI, Francisco José. A Súmula n. 377 e o novo Código Civil – a mutabilidade do regime de bens. *Revista do Advogado – AASP*, São Paulo, ano XXIV, n. 76, jun., 2004, p. 31.

²⁸⁸ Nesse sentido, AREsp 2326346/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 26 jun. 2023, publ. 27 jun. 2023, AREsp 1778478/SC, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, julg. 31 mai. 2019, publ. 02 jun. 2019; AREsp 1541785/DF, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, jul. 30 nov. 2019, publ. 03 dez. 2019; e AREsp 1403944/SC, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 26 mar. 2019, publ. 27 mar. 2019.

A modificação do regime de bens é um sucedâneo do pacto antenupcial, de modo que as mesmas disposições autorizadas quando da sua lavratura são permitidas no momento da formulação do pedido judicial de alteração. Com isso, idêntico ao pacto, há a possibilidade de os cônjuges escolherem o regime que melhor se adequa àquela família, “não estando adstritos, sequer à adoção de um dos tipos, tal como se acham definidos em lei, eis que podem combiná-los, formando um regime misto, uma vez respeitadas as disposições legais de ordem pública”.²⁸⁹

E os efeitos dessa modificação são inúmeros e atingem diversos ramos do Direito Civil, o que demanda a adoção de medidas práticas no intuito de buscar maior segurança jurídica tanto nas relações familiares como as com terceiros.

Dentre esses, apenas registra-se a discussão quanto aos efeitos decorrentes da alteração do regime atinente aos bens já existentes²⁹⁰, isto é, se sobre esses poderá o casal atribuir regime diferenciado do que antes vigorava, ao promover uma regulação nova desse patrimônio.

Ademais, em que pese a seara sucessória não ser objeto de estudo do presente trabalho, não há como ignorar os impactos diretos que provocará. A relevância conferida pelo legislador ao regime de bens na concorrência sucessória do cônjuge (e convivente) com os descendentes na legítima²⁹¹, reclama que sejam reprovadas pelo ordenamento jurídico modificações feitas com o propósito de prejudicar a legítima de algum herdeiro necessário. Exemplo rotineiro envolve os casos em que o casal altera o regime para dolosamente prejudicar a legítima de filho de apenas um deles nascido de outra relação.

Por isso, doutrina abalizada ressalva que “deverão ser observados e respeitados os efeitos sucessórios atinentes a cada regime patrimonial escolhido

²⁸⁹ GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 165.

²⁹⁰ A retroatividade dos efeitos decorrentes da modificação do regime de bens, tanto no casamento como na união estável, será estudada em tópico específico no capítulo seguinte, cabendo, neste momento, apenas registrar essa discussão no intuito de demonstrar os inúmeros impactos causados por esse instituto.

²⁹¹ Refere-se ao inciso I do art. 1.829 do Código Civil que, a depender do regime de bens, permite a concorrência da sucessão legítima entre o cônjuge e os descendentes do autor da herança. Como já apontado anteriormente, diante da declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil pelo STF, quando do julgamento dos RE 878.694 e 646.721, aplica-se o mesmo regime sucessório ao convivente.

pelos consortes, tendo em vista não ser admitida a alteração do regime de bens com o objetivo de fraudar as regras de sucessão”.²⁹²

No intuito apenas de promover uma sistematização do estudo, adota-se a tradicional divisão de Orlando Gomes²⁹³ entre regimes comunitários e não comunitários, sendo aqueles formados pelos regimes da comunhão universal e das diversas formas da parcial de bens, enquanto estes pelo regime da separação de bens, tanto a obrigatória como a convencional e, com as devidas cautelas, o da participação final nos aquestos²⁹⁴. Não obstante, convém ressaltar, como apontado anteriormente, que em todos os regimes de bens há a possibilidade de formação tanto de patrimônio comum como particular, apenas variando a amplitude de cada grupo.

2.2.1. Modificação para os regimes comunitários

Independentemente do regime anterior, com a alteração para a comunhão universal de bens, por força do art. 1.667 do Código Civil, todos os bens presentes e futuros dos cônjuges passam a integrar o patrimônio comum. Bastará, neste caso e havendo bens imóveis, promover a averbação da alteração do regime de bens na respectiva matrícula do registro de imóveis e, sendo, ao menos um dos cônjuges, empresário, o arquivamento do ato na competente junta comercial.

Excepcionalmente, apenas não integrarão a mancomunhão, também por expressa previsão legal, os bens existentes no momento da alteração do regime que se enquadrem no rol taxativo do art. 1.668 do Código Civil, notadamente os doados ou herdados com cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar, bem como os gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva.

²⁹² TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 262.

²⁹³ GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 169.

²⁹⁴ Diante das peculiaridades do regime da participação final nos aquestos já tratada, alguns autores o enquadram como um terceiro tipo, denominado “participacionista”. RANGEL, Rafael Calmon. *Manual de partilha de bens: na separação, no divórcio e na dissolução da união estável – aspectos materiais e processuais*. 3. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 211, edição do Kindle. Por não ter expressiva utilização no Brasil, apenas para fins didáticos, este fora enquadrado, no trabalho, como não comunitário.

Diante da própria característica inerente a esse tipo de regime de bens, conclui-se desde já a automática retroatividade dos efeitos decorrentes da alteração, sob pena de desvirtuamento do próprio regime de bens. Aliás, o STJ já teve oportunidade de apreciar caso similar, em que afirmou ser a retroatividade “corolário lógico do ato se o novo regime for o da comunhão universal, pois a comunicação de todos os bens dos cônjuges, presentes e futuros, é pressuposto da universalidade da comunhão, conforme determina o art. 1.667 do Código Civil de 2002”.²⁹⁵

Ressalva-se apenas eventuais direitos de terceiros que possam vir a ser lesados com a retroatividade dos efeitos. Comprovado o prejuízo²⁹⁶, será ineficaz a alteração em relação ao mencionado credor, incidindo sobre o patrimônio as regras do regime de bens anteriormente em vigor.

Já em relação à modificação para o regime da comunhão parcial de bens, o qual tem como premissa legal a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da relação conjugal, como regra, os bens manterão a sua natureza. Se comuns assim permanecerão e, se particulares, continuarão apenas integrando o patrimônio do seu titular. Para tanto, basta promover as averbações nos órgãos competentes.

Na hipótese de haver o interesse em modificar a natureza do bem, como, por exemplo, tornar um bem particular em comum, aplicar-se-ão as regras previstas no direito dos contratos, notadamente relativas à compra e venda (art. 499, CC), doação (art. 544, CC) ou permuta (art. 533, CC).

2.2.2. Modificação para os regimes não comunitários

Na mudança para regimes não comunitários, os bens que já integram o patrimônio particular de algum dos cônjuges assim permanecerão, sendo apenas necessário, caso imóveis, realizar a averbação da alteração do regime de bens na

²⁹⁵ REsp 1671422/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, julg. 25 abr. 2023, publ. 30 mai. 2023.

²⁹⁶ Tal matéria será mais detidamente analisada no capítulo terceiro, mas apenas para fins de elucidação é possível formular a seguinte situação em que o terceiro alega ser credor de apenas um dos cônjuges – o qual detém quase a integralidade da massa patrimonial ativa – e com a mudança para o regime da comunhão universal de bens, reduzirá o patrimônio pela metade, ante a formação da mancomunhão.

respectiva matrícula e, ao menos um, empresário, o arquivamento do ato na junta comercial.

Por outro lado, em relação aos bens comuns, pertencentes à mancomunhão, para que esses passem a ser regidos pelo condomínio comum do direito civil, além de averbar a modificação do regime de bens, fundamental a partilha do aludido patrimônio, mediante a apresentação de título hábil nos órgãos competentes.

Neste caso específico, não há que se falar em imediata transmissão do bem comum, através de doação ou compra e venda, já que se encontram em estado de indivisibilidade, como tratado no item 1.1.1 supra a qual se reporta.

Portanto, até que seja concretizada dita partilha – repise-se que na alteração do regime de bens inexistente a separação de fato, para configurar a quebra do *affectio maritalis*, e tampouco a dissolução do vínculo conjugal pelo divórcio –, os bens permanecerão em estado de “mão comum”, aplicando-se as regras matrimoniais da comunicabilidade do patrimônio prevista na legislação, considerando o regime de bens anteriormente em vigor.

A modificação também poderá ser realizada para a adoção do regime da participação final nos aquestos, com a realização da partilha dos bens comuns e particulares. Quanto a estes últimos, é necessária a definição se ocorre a título gratuito ou oneroso para verificação se deverão ser levados ao monte final quando da dissolução da sociedade conjugal (para apuração e divisão dos aquestos).

2.3. A necessidade de partilha na modificação para regimes não comunitários

Diante do silêncio do legislador sobre o tema, presume-se que a partilha dos bens no momento que formulado o pedido de alteração do regime de bens envolve mera faculdade dos cônjuges. Aliás, já foi reconhecida a sua possibilidade pela jurisprudência do STJ²⁹⁷, “desde que não acarrete prejuízo para eles próprios e resguardado o direito de terceiros”, ao reformar acórdão proferido pelo Tribunal de origem que não autorizou o pedido de partilha por não se tratar de dissolução do vínculo conjugal.

²⁹⁷ REsp 1533179/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 08 set. 2015, publ. 23 set. 2015.

Pautada no princípio da mínima interferência estatal nas relações familiares e da prevalência da autonomia privada quando ausentes pessoas vulneradas e desde que não violadora de normas de ordem pública, a Corte Superior assim fundamentou a referida decisão:

Existe hoje um novo modelo de regras para o casamento, em que a autonomia da vontade dos nubentes, quanto aos seus bens, é percebida em sua mais ampla acepção, e a única ressalva apontada na legislação diz respeito a terceiros, ao dispor o § 2º do art. 1.639 do CC de 2002, de forma categórica, que os direitos destes não serão prejudicados pela alteração do regime de bens.

Como a própria lei resguarda os direitos de terceiros, não há por que o julgador criar obstáculos à livre decisão do casal sobre o que melhor atenda a seus interesses, razão pela qual, no caso, não vislumbro nenhum óbice legal que impeça a partilha dos bens adquiridos sob o regime anterior, de comunhão parcial, diante de sua mudança para separação total, notadamente quando o pedido decorre da expressa manifestação de vontade dos cônjuges.²⁹⁸

Ocorre que, mais do que uma mera faculdade, compreende-se ser indispensável a prática de tal ato no momento da alteração²⁹⁹ quando para um regime não comunitário. Evita-se confusão patrimonial e permite melhor administração do patrimônio que caberá a cada cônjuge.³⁰⁰

Não é por demais lembrar, como tratado no primeiro capítulo, que enquanto não realizada a partilha, o patrimônio comum permanece em mancomunhão que

não confere direitos reais e nem é um direito real, mas uma situação jurídica surgida como um efeito da incidência das normas dos regimes comunitários de bens, responsável por inserir o patrimônio comum – visto em seu sentido técnico-jurídico, de universalidade de direito – em um estado jurídico específico, cuja dissolução se operará somente a partir do desfazimento oficial da entidade familiar que lhe subjaz, com a respectiva partilha (jurídica), a qual possibilitará que cada um dos mancomunheiros obtenha suas respectivas meações sobre os bens componentes desse acervo singularmente considerados.³⁰¹

²⁹⁸ REsp 1533179/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 08 set. 2015, publ. 23 set. 2015.

²⁹⁹ No mesmo sentido pela sua indispensabilidade a depender do regime de bens eleito, DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 14. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodvim, 2021, p. 720.

³⁰⁰ Assim defende Paulo Lôbo: “a alteração convencional da comunhão universal, inclusive para os que a ele se submeteram antes de 1977, quando foi substituída pela comunhão parcial, como regime legal dispositivo, somente poderá ser autorizada pelo juiz após a divisão do passivo e do ativo, para ressalva dos direitos de terceiros (CC, art. 1.671)”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias* v. 5. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2023, p. 7108, edição do Kindle.

³⁰¹ RANGEL, Rafael Calmon. *Manual de partilha de bens: na separação, no divórcio e na dissolução da união estável - aspectos materiais e processuais*. 3. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 184, edição do Kindle.

Basta considerar, em caso hipotético, a alteração do regime da comunhão universal de bens para o da separação, sem a realização da partilha. Até que haja a dissolução da sociedade conjugal – o que pode levar décadas – os bens permanecerão em mancomunhão. Esse cenário não causa apenas dificuldades quando concretizada a dissolução, mormente para apuração do valor à época da alteração para fixar a meação³⁰², mas igualmente, no seu transcurso quanto à administração, aos frutos decorrentes desses bens sob o novo regime marital e à divisão do produto auferido em caso de alienação.

Além disso, a permanência no estado de indivisibilidade, além de resultar em eventual confusão patrimonial e prejudicar a esmerada divisão no futuro do patrimônio amealhado, facilita a prática de atos fraudatórios. Rolf Madaleno, ao tratar do tema sob o viés da fraude na partilha, destaca a relevância em promover a partilha na modificação do regime de bens:

Sob o risco de convalidar a fraude, toda a modificação de um regime econômico de comunicação de bens idealizado para restringir direitos, pressupõe a prévia liquidação do regime anterior a correlata divisão do patrimônio amealhado e comunicável, pela aplicação automática à união estável do regime da comunhão parcial, quando ausente precedente contrato escrito.³⁰³

Tal importância afere-se ainda mais quando existente(s) bem(ns) imóvel(is) integrantes do patrimônio comum, já que a partilha promoverá a divisão e deverá ser registrada na respectiva matrícula do registro de imóveis competente a fim de produzir efeitos de disponibilidade e oponibilidade *erga omnes*.³⁰⁴

Para tanto, caberá ao casal apresentar no registro de imóveis o título hábil (formal de partilha), que conterà, além do termo de partilha, com a minuciosa descrição dos bens partilhados e a qualificação completa dos cônjuges ou

³⁰² O STJ já foi instado a se manifestar em caso similar e, não obstante ter aplicado a Súmula n. 7 da Corte Superior para não conhecer o recurso, registrou no acórdão que o Tribunal de origem reconheceu a necessidade de serem partilhados os bens adquiridos na vigência do regime da comunhão parcial de bens, devendo ser considerada a data do trânsito em julgado da ação que deferiu o pedido de alteração para o da separação de bens para apuração do montante. AREsp 1638662/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, julg. 31 mai. 2020, publ. 02 jun. 2020.

³⁰³ MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 784, edição do Kindle.

³⁰⁴ Em atenção ao art. 172 da Lei n. 6.015/73, ora transcrito: “No Registro de Imóveis serão feitos, nos termos desta Lei, o registro e a averbação dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintos de direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei, ‘inter vivos’ ou ‘mortis causa’ quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade”.

conviventes, a sentença judicial transitada em julgado, eventual comprovação de recolhimento do tributo incidente caso a partilha seja desigual³⁰⁵, além da certidão de casamento atualizada, com a averbação da alteração do regime de bens, na hipótese de casamento.

2.4. A não interferência estatal nas relações patrimoniais da família e a possibilidade de realização pela via extrajudicial

Enquanto, como regra geral, durante o Estado Liberal, verificou-se movimento de prevalência de direitos negativos, sem a atuação ativa estatal no âmbito das relações privadas, ao conferir ampla liberdade e autonomia aos indivíduos, pautado numa igualdade formal, contraditoriamente, tal cenário não se vislumbrava especificamente na seara das relações familiares.³⁰⁶

Este ramo do Direito Civil era visto como uma instituição, cujas normas de ordem pública estabeleciam a forma a ser seguida pela entidade familiar representada exclusivamente no matrimônio, sem se atentar às pessoas que a ela integravam.

Na sequência, com o Estado Social, houve movimento exatamente oposto quanto às relações privadas. Promoveu-se maior intervenção estatal, na busca pela solidariedade social e a promoção da justiça social³⁰⁷, a fim de atingir a igualdade material, tendo a pessoa concreta como centro da tutela jurídica, inclusive nas relações familiares.

Ocorre que se partiu de um extremo a outro. Se, por um lado, o exagero na autonomia durante o Estado Liberal causou a falência do sistema, por outro, no Estado Social os excessos de interferência estatal nas relações privadas, inclusive na seara do direito de família, afrontaram legítimos interesses individuais, tutelados pelo ordenamento jurídico, ao privilegiar, de forma incondicionada e sem a devida

³⁰⁵ Caso a partilha desigual tenha natureza onerosa, incidirá imposto de transmissão (ITBI) devido ao Município onde se localiza o bem (art. 156, II, CF/88), por outro lado, sendo a título gratuito, o imposto será devido ao Estado (art. 155, I, CF/88).

³⁰⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A tensão entre ordem pública e autonomia privada no direito de família contemporâneo: da não interferência do Estado na (des)constituição familiar e na comunhão de vida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 92.

³⁰⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias* v. 5. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2023, p. 723, edição do Kindle.

ponderação, a vontade coletiva, como se essa sempre coincidissem com a de cada indivíduo.³⁰⁸

Isso resultou, nos dizeres de Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues, numa “tensão entre o público e o privado” e a necessidade de adoção de novo sistema unitário no qual “todo direito subjetivo deve sua existência a uma ordem jurídica objetiva, que irá possibilitar e garantir a integridade de uma vida autônoma, mas em comum, fundada em uma ordem de coisas que tenha como vetor o mútuo respeito, a alteridade e a tolerância”.³⁰⁹

Diante dessa nova noção de autonomia privada, cujos limites são internos, “na medida em que são expressão direta do ato e do seu significado constitucional”³¹⁰, e devem ser compatíveis com princípio da solidariedade³¹¹, afirmam Ana Carolina Brochado e Renata de Lima Rodrigues:

É pelo fato de a pessoa viver em sociedade que a autonomia e solidariedade devem ser compatibilizadas, mesmo porque a própria noção de solidariedade impõe não suprimir a autonomia individual e a noção de autonomia, por seu turno, não pode potencializar a liberdade, inclusive, suprimindo a liberdade do outros. É neste diálogo entre liberdade e solidariedade que o viés existencial da autonomia ganha espaço, pois faz romper o olhar unívoco de seus aspectos patrimoniais, de modo a pensar na liberdade verdadeiramente importante para o livre desenvolvimento da personalidade.³¹²

A partir desse raciocínio e diante do caráter instrumental da família, cuja função primordial é ser um espaço para realização de seus integrantes em razão da

³⁰⁸ Renata Vilela Multedo aponta como um movimento pendular da intervenção estatal, “ora reconhecendo espaços de menor regulamentação no âmbito da família, ora normatizando escolhas íntimas das pessoas no âmbito das relações familiares, sem critérios e limites definidos”. MULTEDO, Renata Vilela. *A intervenção do Estado nas relações de família: limites e regulação*. 2016. 276 f. Tese – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 46.

³⁰⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A tensão entre ordem pública e autonomia privada no direito de família contemporâneo: da não interferência do Estado na (des)constituição familiar e na comunhão de vida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 93.

³¹⁰ Pietro Perlingieri defende que, diante das modificações quantitativas e qualitativas promovidas pela Constituição na interpretação dos direitos privados, os limites à autonomia não podem mais ser considerados como externos e excepcionais. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed., Renovar: Rio de Janeiro, 2002, p. 280.

³¹¹ Para Gustavo Tepedino, “nas comunidades familiares, mais do que em qualquer outra relação privada, a solidariedade é limite interno e qualificador da liberdade”. TEPEDINO, Gustavo. Dilemas do afeto. *Revista IBDFAM*. n. 14, p. 11–27, mar./abr., 2016. Imprensa: Belo Horizonte, 2013, p. 20.

³¹² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Características e consequências do exercício do direito ao livre planejamento familiar conferido à pluralidade de entidades familiares. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 148.

tutela da comunhão plena de vida³¹³, torna-se ainda mais salutar a preservação da autonomia existencial³¹⁴, tanto no momento da sua constituição, como durante a vida em comum e quando da sua dissolução.

O legislador ordinário, ao editar o Código Civil de 2002, não se descurou de reconhecer expressamente tal autonomia mediante a previsão do art. 1.513 no referido diploma legal, que propõe uma drástica redução da intervenção estatal nas relações conjugais, a quem não cabe estabelecer as principais regras da entidade familiar.

E o movimento inicial de concretude desse preceito foi verificado quando da edição da Lei n. 11.441/2007. Dita lei concedeu ao envolvidos, e somente a esses, o poder de decisão pela dissolução do vínculo conjugal, mediante a realização do divórcio ou da separação pela via extrajudicial, desde que preenchidos os requisitos legais. A Emenda Constitucional 66/2010 deu prosseguimento a privatização das famílias, ao afastar os requisitos temporais para a dissolução do casamento através do divórcio, de forma que não mais são os casais obrigados a permanecerem durante certo lapso temporal apenas separados para, depois, realizar a efetiva dissolução do vínculo matrimonial.

Ana Carolina Brochado Texeira e Ana Carla Harmatiuk Matos lecionam que, por envolver núcleo essencial volitivo, pois a família (no âmbito da conjugalidade) apenas existirá enquanto representar os interesses de ambos os cônjuges e demais pessoas que a integram, não há justificativa que o Estado detenha poderes para nele intervir, de forma que a

[D]descoberta do caminho de realização pessoal na família pertence ao casal de forma exclusiva; soa ilegítima a interferência de terceiros em matéria de tanta intimidade quando se trata de pessoas potencialmente

³¹³ “A delineada função serviente da família, assim como a de qualquer formação social, esclarece o papel da intervenção do Estado na comunidade familiar. Ela se traduz na necessidade de se respeitar o valor da pessoa na vida interna: isso não por um motivo de Estado, nem de família, isto é, superior ao interesse das partes. A comunidade familiar deve se inspirar, como qualquer formação social, no princípio da democracia”. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 976.

³¹⁴ Como inexistem direitos absolutos na legalidade constitucional, a autonomia existencial também é submetida a limites. Contudo, por envolver diretamente à pessoa humana, a tutela conferida pelo ordenamento jurídico é qualitativamente diversa da aplicada às situações essencialmente patrimoniais, de forma que “a legitimidade das intervenções jurídicas sobre a autonomia privada existencial deve estar ligada ao equilíbrio entre os interesses tutelados e as esferas jurídicas afetadas por eles”. VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 14, n. 4, p. 99, 2018, p. 101-102. Disponível em <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/168>. Acesso em 12 nov. 2023.

livres e iguais, razão pela qual a ingerência do Estado é válida tão-somente para garantir espaços e o exercício das liberdades, para que a pessoa se realize, à medida de suas necessidades e dignidade, no âmbito do seu projeto de vida.³¹⁵

Na mesma linha, para Joyceane Bezerra de Menezes³¹⁶, a privatização da família resultou na conquista do direito da “vida privada familiar”, que diz respeito a um “espaço de convivência, protegido contra as ingerências externas arbitrárias, no qual as relações particulares produzem efeitos pessoais, sociais, culturais e jurídicos que se conjugam para promover o cuidado e o desenvolvimento da pessoa”.

Dessa forma, o aludido fenômeno de privatização das famílias não mais permite interferências desmedidas pelo Estado, outrora avalizadas pela sociedade, em assuntos que escapam o campo de atuação do Poder Judiciário. Além de inexistir lide, envolve matérias relacionadas a direitos disponíveis pactuadas por indivíduos com capacidade para livremente dispor sobre seu patrimônio e tais direitos. Nesse âmbito, a presença do Estado deve se restringir quando instado a analisar alegado vício ou elemento que macule a essência do ato praticado, cujas ferramentas já estão previstas na legislação.

2.4.1. A liberdade negocial e o poder de autodeterminação dos cônjuges: a injustificada exigência de motivação para apreciação pelo judiciário

A autonomia privada³¹⁷ está intrinsecamente ligada ao conceito de iniciativa privada e à expressão da própria liberdade negocial dos indivíduos de regularem as

³¹⁵ MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Pacto antenupcial na hermenêutica civil-constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CICCIO, Maria Cristina de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (coords.) *Direito Civil na legalidade constitucional*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021, p. 41-42.

³¹⁶ MENEZES, Joyceane Bezerra de. A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (coords.). *Direito das famílias por juristas brasileiras*. 2. ed., Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 50.

³¹⁷ Judith Martins-Costa, reconhecendo se tratar de uma expressão polissêmica, pontua relevante distinção para definir tal instituto ao asseverar que “frequentemente é confundida com a noção de autonomia da vontade, cujo núcleo está no querer, enquanto autonomia privada denota o poder de autorregulamentação de interesses privados”. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 4776, edição do Kindle.

suas relações jurídicas, mormente as de natureza patrimonial³¹⁸. Por conseguinte, “sob o pressuposto que cada um é o melhor juiz dos seus próprios interesses, a autonomia privada é, antes de tudo, autodeterminação, auto-regulamentação, poder de vontade”³¹⁹. A autonomia absorve a carga valorativa daqueles e deixa de ser um conceito técnico para se transformar num conceito de valor.³²⁰

Não obstante, pela metodologia civil-constitucional, nenhum valor é absoluto, de forma que a autonomia negocial³²¹ não é um valor em si, sendo imprescindível a realização de juízo de valor dos atos de autonomia praticados a fim de verificar, em concreto, se são merecedores de tutela, consoante os princípios presentes no atual ordenamento jurídico.

E diante dessa construção do atual conceito de autonomia privada, assim conclui Rose Melo Vencelau Meireles:

A autonomia privada passou a ser conceito promocional de valores. Isso porque, não basta que com o seu exercício não sejam atingidos a lei, a ordem pública, a moral e os bons costumes. Além disso, é preciso que a autonomia privada promova certos valores, especialmente aqueles que fazem parte do projeto constitucional, quais sejam, os princípios da igualdade, solidariedade, dignidade e justiça social.³²²

A família constitucionalizada, pautada no princípio da democracia, se caracteriza pela igualdade e pela unidade³²³, o que significa igual participação –

³¹⁸ Para a metodologia civil-constitucional, liderada por Pietro Perlingieri, adota-se a nomenclatura autonomia negocial, por possuir maior amplitude ao abarcar não apenas negócios bilaterais e patrimoniais, como os com estrutura unilateral e de conteúdo não patrimonial, além de regular interesses privados e públicos, a qual será utilizada no presente trabalho. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 339.

³¹⁹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 340.

³²⁰ Rose Melo Vencelau Meireles, ao tratar sobre a relativização do conceito de autonomia privada no ordenamento brasileiro, apresenta tal transformação descrita pelo autor Joaquim de Sousa Ribeiro. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O problema do contrato: As cláusulas contratuais gerais e os princípios da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999, p. 21-22 *apud* MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 84-85.

³²¹ “O ato de autonomia se designa ‘declaração de vontade’. Contudo, atualmente é aceito que o ato de autonomia não representa um valor em si, enquanto expressa de mera vontade ou de ilimitado poder de auto-regulamentação do sujeito”. BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.). *O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 412.

³²² MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 90.

³²³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed., Renovar: Rio de Janeiro, 2002, p. 246.

quantitativa e qualitativamente – na condução da vida familiar, como bem trata o art. 1.511 do Código Civil, ao estabelecer a comunhão plena de vida com base na igualdade de direitos e deveres, sendo um instrumento da autonomia responsável³²⁴. A primordial função deste instituto, ante o princípio da autonomia privada, é a promoção da autodeterminação dos seus integrantes para realizar as suas próprias escolhas e, com isso, concretizar o pleno desenvolvimento de quem a integra, o que ocorre através do respeito e garantia da igualdade e da liberdade.

Essa última³²⁵ deve ser compreendida, na sua dimensão funcional, como “uma liberdade positiva de autoconstituir-se nas relações familiares”³²⁶. Isso decorre da passagem da então denominada por Carlos Eduardo Panovski Ruzyk³²⁷ “família-totalidade”, cuja entidade se sobrepunha aos seus integrantes, para a “família-feixe de relações”, com a inversão do posicionamento.

Essa transição, que colocou as aspirações dos membros acima da instituição, resultou na modificação das próprias prestações funcionais que se espera das relações familiares.

Aliás, a autonomia privada, como um poder promocional de valores, e, dentre estes, o da autodeterminação e da autorregulamentação, permite “a expressão genuína de sua personalidade pela idealização e realização de planos, projetos, escolhas, tomadas de decisões, etc”³²⁸. E não decorre de uma concessão do Estado ao indivíduo, mas sim do “reconhecimento do poder do sujeito privado de

³²⁴ TEPEDINO, Gustavo. Dilemas do afeto. *Revista IBDFAM*. n. 14, mar./abr., 2016. Imprensa: Belo Horizonte, 2013, p. 14.

³²⁵ Liberdade deve ser compreendida, como bem estabelece Renata Vilela Multedo, numa perspectiva de privacidade e intimidade, como o “poder de realizar o próprio projeto de vida”, a qual “é desenvolvida no âmbito do ordenamento, que a qualifica e a legitima”. MULTEDO, Renata Vilela. *A intervenção do Estado nas relações de família: limites e regulação*. 2016. 276 f. Tese – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 24.

³²⁶ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Liberdade(s) e função: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro*. 2009. 208 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, p. 360.

³²⁷ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Liberdade(s) e função: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro*. 2009. 208 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, p. 353.

³²⁸ MENEZES, Joyceane Bezerra de. A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (coords.). *Direito das famílias por juristas brasileiras*. 2. ed., Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 42.

autorregular-se, nos limites da lei, aqui entendida em seu sentido amplo, e que tem na Constituição da República sua expressão maior”.³²⁹

Renata Vilela Multedo³³⁰, ao analisar essas zonas de autodeterminação pessoal, consideradas como espaços que envolvem decisões individuais, defende que são “tutelados pela própria axiologia constitucional que garantem o exercício pleno da liberdade individual”. Consequentemente, implicam no aumento de responsabilidade dos integrantes daquela entidade familiar, de forma que a liberdade e a responsabilidade devem ser vistas como dois lados da mesma moeda.

Feitas essas importantes considerações, retoma-se o objeto de estudo do presente trabalho. Como apontado anteriormente, dentre os requisitos previstos no art. 1.639, § 2º, do Código Civil, consta a apresentação de “justo motivo”, cujas razões invocadas serão apreciadas pelo juízo de família. O referido conceito indeterminado é completamente abstrato e abrangente, o que permite elevado grau de discricionariedade pelo Estado e, por conseguinte, forte interferência em matérias que não apenas envolvem direitos disponíveis regulados, a princípio, entre pessoas plenamente capazes, mas também uma desproporcional exposição e ingerência de assunto estritamente relacionado a questões privadas daquele núcleo familiar.

Inúmeros podem ser os motivos para a formulação do pedido judicial pelos cônjuges. Dentre eles, a título exemplificativo, o interesse em constituírem uma sociedade, na hipótese de serem casados no regime da comunhão universal ou da separação obrigatória³³¹, em virtude dos impactos causados no âmbito da concorrência sucessória conforme art. 1.829, inciso I, do Código Civil³³², a má administração dos bens comuns por algum deles, evitando a promoção de ação judicial litigiosa para seu afastamento de tal encargo (art. 1.663, § 3º, CC), o que seria bem mais traumático ao casal, além de diversos outros.

³²⁹ BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords.). *O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 410.

³³⁰ MULTEDO, Renata Vilela. *A intervenção do Estado nas relações de família: limites e regulação*. 2016. 276 f. Tese – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 40-41.

³³¹ “Art. 977. 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”.

³³² Com a entrada em vigor do atual Código Civil, além de o cônjuge supérstite ter sido alçado a qualidade de herdeiro necessário (art. 1.845, CC), este passou a concorrer com os descendentes, a depender do regime de bens, na forma do inciso I, do art. 1.829 CC, como na hipótese do regime da separação convencional e quanto aos bens particulares no regime da comunhão parcial de bens.

A crítica exposta por parte da doutrina é exatamente nesse sentido. Veja:

A motivação expressa do pedido é provavelmente o que mais afronta a autonomia privada conjugal, tanto pela redação da norma quanto pela sua interpretação jurisprudencial. Os mais variados motivos podem conduzir um casal a requerer a alteração do regime de bens, como o longo tempo juntos, o advento de filhos ou a ausência deles, modificação das circunstâncias, ou até mesmo algum impasse entre eles. Ainda que alcançado o consenso, podem ser motivos cuja exposição seja constrangedora ou íntima ao casal, que não deseja expor as suas razões.

Da mesma forma que um casal não precisa informar as razões pelas quais deseja se divorciar – considerado como intromissão indevida do Estado –, a eventual celeuma que tornou inconveniente o regime de bens original poderia muito bem ficar restrita ao casal, pelo mesmo motivo.³³³

A decisão conjunta dos cônjuges pela alteração do regime de bens ao longo da relação, portanto, configura o exercício da autodeterminação dos integrantes e a autorregulamentação da forma como vigerá a entidade familiar. Isto é, nada mais estão fazendo do que escolher os rumos da própria vida³³⁴, mediante a realização de interesses que não possuem mera natureza patrimonial, mas igualmente de cunho existencial, já que tem como objetivo final garantir o pleno exercício da comunhão plena de vida, através do oferecimento de espaço para liberdade e autoconstituição da pessoa.

Cabe reforçar que, por força do reconhecimento do princípio da intervenção mínima no âmbito do Direito das Famílias, consagrado no art. 1.513 do Código Civil, a atuação do Estado há de se restringir a hipóteses excepcionais, quando demande proteção específica a indivíduo pertence ao núcleo familiar em situação de vulnerabilidade.

Diante das ponderações alhures, conclui-se que inexistente qualquer fundamento no ordenamento jurídico que respalde a necessidade de os cônjuges apresentarem “justo motivo” e, tampouco, autorize a realização de juízo de valor pelo Estado quanto às razões invocadas. Isso porque, a modificação do regime de bens de comum acordo está abarcada pelo princípio da autonomia privada dos

³³³ ANDRADE, Clarissa Langer de; GHILARDI, Dóris. O procedimento de alteração do regime de bens do casamento: estudo crítico e propositivo. *Civilística.com*. Rio de Janeiro, a. 11, n. 1, 2022, p. 13. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-procedimento-de-alteracao/>>. Acesso em 26 dez. 2022.

³³⁴ VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 14, n. 4, p. 99, 2018, p. 102. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/168>. Acesso em: 12 nov. 2023.

cônjuges, notadamente em consonância com os valores da autodeterminação e autorregulamentação dos indivíduos, por ter como fundamento a comunhão plena de vida, além de não violar qualquer norma de ordem pública que justifique a tamanha interferência estatal.

Além do mais, como aponta Paulo Lôbo, “no balanço de vantagens e desvantagens é melhor que a lei confie na autonomia e liberdade das pessoas, as quais, nas relações pessoais entre si e na privacidade da família, sabem o que é melhor para o regime de bens”.³³⁵

Por fim, nos dizeres de Ana Luiza Maia Nevares³³⁶, como o divórcio atualmente pode ser pleiteado sem a apresentação de qualquer justificativa e igualmente ser realizado pela via extrajudicial, o rigor do Poder Judiciário quanto às razões dos cônjuges para alteração do regime de bens pode resultar num estímulo à burla da lei. Bastaria realizar um divórcio fictício e, na sequência, novo casamento com a mesma pessoa, apenas alterando o regime de bens.

2.4.2. Análise dos projetos de lei em tramitação sobre a matéria

O legislador brasileiro já iniciou a discussão sobre o tema. Atualmente, há projetos de lei em trâmite – alguns mais conservadores que outros – prevendo a modificação do regime de bens pela via administrativa, como o Estatuto das Famílias (PL 470/2013), além dos Projetos de Lei n. 69/2016 e n. 9498/2018, todos sem movimentação há anos no Congresso.

O Projeto de Lei do Senado 470/2013³³⁷, de relatoria da senadora Lídice da Mata (PSB/BA), denominado de “Estatuto das Famílias”, arquivado no final da legislatura de 2018, reúne, num único instrumento legal, toda a legislação referente ao direito das famílias, promovendo relevantes atualizações em diversos institutos, dentre os quais, para o presente trabalho, cabe analisar o da alteração do regime de bens.

³³⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias* v. 5. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2023, p. 7067, edição do Kindle.

³³⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. Regime de bens. In: BEZERRA DE MENEZES, Joyceane; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (coords.). *Direito das famílias por juristas brasileiras*. 2. ed., Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 279.

³³⁷ Íntegra do PL 470/2013 disponível no site do Senado Federal: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4590857&ts=1630416085074&disposition=inline>. Acesso em 03 jan. 2023.

Tal como no atual Código Civil, apenas é dedicado um único dispositivo para regulamentar a matéria (art. 39³³⁸). Ainda assim, promove relevantes modificações, ao traduzir as necessidades atuais da família contemporânea. Autoriza a modificação do regime de bens pela via extrajudicial, o que retira a necessidade de apreciação judicial e apresentação de justo motivo, e, por conseguinte, a exacerbada e injustificada interferência estatal em matéria de nítido caráter privado e relativa a direito disponível.

Quanto aos terceiros de boa-fé que possam ser prejudicados, manteve redação idêntica ao atual Código Civil (“ressalvados os direitos de terceiros”), de forma que permanece no campo da eficácia – e não da validade – dita disposição.

Em relação aos efeitos produzidos – que serão examinados ao final do próximo capítulo –, espanca a divergência existente sobre a matéria ao sanar a atual omissão legislativa diante da expressa vedação a produção de efeitos retroativos, além de estabelecer o termo inicial (averbação no assento de casamento).

Por outro lado, entende-se que o legislador perdeu a oportunidade de regular outras matérias relevantes ao instituto, como a necessidade de realização da partilha quando adotado regime mais restritivo para evitar confusão patrimonial e promover o término da mancomunhão.

Já o Projeto de Lei do Senado 69/2016³³⁹, de relatoria do senador Antonio Carlos Valadares (PSB/PE), também arquivado no final da legislatura de 2018, versa exclusivamente sobre o instituto da alteração do regime de bens, ao promover alterações no art. 734 do CPC, revogar o § 2º do art. 1.639 do Código Civil, além de inserir o art. 1.639-A.

De forma mais detalhado que o anterior, esse Projeto de Lei cria um sistema híbrido, em que, é autorizada, como regra, a alteração por meio de escritura pública, cujo procedimento a ser adotado pelos cônjuges está discriminado no referido art. 1.639-A³⁴⁰. Após a apresentação de requerimento assinado por ambos os cônjuges,

³³⁸ “Art. 39. É admissível a alteração do regime de bens mediante escritura pública, ressalvados os direitos de terceiros. § 1º A alteração não produz efeito retroativo. § 2º A alteração produz efeito a partir da averbação no assento de casamento”.

³³⁹ Íntegra do PL 69/2016 disponível no site do Senado Federal: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4301677&ts=1630445840218&disposition=inline>. Acesso em 03 jan. 2023.

³⁴⁰ “Art. 1.639-A. É admissível alteração do regime de bens, mediante escritura pública, ressalvados os direitos de terceiros. § 1º A alteração do regime de bens do casamento será feita por meio de requerimento assinado conjuntamente pelos cônjuges dirigido ao tabelião de notas, que, atendidos os requisitos legais, lavrará a escritura pública independentemente da motivação do pedido. § 2º O

devidamente assistidos por advogado, e da documentação listada, o tabelião extrairá edital a ser publicado previamente a lavratura do ato notarial e, caso sejam opostas causas suspensivas por terceiros interessados, instruídas das respectivas provas, caberá ao tabelião remeter ao Poder Judiciário para apreciação, mediante prévia manifestação dos cônjuges requerentes.

Nesse procedimento, ao contrário do que hoje estabelece a lei, condiciona-se expressamente a efetiva alteração do regime de bens a não procedência de eventuais causas suspensivas apresentadas por terceiros.

Além disso, retira dos cônjuges o ônus que atualmente é imposto pelos tribunais no trâmite da ação judicial, ainda que não haja respaldo normativo: a prova de ausência de dívidas que possam prejudicar terceiros. Isso em função de o autor do aludido Projeto de Lei ter imputado, nos termos do § 6º, art. 1.639-A, ao terceiro interessado a instrução das causas suspensivas “com as provas dos fatos alegados”. Caso seja convertido em Lei, não mais precisarão requerentes se desincumbirem de providenciar inúmeras certidões negativas para provar que o pedido é formulado de boa-fé.

Por outro lado, a redação proposta não prevê quais são as consequências caso o terceiro prejudicado permaneça silente, ou seja, sem opor as causas suspensivas em momento oportuno. Nesta hipótese, poderá arguir, no futuro, a ineficácia da alteração em relação ao próprio, ou terá precluído? Essa indagação não foi respondida pelo autor do projeto.

requerimento será acompanhado de: I - certidão de casamento atualizada; II - pacto antenupcial, se houver; III - declaração de domicílio atual do casal. § 3º Os requerentes devem ser assistidos por advogado comum ou advogados separados, cuja qualificação e assinatura constarão da petição e do ato notarial. § 4º Em se tratando de cônjuges casados sob o regime de separação obrigatória de bens, o tabelião de notas somente lavrará a escritura de alteração de regime de bens se provada a superação das causas que o ensejaram. § 5º O tabelião extrairá edital a ser publicado na rede mundial de computadores durante trinta dias previamente à lavratura da escritura. § 6º Os terceiros interessados poderão opor as causas suspensivas que obstam a alteração do regime da separação de bens, por meio de declaração escrita e assinada, instruída com as provas do fato alegado, ou com a indicação do lugar onde possam ser obtidas. § 7º Se houver apresentação de causa suspensiva, o tabelião dará ciência do fato aos requerentes, para que indiquem em três dias prova que pretendam produzir, e remeterá os autos a juízo. § 8º Recebidos os autos, o juiz determinará a produção de provas pelo oponente e pelos requerentes, no prazo de dez dias, com ciência do Ministério Público, e ouvidos os interessados e o órgão do Ministério Público em cinco dias, decidirá o juiz em igual prazo. § 9º No caso previsto no parágrafo anterior, a mudança de regime se dará com o trânsito em julgado da decisão que a autorizar. § 10. Imediatamente após a alteração pretendida, os cônjuges deverão promover a sua averbação perante os cartórios de registro civil e de imóveis e, caso qualquer dos cônjuges seja empresário, junto ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins. § 11. A alteração do regime de bens pode ter efeitos retroativos ou não, a depender da vontade dos cônjuges, ressalvado o direito de terceiros”.

Considera-se que, como será o credor intimado de forma ficta – por edital –, somado ao fato que o ordenamento jurídico não respalda atos praticados no intuito de prejudicar credores, acaso comprovada que a mudança prejudicou interesse de terceiro de boa-fé e que este não fora efetivamente intimado da publicação, a alteração será ineficaz quanto ao próprio, como estabelecido no *caput* do art. 1.639-A.

Além do mais, em consonância com o princípio da privatização das relações familiares, o Projeto de Lei 69/2016 tem a preocupação de preservar a privacidade dos cônjuges ao registrar de forma expressa que a escritura pública será lavrada “independentemente da motivação do pedido” (§1º, art. 1.639-A). Isso evita eventuais exigências e interpretações equivocadas quando da realização do ato.

Por fim, também é relevante a autorização conferida pelo legislador na retroatividade dos efeitos, desde que requerido pelos cônjuges e ressalvados os interesses de terceiros (§ 11, art. 1.639-A). Previsão essa que, caso seja aprovada, resultará em vigorosos debates, já que diametralmente oposta a atual jurisprudência do STJ.

O terceiro e último Projeto de Lei a ser analisado é o 9498/2018³⁴¹, este proveniente da Câmara dos Deputados, que aguarda a inclusão em pauta do Plenário. Similar ao proposto no Estatuto das Famílias (PL 470/2013), o § 2º do art. 1.639 do Código Civil é alterado³⁴² para autorizar a mudança por escritura pública, e há a inclusão do § 3º que também veda efeitos retroativos e expressamente declara ineficaz em relação a terceiros de boa-fé³⁴³, além de revogar o art. 734 do CPC.

Especificamente em relação à união estável – sendo o único Projeto de Lei que versa sobre essa forma de entidade familiar – inclui parágrafo único no art. 1.725 do Código Civil para prever a possibilidade de alteração do regime de bens³⁴⁴,

³⁴¹ Informação disponível no site da Câmara dos Deputados <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2167744> e íntegra disponível no site https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1639423&filename=PL%209498/2018. Acesso em 07 jan. 2024.

³⁴² Redação proposta: “§2º É admissível alteração do regime de bens mediante escritura pública firmada por ambos os cônjuges a ser averbada no Registro Civil das Pessoas Naturais, no Registro de Imóveis e, se for o caso, no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins”.

³⁴³ Redação proposta: “§3º A alteração do regime de bens não terá eficácia retroativa e será ineficaz em relação a terceiros de boa-fé”.

³⁴⁴ Redação proposta: “Parágrafo único. A alteração de regime de bens poderá ser feita por meio de contrato escrito, mas só produzirá efeitos a partir da data de sua averbação e será ineficaz em relação a terceiros de boa-fé”.

por contrato escrito, cujos efeitos e a eficácia perante terceiros serão idênticos ao do casamento.

Diante das proposições legislativas em curso e enquanto não promovida a modificação legislativa necessária para desjudicializar o procedimento, é salutar que os requisitos dispostos na legislação em vigor sejam interpretados pelo Poder Judiciário em consonância com os princípios esculpido no ordenamento jurídico, notadamente da autonomia privada dos cônjuges e da intervenção mínima estatal.

Com isso, a apreciação do intérprete haverá de se restringir à ausência de vícios e à verificação da idoneidade e licitude do pedido formulado, não se atendo ao conteúdo dos motivos invocados propriamente ditos, os quais estão dentro da esfera íntima do casal. Além do mais, considerando que a própria redação legal já ressalva os direitos de terceiros interessados, os quais se encontram no âmbito da eficácia do ato, não caberá ao Poder Judiciário indeferir o pedido pela mera existência de credores.

3. As repercussões da modificação do regime de bens no casamento e na união estável

3.1. Perspectivas do direito das famílias na contemporaneidade: rumo à desjudicialização e à mínima intervenção

O tradicional modelo familiar, calcado no tripé do patrimônio, matrimônio e pátrio poder, perdeu o espaço para a família nuclear eudemonista³⁴⁵, a qual abandona tais bases engessadas para ter como ponto fulcral o livre e pleno desenvolvimento das pessoas concretas que nela estão envolvidas. Cenário esse que não apenas permite o reconhecimento de diversos modelos familiares, como igualmente fomenta que os seus integrantes estabeleçam, conjuntamente, sob quais pilares que será construída a família, sendo, portanto, um espaço de “autoconstituição coexistencial”.³⁴⁶

Em contrapartida, não se pode olvidar que a necessidade de afastamento estatal no âmbito das relações familiares jamais há de ser interpretada como um abandono completo por parte do Estado. A amplitude negocial conferida aos membros daquela está direta e proporcionalmente vinculada à presença de igualdade substancial entre aqueles e, “quando houver essa assimetria relacional, os espaços de negociabilidade ficam mais reduzidos, pois se espera um comportamento positivo de atuação em prol daquele que é vulnerável, a fim de que essa conduta possa reequilibrar a relação jurídica”.³⁴⁷

São as relações parentais com filhos ainda crianças e adolescentes, as que envolvem pessoas idosas, relativamente incapazes, bem como os casos de violência

³⁴⁵ Na definição de João Batista Villela: “cada um busca na família sua própria realização, seu próprio bem-estar”. VILLELA, João Batista. Família Hoje. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A Nova Família: Problemas e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 72.

³⁴⁶ Para o Luiz Edson Fachin, tal espaço é formado quando a família é pensada em um viés plural e aberto, de forma que não cabe ao Estado e tampouco à sociedade estabelecer como será desenvolvida, isto é, “em quais pilares essa autoconstituição se sustentará ou em quais cores passará ela a se exprimir”. FACHIN, Luiz Edson. Famílias – entre o público e o privado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Família: entre o público e o privado*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012, p. 161.

³⁴⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Contratos no ambiente familiar. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (coord.). *Contratos, família e sucessões: diálogos complementares*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019, p. 8.

doméstica³⁴⁸ e quando constatado, em concreto, a assimetria entre o casal, que o princípio da solidariedade se sobreleva ao da liberdade.

Por isso, é assente na doutrina o questionamento de qual o limite para delegar ao Estado da incumbência de dirimir divergências no âmbito familiar, posto que se coloca nas mãos de terceiro estranho, comumente sem o devido conhecimento das particularidades daquela família, a decisão de assuntos de cunho privado, de forma que o pronunciamento judicial não se atenta as peculiaridades do caso, elemento esse basilar do direito civil constitucional.

Heloisa Helena Barboza e Vitor Almeida³⁴⁹ ressaltam que, enquanto deve-se garantir o fomento da autorregulação das partes na convivência conjugal dentro das zonas sujeitas à negociabilidade, através da desjudicialização e contratualização

³⁴⁸ Algumas dessas hipóteses que demandam a atuação ativa do Estado para proteção da parte numa posição de fragilidade são tratadas em AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. A (des)necessária intervenção do Estado na autonomia familiar. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 10, n. 2, 2021. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-desnecessaria/>>. Acesso em 12 abr. 2023, p. 14-15. Igualmente realçado por Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Tepedino ao afirmarem que “a Lei Maria da Penha também é instrumento de tutela a serviço da igualdade substancial.” TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do Direito Civil – Vol. 6. Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p 19, edição do Kindle.

³⁴⁹ BARBOZA, Heloisa Helena Gomes; ALMEIDA, Vitor. Contratualização das famílias e inexecução dos pactos antenupciais: admissibilidade e limites de cláusula penal. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Org.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. v. 2. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2021, p. 998.

das relações, maior cautela é exigida nas relações parentais por envolver direitos indisponíveis de crianças e adolescentes³⁵⁰, os quais devem ser priorizados.³⁵¹

Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues esmiuçam a necessidade de uma intervenção estatal meramente residual nas relações familiares:

A família contemporânea é arquitetada como espaço de satisfação e de realização das individualidades. Sua formação e dissolução estão na esfera privada dos sujeitos, o que significa dizer que, em termos de casamento e união estável, se faz sentido a família continuar existindo enquanto realizar uma comunhão plena de vida, caso contrário, os cônjuges e companheiros têm ampla autonomia para pactuar ou pleitear o seu desfazimento. É o plano da liberdade.

Por outro lado, quando existem sujeitos vulneráveis envolvidos no âmbito familiar, a situação é bastante diferente, sendo retirada do plano da vontade para migrar para a esfera dos deveres, da solidariedade. Por um comando da igualdade substancial, pode se fazer necessário que o Estado intervenha, para garantir a dignidade da pessoa em condições de vulnerabilidade.³⁵²

Diante desse quadro, há de se buscar um equilíbrio entre autonomia privada (expressão do princípio da liberdade) e intervenção estatal (para garantia do

³⁵⁰ No âmbito das relações parentais, igualmente se verifica movimento de desjudicialização do direito de filiação, notadamente quanto ao reconhecimento da filiação socioafetiva. Para tanto, convém mencionar o Provimento n. 63/2017 do CNJ, com as modificações realizadas pelo Provimento n. 83/2019 do mesmo órgão, que estabeleceu e regulamentou o reconhecimento voluntário da parentalidade socioafetiva de pessoas acima de 12 anos nos registros civis de pessoas naturais, e, posteriormente, foram englobados no Código Nacional de Normas – Foro Extrajudicial do CNJ (Provimento n. 149/2023). Ainda é objeto de discussão o limite etário imposto pelo Provimento n. 83/2019 e mantido no atual Código Nacional de Normas, bem como a capacidade de expressão da vontade do menor, valendo trazer o posicionamento da doutrina abalizada: “a restrição etária do novo provimento pode ser considerada seu maior avanço, uma vez que confere proteção especial às crianças, que só poderão ter seu estado de filiação alterado pela via judicial. A manifestação de vontade dos adolescentes será prestada em conjunto com a de seus pais registrais, devendo haver ciência sobre a irrevogabilidade do vínculo. Conferiu-se especial protagonismo ao oficial do registro, ao confiar-lhe a análise dos documentos que subsidiam a declaração de parentalidade a justificar a inexistência dos mesmos. Nesse ponto, é importante afirmar ter sido estabelecida diferença de tratamento para com as outras formas de reconhecimento. No entanto, trata-se de decisão justificável e razoável na medida em que necessária para oferecer segurança às partes envolvidas”. SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio; ALMEIDA, Vitor; FERNANDES, Manoela Gomes. A desjudicialização do direito de filiação e os direitos de crianças e adolescentes: notas sobre o Provimento n. 83 do Conselho Nacional de Justiça. *Revista Fórum de Direito Civil*. Belo Horizonte: Fórum, a. 10, n. 27, mai./ago., 2021, p. 77-78.

³⁵¹ No mesmo sentido, Renata Vilela Multedo aponta que “os movimentos intrafamiliares que podem ser identificados são, de um lado, a forte expansão da autonomia nas relações conjugais; e de outro, a responsabilização crescente solidarista, nas relações parentais”. MULTEDO, Renata Vilela. *A intervenção do Estado nas relações de família: limites e regulação*. 2016. 276 f. Tese – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 23-24.

³⁵² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A tensão entre ordem pública e autonomia privada no direito de família contemporâneo: da não interferência do Estado na (des)constituição familiar e na comunhão de vida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 105.

princípio da solidariedade), de forma que, de um lado, promova o mínimo de limitações às escolhas dos indivíduos que integram a entidade familiar, e, por outro, garanta o máximo da realização pessoal dos próprios.

E é frente ao aparente contraponto entre dois princípios fundamentais – liberdade e solidariedade – que se deve delimitar o âmbito de intervenção estatal nas relações familiares, posto que, como bem leciona Pietro Perlingieri³⁵³, a atuação direta do Estado tão somente se justifica na exata medida para garantir o exercício de direitos fundamentais.

Especificamente no âmbito patrimonial da relação conjugal³⁵⁴, que é objeto de estudo neste trabalho, presume-se, por força do estabelecido pelo constituinte de 1988, uma igualdade entre o casal³⁵⁵, além de seu objeto ser iminente de direito disponível. Esses elementos, por si, promovem uma prevalência, ao menos em abstrato, da autonomia familiar e, por conseguinte, autorizam maior amplitude negocial entre seus membros. Por essa razão, sustenta-se que a atuação estatal não deve mais ser através de normas imperativas, mas sim regras supletivas, quando inexistente expressa disposição pelo casal³⁵⁶, desde que conferida sem qualquer vício de consentimento e ausência de uma vulnerabilidade em concreto de algum dos cônjuges ou conviventes.

Contudo, já era brilhantemente destacado por João Baptista Villela que há no Brasil um “patológico pendor nacional para a regulamentação”³⁵⁷ e,

³⁵³ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 980.

³⁵⁴ Nesse sentido, Renata Vilela Multedo destaca que “embora em ambos os âmbitos conjugal e parental remetam à solidariedade familiar, na relação conjugal os princípios da liberdade e da igualdade se sobrepõem ao vínculo da solidariedade. [...] A distinção repercute diretamente nos critérios que se pretendem estabelecer para uma maior ou menor intervenção estatal em decorrência dos tipos de relações familiares”. MULTEDO, Renata Vilela. *A intervenção do Estado nas relações de família: limites e regulação*. 2016. 276 f. Tese – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 13.

³⁵⁵ Ainda na vigência do Código Civil de 1916, Orlando Gomes já destacava a ocorrência de “genuína revolução no governo da família”, com o desaparecimento do poder marital dos Códigos para a adoção de um sistema de decisões conjuntas entre o casal, o qual foi, ao longo dos anos, ganhando cada vez mais espaço e força nas famílias. GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 24. Não se olvida, entretanto, que tal igualdade estabelecida pelo ordenamento ainda se restringe no âmbito das normas, sem efetiva aplicação prática na grande maioria das relações familiares. A desigualdade de gênero ainda tem forte presença nos lares brasileiros, o que deve ser sempre levada em consideração pelo intérprete e operador do direito na análise do caso concreto.

³⁵⁶ MULTEDO, Renata Vilela. *A intervenção do Estado nas relações de família: limites e regulação*. 2016. 276 f. Tese – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 37.

³⁵⁷ VILLELA, João Batista. Repensando o Direito de Família. Cadernos Jurídicos. In: COUTO, Sergio. *Nova realidade do direito de família: doutrina, jurisprudência, visão interdisciplinar e noticiário*. Rio de Janeiro: COAD: SC Editora Jurídica, 1998-99, p. 55.

nomeadamente no âmbito das relações familiares, diante da sua importância social, Orlando Gomes apontava a redução desta seara do direito civil a “dimensões insignificantes o campo da autonomia privada”³⁵⁸ ante a atribuição de cunho imperativo, com caráter de ordem pública, à maioria dos preceitos.

Tal como já constatado por João Baptista Villela no Código Civil de 1916, o perfil autoritário, determinista e invasivo³⁵⁹ do direito de família foi, em diversas matérias, transposto para o atual Código Civil, de forma que, em assuntos inerentes ao estatuto patrimonial da família, permanecem normativas quem regulam e engessam a estrutura familiar.

Ao transferir para o Poder Judiciário a apreciação da matéria, além de assoberbar o ente estatal com demandas que inexistem e estão inseridas no núcleo privado daquela entidade, ainda resulta na retirada da plena autonomia conferida aos seus integrantes pela legalidade constitucional.

Isso porque a liberdade de os indivíduos decidirem a melhor forma para si de relação familiar e a autonomia conferida pelo constituinte para que os próprios possam regulamentar suas relações são elementos essenciais das famílias constitucionalizadas.³⁶⁰

Diante de situações não regulamentadas pela lei, cada vez aumenta a atuação dos tribunais nesta seara. A complexidade da vida contemporânea, pela sua diversidade e pluralismo, demanda do Poder Judiciário a análise de determinados padrões de comportamento moral que escapam a previsão do legislador³⁶¹. Assim, a apreciação se as referidas condutas são merecedoras de tutela deve ter como parâmetro os preceitos constitucionais, pautado no princípio da solidariedade

³⁵⁸ Inclusive ressalta o doutrinador que “a tal ponto chega a preocupação de conformar as relações de família a normas cogentes que os próprios preceitos coincidentes com regras morais possuem essa força”. GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 2. No mesmo sentido, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito de Família*, vol. I: direito matrimonial. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001, p. 76; e WALD, Arnoldo. *Direito de família*. 11. ed., rev. ampl. e atual. com a colaboração do Des. Luiz Murillo Fábregas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 21.

³⁵⁹ VILLELA, João Batista. Repensando o Direito de Família. Cadernos Jurídicos. In: COUTO, Sergio. *Nova realidade do direito de família: doutrina, jurisprudência, visão interdisciplinar e noticiário*. Rio de Janeiro: COAD: SC Editora Jurídica, 1998-99, p. 54.

³⁶⁰ Como nenhum direito é absoluto, o exercício da autonomia está condicionado a não violação da normativa constitucional, não defendendo este trabalho qualquer atuação que configure a lesão de direitos fundamentais e tampouco prejudique terceiros de boa-fé e indivíduos vulnerados que integram a relação familiar.

³⁶¹ Apenas para exemplificar, Gustavo Tepedino destaca as hipóteses de interrupção de gravidez de fetos anencefálicos e a união de pessoas do mesmo sexo: TEPEDINO, Gustavo. Dilemas do afeto. *Revista IBDFAM*. n. 14, p. 11–27, mar./abr., 2016. Imprensa: Belo Horizonte, 2013, p. 24.

familiar, que, por sua vez, somente é alcançado através de decisões escorreiamente fundamentadas.³⁶²

Essa exacerbada judicialização promove uma “crise do processo”³⁶³, não apenas em virtude do inchaço da máquina judiciária, mas igualmente pela complexidade e fragilidade das relações familiares que chegam às varas de família para apreciação.

Para mais, não se pode olvidar a atual descrença presente na sociedade quanto à plena capacidade do Estado no exercício da função jurisdicional. Isso resulta numa insegurança e desconfiança nas relações, além de, no entendimento de Raquel Bellini Salles³⁶⁴, colocar a necessidade de responder a duas demandas: a ampliação da autonomia privada e, simultaneamente, o seu controle para corrigir abusos e desequilíbrios.

E tais demandas formuladas pela autora no âmbito contratual facilmente podem ser instrumentalizadas para a seara das relações familiares, mormente com a crescente tendência de intervenção mínima estatal nessas relações, nos termos do art. 1.513 do Código Civil, devendo ser restrita quando presentes interesses superiores – isto é, para efetivar a promoção dos direitos fundamentais, notadamente de sujeitos vulneráveis³⁶⁵. Dito movimento é defendido pela doutrina contemporânea como o Direito de Família Mínimo³⁶⁶, através da contratualização das relações familiares.

Por essa razão, a competência para decidir sobre os rumos da família, mormente no âmbito patrimonial, deve recair sobre os seus próprios integrantes e não ser transferida a responsabilidade ao Estado. Até mesmo porque afronta a razoabilidade que pessoas plenamente capazes, ao menos em princípio, sejam

³⁶² MULTEDO, Renata Vilela. *A intervenção do Estado nas relações de família: limites e regulação*. 2016. 276 f. Tese – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 64.

³⁶³ MULTEDO, Renata Vilela. *A intervenção do Estado nas relações de família: limites e regulação*. 2016. 276 f. Tese – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 68.

³⁶⁴ SALLES, Raquel Bellini. *Autotutela nas relações contratuais*. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 41.

³⁶⁵ Nesse sentido, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A tensão entre ordem pública e autonomia privada no direito de família contemporâneo: da não interferência do Estado na (des)constituição familiar e na comunhão de vida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 99.

³⁶⁶ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Por um direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no âmbito do direito de família*. 2009, 226 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009, p. 141.

compelidas a terem que tratar sobre seus bens e questões pessoais, assuntos de tamanha intimidade, perante o juízo.

Não se pode olvidar que, quanto mais célere, autocompositiva e reservada ocorrer a solução de matérias de cunho familiar, maior será a garantia de preservação da dignidade dos seus integrantes.

Por isso, o fenômeno de desjudicialização dos procedimentos³⁶⁷ no âmbito das relações familiares não apenas promove a efetiva prestação da tutela jurisdicional como igualmente é relevante ferramenta para garantir o desenvolvimento livre dos seus integrantes. Preserva a autonomia privada e retira a forte e desarrazoada interferência estatal em questões nitidamente de foro íntimo e de natureza disponível.

Aliás, nitidamente fomentado através da edição da Lei n. 11.441/2007. Essa considerada por Flávia Pereira Hill como o ponto de virada no sentido da desjudicialização na atualidade³⁶⁸. Dita normativa previu a possibilidade, desde que preenchidos determinados requisitos legais³⁶⁹, de realização de divórcio³⁷⁰, inventário e partilha extrajudicialmente, isto é, diretamente em ofícios de notas, o que, na sequência, fora regulamentada pela Resolução n. 35, de 2007, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

³⁶⁷ Quanto ao fenômeno da desjudicialização, a doutrina, aqui representada por Daniela Olímpio de Oliveira, propõe uma releitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição que não há de se restringir ao acesso ao Poder Judiciário, mas sim englobar as possibilidades de solução de conflitos no âmbito privado, desde que respeitados os princípios basilares esculpidos no Estado Democrático de Direito, como o contraditório e a ampla defesa. OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. Uma releitura do princípio do acesso à justiça e a ideia da desjudicialização. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 11, 2013, p. 69. Além disso, Raquel Bellini Salles afirma que “a desjudicialização, por um lado, repercute uma atuação mais reduzida da jurisdição estatal em termos quantitativos, por outro lado serve à revitalização, viabilização e qualificação das próprias estruturas jurisdicionais, favorecendo a revitalização da justiça”. SALLES, Raquel Bellini. *Autotutela nas relações contratuais*. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 41-42.

³⁶⁸ HILL, Flávia Pereira. Desjudicialização da execução civil: reflexões sobre o projeto de lei nº 6.204/2019. *Revista eletrônica de direito processual*, Rio de Janeiro, ano 14, v. 21, n. 3, 2020, p. 173-174.

³⁶⁹ A Lei exige a i) inexistência de interessado incapaz, no caso de inventário, e filho menor ou incapaz, nos divórcios, ii) ausência de testamento para os inventários; e iii) concordância das partes envolvidas. O STJ já se posicionou, através do REsp 1.808.767/RJ, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, que mesmo tendo sido deixado testamento, é possível a realização de inventário extrajudicial caso preenchidos os demais requisitos, cabendo aos herdeiros apenas promover, perante o Poder Judiciário, o procedimento de Registro, Abertura e Cumprimento de Testamento.

³⁷⁰ Sem prejuízo de toda a evolução da sociedade ao permitir a desjudicialização do procedimento, é importante trazer valiosa ponderação realizada por Renata Vilela Multedo de que houve um aumento da judicialização dos conflitos familiares, tendo como principal e mais gravoso consequência “a desproteção da pessoa dos filhos, que se transformam em maiores vítimas e, por vezes, nas principais armas dos litígios travados por seus próprios pais”. MULTEDO, Renata Vilela. *A intervenção do Estado nas relações de família: limites e regulação*. 2016. 276 f. Tese – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 68.

A partir da referida Lei, todos os atos relativos ao término do vínculo conjugal, do inventário e a partilha dos bens passaram a ser realizados, se do interesse das partes, mediante escritura pública. Isto é, independe de homologação judicial, tampouco participação do Estado-juiz, e é título hábil a ser apresentado no registro civil, de imóveis, juntas comerciais, dentre outros órgãos, consolidando a alteração do estado civil e a transferência de bens e direitos. Portanto, a desconstituição daquela entidade familiar, seja por qual razão for, permanece no âmbito privado de seus integrantes, sem a necessidade de expor e esmiuçar a intimidade e privacidade através de processo judicial.³⁷¹

O que, aliás, foi reforçado pelo legislador quando da edição do atual Código de Processo Civil, ao prever, no artigo 610, § 1º, a realização de inventário e partilha mediante escritura pública, desde que todos sejam capazes e concordem com o procedimento.

Inclusive, destacam Dória Ghilardi e Julia Mello de Oliveira³⁷² a importância da mencionada Lei ao terem ratificado que o acesso à justiça também pode ser efetivado por outros meios além do Poder Judiciário, os quais são mais simples, céleres e menos custosos – tanto emocional como financeiramente – para as partes, sem prejuízo à segurança do ato.

No âmbito do Conselho Nacional de Justiça, criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e que assumiu a tarefa de implementar, de fato, a Justiça Multiportas³⁷³, o movimento pela regulamentação de procedimentos na esfera

³⁷¹ Especificamente em relação à dissolução da sociedade conjugal através do divórcio extrajudicial, este denota “como locus de realização pessoal, desenvolvimento da personalidade e busca por felicidade, a desconstituição familiar deve permanecer no âmbito privado dos consortes, sendo livre também de interferências estatais”. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A tensão entre ordem pública e autonomia privada no direito de família contemporâneo: da não interferência do Estado na (des)constituição familiar e na comunhão de vida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 101.

³⁷² GHILARDI, Dóris; OLIVEIRA, Julia Mello de. A desjudicialização do direito de família e sucessões sob as lentes da *law and economics*. *RJLB -Revista jurídica luso-brasileira*, ano 6, vol. 4, Lisboa: 2020. Disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/4/2020_04_1013_1050.pdf. Acesso em 30 jul. 2023.

³⁷³ Conforme esclarece Flávia Pereira Hill, o termo foi cunhado nos Estados Unidos, na década de 70, remodelando o papel dos tribunais, os quais deixam de ser apenas o local de julgamento dos processos para se tornar um centro de resolução de conflitos, com diversos mecanismos, a fim de que as partes sejam remetidas ao que melhor se adequa ao caso específico. HILL, Flávia Pereira. Desjudicialização e acesso à justiça além dos tribunais: pela concepção de um devido processo legal extrajudicial. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 15 v. 22, n. 1, 2021, p. 381-382.

extrajudicial é ainda mais forte, mormente quando ligado a direitos da personalidade.³⁷⁴

As modificações acima apontadas demonstram que há situações que inexistem direitos contrapostos, mas apenas interesses comuns de pessoas capazes, que não necessitam da ingerência estatal para serem resolvidos entre as partes. Repise-se, além de mais burocrático, custoso e moroso, igualmente resulta numa desproporcional ingerência do Estado em questões essencialmente restritas à esfera privada da família.

Portanto, dito movimento de desjudicialização está em consonância com o direito das famílias constitucionalizadas, cujo instituto deixa de ser um fim em si mesmo para ser uma ferramenta de promoção do desenvolvimento e da dignidade dos seus integrantes. A preocupação é em garantir a solidariedade e assegurar a autonomia e privacidade das partes na solução de suas demandas, e com a tendência de “desregulamentação das relações conjugais”³⁷⁵, na qual ao Direito cabe garantir a estrutura familiar mais conveniente para cada indivíduo.

3.2. Desconstruindo os fundamentos em prol da judicialização do procedimento

³⁷⁴ A título exemplificativo, cite-se a Resolução nº 175/2013 que regulamenta a “habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo”, em total consonância com os princípios da igualdade e da pluralidade familiar a fim de concretizar a dignidade da pessoa humana; o Provimento nº 63/2017, alterado pelo Provimento nº 83/2019, o qual permite e regulamenta, dentre outras matérias, “o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva na certidão de nascimento”; e o Provimento nº 73/2018 que autoriza a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero sem a necessidade de comprovação de cirurgia corretiva ou de ordem judicial. Todos esses foram englobados, com algumas modificações, no Código Nacional de Normas – Foro Extrajudicial do CNJ (Provimento n. 149/2023), o qual, expressamente prevê a necessidade de comunicar o juiz corregedor qualquer recusa de habilitação, celebração de casamento ou conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo (art. 554), permite e regulamenta o reconhecimento voluntário da parentalidade socioafetiva de pessoas acima de 12 anos (art. 505) e a amplia para a possibilidade de qualquer pessoa maior de 18 anos habilitada para a prática dos atos civis solicitar no registro civil de pessoas naturais a alteração do prenome e do gênero (art. 516), independentemente de “prévia autorização judicial ou da comprovação de realização de cirurgia de redesignação sexual e/ou tratamento hormonal ou patológico, assim como apresentação de laudo médico ou psicológico” (art. 518, § 1º).

³⁷⁵ MULTEDO, Renata Vilela; MORAES, Maria Celina Bodin de. A privatização do casamento. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016, p. 5-6. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-privatizacao-do-casamento/>>. Acesso em 03 jun. 2023.

Não obstante ainda existirem vozes na doutrina³⁷⁶ que defendam ser viável o controle judicial sob o fundamento da segurança jurídica, mormente à preservação de direito de terceiros, na realidade, inexiste uma majoração dos riscos tanto aos cônjuges como a terceiros pela adoção da via extrajudicial.

Como já pontuado, cabe ao Estado garantir espaço para que a pessoa humana possa desenvolver as suas escolhas, cuja autodeterminação resulta, direta e proporcionalmente, em uma responsabilidade³⁷⁷. E, nessa linha, defende corrente norte-americana que há de ser adotado um paternalismo libertário³⁷⁸, no qual, ao mesmo tempo que disponibiliza aos indivíduos o modelo que o legislador considera melhor opção, também permite a possibilidade de este ser recusado, garantindo ao casal a liberdade de escolha quanto à forma que melhor se adeque àquela entidade familiar.

Isso porque, desde que atendida a função que cabe à família constitucionalizada, isto é, que as relações sejam pautadas na solidariedade, responsabilidade e afetividade para a promoção daqueles que a ela pertencem, de modo a serem merecedoras de tutela pelo ordenamento jurídico³⁷⁹, pouco importa a forma como o compromisso entre os seus integrantes é firmado, não cabendo ao Estado intervir nessas relações.

E, dentre os diversos ramos do Direito Civil, sem sombra de dúvidas, a seara das relações familiares é a mais atingida pelas rápidas alterações na sociedade e em virtude da diversidade cultural existente, o que demanda constantes e ágeis adaptações na legislação. Não é mais possível permanecer presa a um exacerbado

³⁷⁶ Dentre esses, convém citar GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. 2008. 272 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 186.

³⁷⁷ MULTEDO, Renata Vilela. *A intervenção do Estado nas relações de família: limites e regulação*. 2016. 276 f. Tese – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 39.

³⁷⁸ SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. Libertarian paternalismo is not an oxymoron. *civilistica.com*. Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, 2015. Disponível em <https://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Sunstein-e-Thaler-civilistica.com-a.4.n.2.20151-4.pdf>. Acessado em 03 jun. 2023.

³⁷⁹ Para Ana Carolina Brochado e Renata de Lima Rodrigues “a família democrática é o *locus* propício para que as pessoas possam nela encontrar um espaço que proporcione a realização pessoal, que reflita os acordos firmados entre pessoas livres e capazes, mas também *locus* de acolhida para aqueles que não estão em condições de decidir sobre a própria vida. Trata-se, ao mesmo tempo, de um espaço de liberdade e de solidariedade, no qual é possível a construção do afeto e da reciprocidade entre seus membros, sem hierarquia.” TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A tensão entre ordem pública e autonomia privada no direito de família contemporâneo: da não interferência do Estado na (des)constituição familiar e na comunhão de vida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 94.

formalismo, no intuito de garantir o livre desenvolvimento das pessoas e busca pela felicidade. A constante releitura do direito das famílias é destacada por Heloisa Helena Barboza e Vitor Almeida:

Nesta toada, o direito das famílias contemporâneo é desafiado a desapegar-se de sua índole publicista e imperativa, na medida em que baseado na pretensão de um modelo de familiar fundado no casamento e promotor da “paz doméstica”, e deve direcionar-se para um espaço de maior liberdade não somente nos arranjos familiares, mas igualmente no gerenciamento da vida econômica em comum e dos aspectos extrapatrimoniais na comunidade familiar, ressalvada a proteção dos direitos dos vulneráveis.³⁸⁰

Por conta disso, torna-se ainda mais relevante a exigência do cuidado pelo legislador de não decidir de acordo com suas percepções pessoais, pautado na sua própria concepção de justiça, ao trazer de forma genérica e apriorística princípios constitucionais, desacompanhada da devida fundamentação.

Aliás, antes mesmo da edição do atual Código Civil já existiam relevantes vozes na doutrina com severas críticas a essa forte interferência estatal nas relações privadas. Nesse sentido, convém trazer novamente à baila o saudoso João Batista Villela:

Em sua crônica obstinação de navegar na contracorrente da história, o Brasil insiste em impor normas para tudo, quando a consciência dos novos tempos e a superação de paradigmas positivistas apontam para a desregulamentação. A bulimia normativa constitui um dos traços mais persistentes e autoritários de nossa cultura: Legisla-se sempre, e cada vez mais, sobre o imaginável e o inimaginável, como se a regra do Estado apusesse aos assuntos uma espécie de selo de qualidade. Esta atitude supõe, mas também alimenta a infantilização das pessoas individualmente consideradas e a castração da sociedade civil. É como se umas e outra fossem incapazes de adotar, por si mesmas, regras de convivência e de composição dos seus interesses.³⁸¹

Em que pese ainda ser adotada a via judicial como a principal forma de resolução dos conflitos no âmbito familiar e sucessório, já se vislumbra relevante movimento de desjudicialização da jurisdição voluntária para cartórios extrajudiciais, ao versar sobre atos da vida civil e procedimentos consensuais, sem

³⁸⁰ BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Contratualização das famílias e inexecução dos pactos antenupciais: admissibilidade e limites de cláusula penal. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Org.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. v. 02. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2021, p. 997.

³⁸¹ VILLELA, João Batista. Família Hoje. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A Nova Família: Problemas e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 80-81.

o envolvimento de pessoas incapazes, o que, além de valorizar a autonomia dos integrantes do grupo familiar, igualmente resulta em caminhos menos onerosos e céleres.

Ocorre que, se por um lado, possui o casal ampla autonomia para estabelecer regras patrimoniais que vigorarão ao longo da relação conjugal, contraditoriamente, por outro, essa autonomia é extremamente reduzida durante a sua vigência.

Diante da complexidade e pluralidade decorrente da contemporaneidade e laicidade do atual ordenamento, “os conceitos de ordem pública, de moral e de bons costumes são demasiadamente amplos e variáveis”³⁸². Assim, a escolha do projeto de vida conjugal não pode ser considerada como ilícita apenas por não ser compatível com o que, naquele momento, considera-se aceitável pela maioria da sociedade.

3.2.1. A boa-fé como premissa nas escolhas familiares

As relações no âmbito da família, ainda que de conteúdo essencialmente patrimonial, ultrapassam os fins individuais, ao terem como finalidade última o livre desenvolvimento do indivíduo, com fundamento na solidariedade familiar, para tutelar as demandas morais e materiais dos seus integrantes. E, exatamente nessa seara, a qual não possui cunho meramente negocial, por envolver situações relacionadas aos direitos da personalidade, que os deveres de cooperação, lealdade e confiança se fazem ainda mais necessários.

A boa-fé objetiva, distinta da subjetiva³⁸³, é tida como uma regra de conduta externa, isto é, um dever das partes daquela relação jurídica³⁸⁴, de pautar seus atos pela probidade, honestidade, lealdade e cooperação, tendo três funções básicas: (i) interpretativa (cânone hermenêutico – art. 113, CC), (ii) integrativa (criadora de

³⁸² MULTEDO, Renata Vilela. *A intervenção do Estado nas relações de família: limites e regulação*. 2016. 276 f. Tese – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 45.

³⁸³ “Diz-se subjetiva a boa-fé compreendida como estado psicológico, isto é: estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios”. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 5356, edição do Kindle.

³⁸⁴ MENEZES DE CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1997, p. 648.

deveres de conduta anexos – art. 422, CC) e (iii) restritiva (limitação ao exercício de posições jurídicas – art. 187, CC).

Sem prejuízo da incidência de todas nas relações familiares, diante do escopo do presente trabalho, atenta-se a sua função integrativa, mormente os deveres de conduta impostos às partes para atender as justas expectativas surgidas no âmbito familiar, desde que merecedoras de tutela.

Ante um ordenamento jurídico unitário, sistemático, coerente e lógico, o princípio da boa-fé objetiva não pode ficar restrito ao âmbito contratual, sob o fundamento da sua localização no Código Civil³⁸⁵, o que o tornaria dispensável de atenção nos demais ramos do Direito Civil. Como princípio geral de direito, extrapola a esfera obrigacional e projeta seus reflexos jurídicos em todas as espécies de relação jurídica, cuja observância é cogente, inclusive no ramo do direito de família.³⁸⁶

A boa-fé objetiva apresenta dois sentidos: o negativo – ao obstar comportamentos desleais – e o positivo, este relacionado ao dever de cooperação³⁸⁷ entre as partes da relação jurídica, para que seja cumprido de forma adequada o que fora pactuado.

Assim, por se tratar de um padrão de comportamento já esperado das partes, diante do qual essas devem se portar de “forma leal, harmônica, equilibrada e sem que haja qualquer abuso do exercício de faculdades jurídicas”³⁸⁸, e pela função serviente da entidade familiar, *locus* para o desenvolvimento dos integrantes e para a plena comunhão de vida, os cônjuges e conviventes jamais podem ser

³⁸⁵ O artigo 422 do Código Civil que dispõe sobre a boa-fé objetiva (“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”) está disposto no Título V do Código Civil que, por sua vez, regulamenta o direito contratual. Tal questão poderia ser facilmente superada se considerasse o casamento e união estável como forma de contratos, contudo, como já enfrentado no primeiro capítulo, não cabe uma aplicação apriorística das normas do direito contratual às relações familiares, ante as peculiaridades e os princípios específicos que regem tais institutos, de forma que apenas pode ser considerada a natureza contratual na sua formação e não no seu conteúdo.

³⁸⁶ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *O princípio da boa-fé objetiva no direito de família*. 2008. 272 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 127.

³⁸⁷ O Código Civil, em diversos dispositivos, trata sobre o dever de cooperação ligado à boa-fé objetiva, tanto no plano da conjugalidade, por exemplo o dever de mútua assistência entre os cônjuges (art. 1.566, III) e os conviventes (art. 1.724), como no da parentalidade, ao prever o dever dos pais de criação e educação dos filhos (art. 1.634, I) e o do exercício do poder familiar na administração dos bens dos filhos (art. 1.689, II).

³⁸⁸ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *O princípio da boa-fé objetiva no direito de família*. 2008. 272 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 97.

considerados como oponentes na relação familiar, com o objetivo de satisfazer os seus próprios interesses individuais.

No âmbito das questões patrimoniais familiares, o dever de lealdade tem forte impacto por exigir condutas transparentes, despidas da intenção de prejudicar o outro e do caráter fraudulento. Isso tanto no momento da sua constituição, com a escolha do regime de bens e a elaboração de pactos pré-conjugais, como durante a sua vigência, na hipótese de alteração do regime matrimonial eleito, além de após o seu encerramento, na divisão do patrimônio amealhado e na eventual prestação de alimentos.

Não é por demais repisar que os deveres fundamentais devidos reciprocamente pelos cônjuges e conviventes, em especial o de lealdade e solidariedade, permanecem até o fim, inclusive no transcurso da dissolução da sociedade conjugal.

E tal dever de lealdade ínsito às relações familiares é um ato gerador de legítimas expectativas no outrem, provendo uma relação de confiança entre os cônjuges, a qual, tida como tutela da confiança³⁸⁹, é definida por parte da doutrina como “efetivação do princípio da boa-fé objetiva por meio de um paradigma de conduta pautado na preservação da confiança alheia”.³⁹⁰

Ainda que haja uma omissão legal das limitações à manifestação de vontade dos cônjuges e conviventes acerca da estipulação do estatuto patrimonial que vigorará, a autonomia conferida pelo ordenamento jurídico aos integrantes da entidade familiar para escolher o que melhor se adegue aos interesses dos próprios há de ser sempre pautada no princípio da boa-fé objetiva, em consonância com o dever de lealdade e da confiança, cuja interdependência, traduz-se, no entendimento de Judith Martins-Costa, em

um aspecto da díade autonomia/heteronomia: os particulares se dão normas (autonomia), mas (i) assumem a responsabilidade por seus atos, nos limites predispostos pela ordem jurídica (autorresponsabilidade); e (ii) o ‘dar-se as próprias normas’ é conformado pelo direcionamento de condutas (boa-fé) e pela proteção das expectativas legitimamente

³⁸⁹ Sobre a relação da boa-fé objetiva e a confiança, assevera Menezes de Cordeiro: “Nas suas manifestações subjectiva e objectiva, a boa fé está ligada à confiança: a primeira dá, desta, o momento essencial; a segunda confere-lhe a base juspositiva necessária quando, para tanto, falte uma disposição legal específica”. MENEZES DE CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1250.

³⁹⁰ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *O princípio da boa-fé objetiva no direito de família*. 2008. 272 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 140.

suscitadas no alter, destinatário da declaração negocial, pelo ato de autonomia (proteção à confiança legitimamente gerada pelo ato de autonomia privada).³⁹¹

Diante das premissas acima, conclui-se que o princípio da boa-fé objetiva rege as relações familiares, independentemente da natureza, aqui com especial atenção aos deveres de lealdade e confiança. Portanto, as escolhas dos cônjuges e conviventes acerca do regime de bens e demais disposições patrimoniais, que se caracterizam como ato de vontade da pessoa, isto é, manifestação da autodeterminação do indivíduo, têm de ser limitadas pelos cânones interpretativos já mencionados.

Assim, a atuação estatal através do Poder Judiciário apenas se justificará acaso seja suscitada violação de preceitos esculpidos pelo ordenamento jurídico³⁹², a fim de apurar eventual abuso perpetrado por um dos cônjuges em face do outro ou em relação a terceiros de boa-fé.

3.2.2. Risco de fraude e vícios de consentimento tanto na forma judicial como na extrajudicial quanto à proteção aos cônjuges

Como tratado no capítulo anterior, um dos fundamentos para manutenção do procedimento judicial seria garantir a proteção dos cônjuges para que nenhum deles seja lesado por ato praticado pelo outro quando da alteração do regime de bens, isto é, evitar a presença de algum vício que macule a sua manifestação de vontade ou a prática de ato fraudulento à meação.

³⁹¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 4797, edição do Kindle.

³⁹² Acerca da relação horizontal existente entre o casal, Daniel Borrillo destaca que “se contratar significa dar primazia à vontade das partes e regredir à ordem pública de direção, parece indubitável que é no plano horizontal, ou seja, do casal, que o casamento já não pode ser considerado como uma instituição e que deve fazer parte definitivamente do domínio privado. Isto não significa necessariamente o fim de toda proteção. Com efeito, ao mesmo tempo que deixa a organização da vida conjugal nas mãos dos principais intervenientes, a ordem de proteção pública permite apoiar, se necessário, a parte que se encontra em situação de fragilidade”. (Texto no original: «Si contractualiser signifie donner prééminence à la volonté des parties et faire régresser l'ordre public de direction, il semble indubitable que c'est au niveau horizontal, c'est-à-dire celui du couple, que le mariage ne peut plus être considéré comme une institution et qu'il doit s'inscrire définitivement dans le domaine privé. Cela ne veut nullement dire la fin de toute protection. En effet, tout en laissant dans les mains des principaux intéressés l'organisation de la vie conjugale, l'ordre public de protection permet de soutenir, le cas échéant, la partie qui se trouve dans une situation de fragilité »). BORRILLO, Daniel. *La famille par contrat – la construction politique de l'alliance et de la parenté*. Paris: Puf, 2018, p. 88.

O ponto de partida para o estudo da matéria é que se está a tratar de direito disponível, cuja decisão envolve pessoas, a princípio, aptas a prática de atos de disposição do seu patrimônio e igualmente possuem uma relação pautada no afeto. O objetivo mediato almejado com a alteração do regime de bens é promover a manutenção daquela entidade familiar, *locus* do livre desenvolvimento dos seus integrantes.

Ressalve-se, contudo, que não se está a presumir uma plena igualdade material entre os cônjuges e conviventes no âmbito familiar. Em que pese o constituinte de 1988 ter expressamente garantido os mesmos direitos e deveres a ambos, retirando do homem a posição de único provedor e administrador da família³⁹³, na prática, “as mulheres seguem vulneráveis no contexto social brasileiro, não obstante os escritos constitucionais da isonomia que se apresentam muito mais presentes na legislação do que no comportamento da sociedade”.³⁹⁴

Assim, o que aqui se discute envolve a verificação em concreto de vulnerabilidade que sujeite uma das partes da relação conjugal ou convivencial a uma posição de submissão a impossibilitá-la de expressar livre e conscientemente a sua vontade. Hipótese essa que resulta em ato maculado na sua essência, passível de invalidade.

Não se pode olvidar que a prática do ato de modificação do regime de bens pode ser utilizada por um dos cônjuges ou conviventes para lesar a meação do outro. Aliás, ao analisar o instituto da fraude no âmbito do direito de família, Rolf Madaleno destaca as diversas formas utilizadas para além do instituto da alteração do regime de bens. Por exemplo, a formatação de uma sociedade para administrar bens conjugais, mas sem nenhuma atividade produtiva, simulações de dívidas para

³⁹³ Heloisa Helena Barboza e Vitor Almeida discorrem sobre a desigualdade de gênero no país ainda presente após a Constituição de 1988 e a vulnerabilidade das mulheres, especialmente quanto às restrições impostas à autonomia corporal, ao defenderem que “ao legislador não cabe simplesmente garantir uma igualdade formal entre gêneros. Diante de uma realidade sociocultural marcada pela desigualdade, é preciso promover uma igualdade substancial, que vise tutelar a dignidade social e autonomia da mulher de forma efetiva”. BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. (Des)Igualdade de gênero: restrições à autonomia da mulher. *Pensar*. Fortaleza, v. 22, n. 1, jan./abr. 2017, p. 262.

³⁹⁴ MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 59, edição do Kindle. Além disso, vale trazer à baila a assimetria entre homens e mulheres a qual, atualmente, opera-se numa perspectiva interseccional, pois “as desigualdades de gênero operam de maneiras diferentes, a depender de outros marcadores sociais – como, por exemplo, raça, classe, escolaridade, origem, etnia, deficiência, idade, identidade de gênero e sexualidade”. CNJ. Portaria n. 27 de 02 de fevereiro de 2021. Brasília: CNJ, 2021, p. 22. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em 29 jan. 2024.

aumentar ficticiamente o passivo conjugal e utilização de interpostas pessoas físicas, com a intermediação de um terceiro de boa-fé ou não.³⁹⁵

O que se pretende, portanto, demonstrar é que o mero fato de ser exigida a alteração pela via judicial não garante, por si só, maior proteção aos cônjuges e conviventes. Ainda mais quando sopesada com a exacerbada interferência estatal na vida íntima daquela família ante a exigência de exposição de justo motivo, cujas procedências serão apreciadas pelo Poder Judiciário.

Aliás, basta se atentar para o respectivo procedimento judicial previsto na legislação. É formulado pedido conjunto de modificação, com a exposição de algum motivo, do qual nem sempre é possível aferir a sua veracidade, – sem sequer haver previsão legal de designação de audiência para oitiva das partes – e são exigidas certidões e outros documentos nitidamente voltados para demonstrar ausência de dívidas.

Nenhuma medida específica é prevista em lei e tampouco adotada pelo Poder Judiciário a fim de apurar se a declaração externada condiz com a real vontade das partes envolvidas.

Logicamente, caso tenha de fato o objetivo de fraudar a meação ou mesmo esteja presente algum vício de consentimento, o pedido formulado não exporia tal intenção por escrito, da mesma forma como não constaria quando da lavratura de uma escritura de alteração do regime de bens, se fosse autorizada pela legislação.

Portanto, considerando o procedimento esculpido no Código Civil, complementado pelo Código de Processo Civil, não se depreende qualquer ato previsto em Lei que demonstre uma maior e efetiva proteção aos cônjuges com a propositura da ação judicial do que com a lavratura de escritura pública em ofício de notas.

Mesmo na eventualidade de que presente algum vício de consentimento e constatada fraude à meação – seja pela via judicial ou pela extrajudicial – o ordenamento jurídico prevê para ambas as hipóteses idênticas ferramentas de combate aos vícios de vontade³⁹⁶, cuja incidência dos dispositivos da parte geral do

³⁹⁵ MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 903, edição do Kindle.

³⁹⁶ Tratando especificamente do pacto antenupcial, que aqui se aplica igualmente, Debora Gozzo registra que pode “acontecer de o nubente não manifestar a sua vontade de uma forma hígida, ou seja, sem vício. Sempre que isso ocorrer, o pacto antenupcial, bem como qualquer outro negócio jurídico (isto faz parte da teoria geral do direito civil), será anulável por conter defeito” GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 100-101.

Código Civil deverá ser pautada nos princípios basilares que regem as relações familiares.

Primeiro, resta configurado defeito no negócio jurídico entabulado que o torna passível de anulação quando presente algum vício de consentimento³⁹⁷, no qual se enquadram o erro ou ignorância, dolo e coação, ou vício social³⁹⁸, esse representado pelo estado de perigo, lesão e a fraude contra credores. Em todas as hipóteses, é previsto o prazo decadencial de 4 (quatro) anos, nos termos do art. 178 do Código Civil³⁹⁹, para a sua anulação.

No caso de modificação do regime de bens e analisando neste tópico em específico a proteção aos cônjuges e companheiros, remete-se principalmente aos vícios de consentimento.⁴⁰⁰

Dentre esses, inicia-se pelo erro que recai na essência da manifestação de vontade do agente⁴⁰¹, de forma que se tivesse conhecimento, não teria praticado o ato, notadamente quando o agente incurso no erro detém a falsa percepção das consequências jurídicas do negócio celebrado (art. 139, III, CC). Em tal erro de direito, a declaração é viciada quando um dos cônjuges ou conviventes a faz fundada “na ignorância da norma de direito positivo ou baseado em sua falsa interpretação, e que não realizaria o negócio se estivesse perfeitamente informado”.⁴⁰²

³⁹⁷ Como leciona a doutrina, “os vícios de consentimento refletem divergência entre a vontade declarada e a vontade que seria declarada não fosse a circunstância externa que afetou a manifestação da vontade.” OLIVA, Milena Donato; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do Direito Civil* – Vol. 1. Teoria geral do direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 304, edição do Kindle.

³⁹⁸ Já os vícios sociais “refletem a reprovação legal aos negócios jurídicos praticados sob certas circunstâncias, de modo a acarretar verdadeira dissonância entre a vontade declarada e os ditames do ordenamento jurídico.” OLIVA, Milena Donato; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do Direito Civil* – Vol. 1. Teoria geral do direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 304, edição do Kindle.

³⁹⁹ Registre-se, por oportuno, que o STJ já teve a oportunidade de afastar o prazo anual previsto no art. 657 do CC nas hipóteses de partilha decorrente de divórcio, por entender que tal dispositivo se aplica exclusivamente no âmbito sucessório. Nesse sentido: AgInt no REsp 1.897.743/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, julg. 13 nov. 2023, publ. 21 nov. 2023; AgInt no AREsp 1.597.099/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, julg. 26 jun. 2023, publ. 28 jun. 2023; e REsp 1.322.726/MT, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 23 jun. 2015, publ. 30 jun. 2015.

⁴⁰⁰ Quanto aos vícios sociais, notadamente o da fraude contra credores, por envolver direito de terceiros e não apenas os cônjuges e companheiros daquela relação familiar, este será analisado no tópico seguinte.

⁴⁰¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil* – V. 1. Introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil. 30. ed., rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 422.

⁴⁰² PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil* – V. 1. Introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil. 30. ed., rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 425.

Além disso, aqui tem relevante importância o falso motivo (art. 140, CC). Pela doutrina abalizada, é causa de anulabilidade quando demonstrado ser a razão determinante⁴⁰³ do próprio objeto da alteração do regime de bem, de modo que sua falsidade tem aptidão de macular o negócio celebrado entre os conviventes ou cônjuges. É o caso, por exemplo, em que um dos cônjuges, de fato, acredita que a única razão para alteração do regime da comunhão universal para a separação convencional é possibilitar o seu ingresso como sócio na empresa do outro cônjuge, para superar a vedação do art. 977 do Código Civil⁴⁰⁴, inclusive assim constando como condição no instrumento, fato esse que não se concretiza no futuro.

No âmbito das relações familiares, as quais são pautadas no princípio da solidariedade e, por conseguinte, da confiança⁴⁰⁵ entre os seus integrantes, torna-se ainda mais proeminente o motivo que levou os cônjuges e conviventes a emitirem suas declarações de vontade sobre o regime de bens. O estatuto patrimonial eleito, repise-se, tem como objetivo último a proteção de direitos inerentes da personalidade e a garantia da plena comunhão de vida durante a vigência daquela entidade conjugal.

Ressalve-se apenas que, no caso em concreto, para aplicação do falso motivo, é imprescindível que a parte se desincumba do ônus probatório de demonstrar que aquele motivo externado fora determinante para sua concordância com a modificação do regime de bens. Caso assim não o faça, não estará configurado tal vício apto a anular o ato praticado.

Também é passível de anulação, e este ainda mais presente nas situações familiares, quando constatado o dolo. Neste, maliciosamente, um dos cônjuges ou conviventes, ou, até mesmo um terceiro, desde com a ciência daquele, induz o outro

⁴⁰³ OLIVA, Milena Donato; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do Direito Civil* – Vol. 1. Teoria geral do direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 309, edição do Kindle.

⁴⁰⁴ “Art. 977. Faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com herdeiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória”.

⁴⁰⁵ Carlos Nelson Konder afirma que “o exame do negócio jurídico, capaz de vincular as partes a efeitos jurídicos, não se deve pautar pela investigação subjetiva do querer individual, mas tampouco, em nome da segurança jurídica, prender-se exclusivamente à forma pela qual a vontade foi declarada; as tendências hodiernas dirigem-se a considerar o padrão de conduta do declarante que justifique imputar-lhe as consequências pela declaração de vontade e a avaliação, no caso concreto, da legítima confiança construída entre as partes”. KONDER, Carlos Nelson. Erro, dolo e coação: autonomia e confiança na celebração dos negócios jurídicos. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (org.). *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 612.

em erro para beneficiar a si próprio ou a terceiro⁴⁰⁶, mormente quando um deles omite, propositalmente, um dado importante que, se o outro tivesse conhecimento, não teria praticado o ato.⁴⁰⁷

Basta imaginar a hipótese em que, casados no regime da separação convencional, um dos cônjuges, que objetiva contrair vultoso empréstimo com parente para fins particulares e sabedor que não detém condições de arcar com a dívida futura, convence o outro, sem aclarar as suas reais razões, a modificar o regime para o da comunhão universal a fim de que o patrimônio particular deste último se torne comum e, com isso, possa responder pelas dívidas que serão contraídas.

Por fim, o terceiro vício que é a coação, esta compreendida como uma força moral ou física irresistível, séria e injusta, além de iminente e considerável⁴⁰⁸, que incute o fundado temor de dano à sua pessoa, seus familiares⁴⁰⁹ ou seus bens, o que o leva a externar uma emissão volitiva em divergência com o que deseja⁴¹⁰. Neste, devem ser analisadas as circunstâncias concretas da vítima para verificar se houve a presença do referido defeito no ato celebrado.⁴¹¹

⁴⁰⁶ “assim como se demanda que o erro seja essencial ou substancial, no sentido de que o negócio não se teria celebrado sem ele, também o dolo deve ser o que provocou a declaração de vontade, utilizando-se aqui a denominação dolo principal ou causal”. KONDER, Carlos Nelson. Erro, dolo e coação: autonomia e confiança na celebração dos negócios jurídicos. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (org.). *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 620.

⁴⁰⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil – V. 1. Introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil*. 30. ed., rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 426-427.

⁴⁰⁸ KONDER, Carlos Nelson. Erro, dolo e coação: autonomia e confiança na celebração dos negócios jurídicos. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (org.). *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 627.

⁴⁰⁹ Nos termos do parágrafo único do art. 151 do CC, também é possível a configuração de coação quando dizer respeito a pessoa não pertencente à família do paciente, o que será apurado pelo juiz diante das circunstâncias do caso concreto.

⁴¹⁰ Explica Caio Mario da Silva Pereira que “de duas maneiras pode o agente ser compelido ao negócio jurídico: ou pela violência física, que exclui completamente a vontade, a chamada *vis absoluta*, que implica a ausência total de consentimento; ou pela violência moral, *vis compulsiva*, que atua sobre o ânimo do paciente, levando-o a uma declaração de vontade viciada”. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil – V. 1. Introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil*. 30. ed., rev., e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 429.

⁴¹¹ Além da essencialidade que deve estar presente em todos os vícios de consentimento, Carlos Nelson Konder destaca a “exigência de que a coação seja idônea a provocar um fundado temor, a perturbar a estabilidade psicológica da vítima fazendo com que ela tome uma decisão que normalmente não tomaria. Essa averiguação não mais se pauta por um padrão abstrato, pois deve levar em conta, por expressa recomendação do art. 152 do Código Civil, as características da vítima em concreto”. KONDER, Carlos Nelson. Erro, dolo e coação: autonomia e confiança na celebração dos negócios jurídicos. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (org.). *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 626.

A coação resta configurada, a título exemplificativo, quando um dos cônjuges faz uma real ameaça de interromper de imediato o custeio do tratamento de saúde indispensável de algum familiar doente do outro cônjuge, sem o qual não sobreviverá e que não detém condições de arcar com essa despesa, caso não seja modificado o regime de bens.

Analizados os vícios de consentimento e diante da praxe na ausência de designação de audiência pelo Poder Judiciário neste tipo de demanda, entende-se que é mais factível ao tabelião de ofício de notas, que participará do ato da lavratura de escritura, apurar eventual situação de coação, bem como os demais vícios apontados, do que o juiz que somente analisará os autos do processo.

E aqui, impossível não realizar a devida comparação nos casos de divórcio e de dissolução união estável e a possibilidade da realização pela via extrajudicial, como já tratado em oportunidades anteriores. Tanto o pedido de alteração do regime de bens como a realização da partilha consensual de bens na dissolução da sociedade conjugal têm a natureza de negócios jurídicos de direito família firmados pelas partes.

Por conta disso, convém trazer novamente à baila a Resolução n. 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça. Ao disciplinar a lavratura dos atos notariais relacionados a inventário, partilha, divórcio consensual e extinção consensual de união estável por via administrativa, expressamente estabelece que, na hipótese de partilha relacionada à dissolução em vida do casamento ou da união estável, aplicam-se as regras da partilha realizadas em inventário⁴¹². Nessas por sua vez, há previsão de não realização do ato pelo tabelião em caso de “fundados indícios de fraude ou em caso de dúvidas sobre a declaração de vontade de alguns dos herdeiros”.⁴¹³

Assim, conclui-se que, embora ambas as modalidades – judicial e extrajudicial – não sejam imunes a eventuais tentativas de fraudes à meação e a presença de vícios de consentimento, essas possuem as mesmas ferramentas

⁴¹² “Art. 39. A partilha em escritura pública de separação e divórcio consensuais far-se-á conforme as regras da partilha em inventário extrajudicial, no que couber”.

⁴¹³ Assim dispõe o art. 32 da aludida Resolução na íntegra: “Art. 32. O tabelião poderá se negar a lavrar a escritura de inventário ou partilha se houver fundados indícios de fraude ou em caso de dúvidas sobre a declaração de vontade de algum dos herdeiros, fundamentando a recusa por escrito”.

jurídicas e prazos legais para combater tais atos⁴¹⁴ e, pela via extrajudicial, possibilita-se ao casal a mudança do regime de bens sem a intervenção desproporcional e injustificada do Estado em questões de caráter patrimonial, disponível e de cunho íntimo daquele núcleo familiar.

3.2.3. Possibilidade de resguardar o terceiro no procedimento extrajudicial

A liberdade individual na forma tratada anteriormente, a qual está condicionada e proporcionalmente vinculada à responsabilidade, encontra seus limites nos direitos de terceiros e nos valores constitucionais. Constata-se aqui a estreita relação com o princípio da boa-fé objetiva e o dever de os cônjuges ou conviventes agirem com lealdade e probidade, evitando a ocorrência de fraude para prejudicar terceiros.

Contudo, ao contrário do defendido por Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel⁴¹⁵, tais preceitos fundantes do ordenamento não justificam o controle judicial prévio para “investigar a real intenção dos cônjuges com a pretendida alteração”, como se um possível e abstrato prejuízo a terceiros já fosse suficiente para obstar o pedido. O próprio legislador, preocupado com isso, ressaltou expressamente os direitos de terceiros prejudicados pelo ato praticado.

Sergio Gischkow Pereira afirma que, em relação aos efeitos da modificação perante terceiros, algumas premissas basilares devem ser destacadas:

Algumas obviedades estão em que: a) para a alteração do regime a vigorar exclusivamente no tocante ao futuro, a eficácia perante terceiros só opera depois que a mudança foi posta no registro de imóveis; b) se a alteração tiver eficácia retroativa, é evidente – o que asseverei mais de uma vez e com ênfase – que os terceiros (caso típico dos credores dos cônjuges) nada tem a ver com ela, salvo se lhes for benéfica.⁴¹⁶

⁴¹⁴ Aplica-se ao caso o art. 171, inciso II, do CC, o qual reconhece como anulável os negócios jurídicos “por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores”, cujo prazo decadencial é de 4 (quatro) a contar do dia que se realizou o negócio jurídico em caso de erro e dolo (art. 178, II, CC) ou do momento que cessar na hipótese de coação (art. 178, I, CC).

⁴¹⁵ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *O princípio da boa-fé objetiva no direito de família*. 2008. 272 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 186.

⁴¹⁶ PEREIRA, Sergio Gischkow. Regime de bens. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (coord.). *Família e sucessões: direito de família patrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais - v.5), p. 464.

O resultado da alteração no estatuto patrimonial da família que atinja negativamente terceiro de boa-fé não produzirá, em relação a este, qualquer efeito, o qual poderá, se assim o desejar, promover as medidas constrictivas quanto ao patrimônio transferido ante a ineficácia do mencionado ato.

Não obstante a redação legal já promover a proteção necessária aos terceiros, ainda que se considere como um requisito de validade a ausência de possível prejuízo a terceiros, isto é, não sendo enquadrada no plano da eficácia, permanecem presentes as ferramentas jurídicas de proteção ao terceiro de boa-fé caso o ato seja praticado através da lavratura de escritura pública.

Para tanto, basta comparar com os inúmeros atos de disposição – gratuitos ou onerosos – de bens através da lavratura de escrituras públicas, como doações, permutas, compra e venda, dação em pagamento, além de vários outros. Tal como na alteração do regime de bens, os referidos atos têm como consequência a modificação no patrimônio do indivíduo.

Nada obsta que uma pessoa, com dívidas que ultrapassam em muito os seus bens, realize a doação de imóvel que integra seu patrimônio, por exemplo. A escritura pública será lavrada pelo ofício de notas, com as devidas ressalvas em relação às certidões de praxe e obrigatórias⁴¹⁷. Caso seja lesado o credor existente à época do ato, deterá as medidas legais estabelecidas no ordenamento para preservação do seu direito e satisfação do crédito que faz jus.

Privilegia-se a autonomia privada dos contratantes, enquanto exercício legítimo da liberdade, essa sempre vinculada à responsabilização deles por suas escolhas. Simultaneamente, garante aos terceiros de boa-fé os instrumentos jurídicos para proteção dos seus direitos, caso esse exercício não represente a realização de um valor constitucional⁴¹⁸. Indaga-se qual seria o óbice no ordenamento para aplicação dessas exatas premissas no âmbito das relações patrimoniais familiares.

⁴¹⁷ Nos termos da Lei n. 7.433/1985, além dos documentos de identificação das partes, devem ser exigidos para lavratura de escritura pública a comprovação do pagamento do imposto de transmissão eventualmente incidente, as certidões fiscais e as certidões de propriedade e de ônus reais. Ressalve-se apenas que cada Corregedoria Estadual, através de seus códigos de normas, estabelece outras certidões e documentos a serem apresentados a depender do ato a ser praticado pelo ofício de notas.

⁴¹⁸ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 358.

Neste momento, convém analisar o vício social da fraude contra credores⁴¹⁹ sob o enfoque do presente trabalho. Hipótese em que a mudança do regime de bens é promovida por um ou ambos os cônjuges/conviventes no intuito de prejudicar seus credores, ou ao menos tendo a consciência que assim produzirá dito dano, cujo ato levará ao estado de insolvência ou o agravará.

O ato fraudulento é assim qualificado quando resultar no comprometimento da capacidade daquele devedor de honrar com as suas obrigações, reduzindo-o à insolvência ou agravando este quadro⁴²⁰. E, consoante a atual jurisprudência⁴²¹, ainda que a dívida não seja devida na data do ato praticado, se demonstrado intuito específico de fraudar esses credores, restará configurada a fraude para apuração em demanda própria.

Para essas hipóteses, o legislador já apresenta instrumentos jurídicos direcionados à proteção a terceiros de boa-fé, notadamente a propositura de ação pauliana (ou revocatória). Através dessa, poderá o credor pleitear a anulação do ato, de forma que o bem objeto do ato fraudulento passará a integrar acervo a fim de realizar o pagamento mediante concurso de credores.

No caso da ação pauliana, cabe ao credor, no momento da propositura dessa demanda, dentre outros requisitos, demonstrar o *eventus damni* (prejuízo que o negócio fraudulento o tenha causado). Ou seja, não basta que o negócio pudesse ser, em tese, danoso ao próprio, há de existir – e ser provado – o prejuízo efetivo.

Novamente constata-se, despido de fundamento jurídico, um tratamento diferenciado para a alteração do regime de bens e demais atos de disposição do patrimônio no âmbito extrajudicial, qual seja, o ônus probatório.

Em ambas as hipóteses, o objetivo da Lei é obstar atos praticados no intuito de prejudicar terceiros de boa-fé. Ocorre que, enquanto na alteração do regime de bens tal ônus é imputado aos cônjuges (em completa subversão da presunção de boa-fé), em todos os demais atos que resultem em redução patrimonial, mesmo que fraudulentos, o dever de comprovar é do terceiro de boa-fé.

⁴¹⁹ Ao tratar dessa forma de vício, o autor destaca que o “ato é real, a declaração de vontade está na conformidade do querer íntimo do agente, tendo como efeito um resultado prejudicial a terceiro”. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil* – V. 1. Introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil. 30. ed., rev., e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 434.

⁴²⁰ OLIVA, Milena Donato; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do Direito Civil* – Vol. 1. Teoria geral do direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 322, edição do Kindle.

⁴²¹ MC 16.170/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andriighi, julg. 20 out. 2009, publ. 18 nov. 2009.

Aliás, Debora Gozzo, ao realizar o estudo sobre o pacto antenupcial, já anteviu a possibilidade de os nubentes utilizarem essa ferramenta, produzida pela via extrajudicial, para “estabelecer, no negócio pactício, regime de bens ou cláusulas outras que prejudiquem eventuais credores”. Nessa hipótese, “o prejudicado poderá requerer em juízo a decretação da anulação do pacto, desde que já fosse credor do pactante antes da celebração do casamento”.⁴²²

Por fim, ainda que considerado anulável o negócio, isto é, na esfera da validade, é indubitável que a apuração dos requisitos legais para a configuração de eventual fraude contra credores⁴²³ não é compatível com ação de jurisdição voluntária de alteração do regime de bens, exigindo a propositura de ação própria.

Diante dessas considerações, detém o terceiro lesado ferramentas para preservar o seu direito decorrente do ato de disposição pela alteração do regime de bens ainda que realizado pela via extrajudicial.

3.2.4. Alternativas para preservação do interesse de terceiros de boa-fé

Sem prejuízo de acima terem sido apontadas as ferramentas necessárias que detém o terceiro de boa-fé prejudicado com a alteração do regime de bens, conferidas pelo legislador para preservação do seu direito, ainda que tal ato seja realizado pela via extrajudicial, não se pode olvidar que, no intuito de garantir maior proteção pelo ordenamento jurídico, podem ser estabelecidas, através de proposta legislativa, outras medidas a serem adotadas pelos cônjuges.

Primeiro, a modificação do regime de bens no casamento de forma extrajudicial deve ser realizada necessariamente através da lavratura de escritura pública em ofício de notas. A exigência tem como finalidade respeitar a mesma formalidade imposta pela Lei quando da escolha do estatuto patrimonial pelos nubentes antes do casamento, através do pacto antenupcial. Formalidade essa que garante a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia do ato praticado.⁴²⁴

⁴²² GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 107.

⁴²³ A doutrina aponta como requisitos para a configuração da fraude contra credores o *eventus damni*, a insolvência e, se realizada através de negócio oneroso, o *consilium fraudis*. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil – V. 1. Introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil*. 30. ed., rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 434-435.

⁴²⁴ Assim estabelece o art. 1º da Lei n. 8.935/1994: “art. 1º Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos”.

Além disso, igualmente com o objetivo de garantir a publicidade e, por conseguinte, a sua eficácia, há de ser averbada na certidão de casamento e registrada no Registro de Imóveis do domicílio do casal, bem como averbada nas matrículas dos imóveis de propriedade de um ou ambos os cônjuges. Caso o domicílio seja distinto do que fora eventualmente registrado o pacto antenupcial quando da celebração do casamento, neste caberá o registro no respectivo Livro Auxiliar. E, sendo um dos cônjuges empresário, a escritura também deverá ser arquivada na junta comercial competente.

Inclusive, os projetos de lei já tratados, alguns mais detalhados que outros, têm como ponto comum a obrigatoriedade do registro da modificação para iniciar a produção de efeitos. Garante-se, dessa forma, a publicidade do ato a fim de que terceiros de boa-fé prejudicados possam, ao ter conhecimento, proteger seus interesses mediante a propositura da ação judicial cabível, desde que preenchidos os requisitos legais indicados anteriormente.

E é importante gizar que tais medidas, se implementadas através de mudança na legislação, estarão em completa sintonia com as atualmente estabelecidas pelo legislador civil de 2002 em relação à publicidade e à proteção de terceiros e dos próprios cônjuges atinentes ao patrimônio comum constituído durante a vigência do casamento quando realizado um paralelo com o instituto da outorga conjugal.

É indubitável que a maior preocupação do legislador sempre fora com os bens imóveis, considerados como bens de raiz, para a prática de atos que, de alguma forma, possam reduzir o patrimônio comum ou atingir eventual direito de meação e herança do cônjuge. Para tanto, a outorga conjugal⁴²⁵ apenas é exigida nas restritas 4 (quatro) hipóteses elencadas no art. 1.647 do Código Civil⁴²⁶. As duas primeiras versam diretamente sobre bens imóveis (incisos I e II) e a terceira atinge, em caso

⁴²⁵ Importante registro que a outorga conjugal é dispensada no caso do regime da separação convencional de bens e na participação final nos aquestos, quando expressamente assim previsto pelos nubentes no pacto antenupcial (art. 1.656, CC).

⁴²⁶ “Art. 1.647. 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”.

de execução, tanto os bens móveis como os imóveis (inciso III⁴²⁷), inclusive os que integram o patrimônio particular de um dos cônjuges.

Ressalve-se apenas que, diante das diferenças nas formalidades entre o casamento e a união estável, a outorga conjugal nesta modalidade familiar não pode ser exigida nos exatos termos do artigo acima citado, conforme jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Em relação a alienar ou gravar de ônus reais bens imóveis (art. 1.647, inciso I, CC), conforme entendimento atual da referida Corte Superior, privilegiar-se-á terceiro de boa-fé que celebrou negócio jurídico sem a anuência do convivente se o contrato de convivência não estiver registrado na matrícula do imóvel⁴²⁸. A dispensa da outorga também é verificada na hipótese de prestação de fiança⁴²⁹, cabendo apenas seja preservada a meação em caso de leilão judicial. Por outro lado, quanto às demais disposições legais, quais sejam, a propositura de ação judicial envolvendo os bens e direitos reais⁴³⁰ e doações de bens comuns⁴³¹, será necessária a outorga do convivente.

Cabe registrar relevante discussão existente na doutrina⁴³² acerca da necessidade de revisitação do instituto da outorga conjugal. Não é mais condizente a primazia conferida pelo legislador aos bens imóveis, quando, na sociedade contemporânea, não raro, parte considerável do patrimônio familiar está alocado em bens mobilizados. Contudo, o paralelo aqui realizado com a outorga conjugal

⁴²⁷ Inclusive, no caso de fiança em contrato de locação, por expressa previsão no art. 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/90, afasta-se a impenhorabilidade do bem de família. No que atine ao aval, o STJ já teve a oportunidade de afastar a necessidade de outorga conjugal, como se afere pelo REsp 1.526.560/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo Tarso Sanseverino, julg. 16 mar. 2017, publ. 16 mai. 2017.

⁴²⁸ REsp 1.592.072/PR, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 21 nov. 2017, publ. 18 dez. 2017.

⁴²⁹ Para a união estável, o STJ afasta a incidência da Súmula n. 332 editada pela referida Corte Superior: “A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia”. REsp 1.299.866/DF, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 22 abr. 2014, publ. 25 abr. 2014.

⁴³⁰ A obrigatoriedade do consentimento do convivente para propositura da ação judicial que verse sobre direito real imobiliário, decorre do art. 73, § 3º, do CPC, sendo requisito para tal exigência a comprovação da união estável nos autos do processo.

⁴³¹ Eventual anulação do ato de disposição gratuita apenas será parcial, pois apenas recairá sobre a metade do convivente que praticou a doação.

⁴³² A primazia conferida pelo legislador aos bens imóveis é criticada por parte da doutrina, já que “na atualidade, o patrimônio mobiliário, inclusive familiar, pode assumir valor pecuniário muitas vezes maior que o imobiliário”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias* v.5. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2023, p. 7305, edição do Kindle. Igualmente registram tal preocupação TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do Direito Civil –Vol. 6. Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 109, edição do Kindle.

almeja única e exclusivamente demonstrar que as alternativas apresentadas para maior proteção ao terceiro são compatíveis com a atual legislação.

Portanto, o registro da alteração do regime de bens na certidão de casamento, no registro imobiliário do domicílio do casal e na junta comercial, caso algum seja empresário, promove idêntica publicidade e segurança jurídica que hoje é conferida para preservação dos interesses de terceiros de boa-fé que foram prejudicados com o referido ato.

3.3. Possibilidade de modificação do regime de bens na união estável

Como já pontuado, em que pese o casamento e a união estável serem entidades familiares que merecem a idêntica proteção pelo Estado, conforme previsto pelo constituinte de 1988, não havendo qualquer prevalência de uma sobre a outra, aquela é revestida por solenidades que não se projetam na segunda. Esta última é constituída espontaneamente, cuja informalidade lhe é inerente. Ante a diversidade de *ratio*⁴³³, as normas e efeitos vinculados à solenidade do casamento não podem ser transpostos à união estável.⁴³⁴

Nessa linha, indaga-se, inclusive, se o procedimento judicial para alteração do regime de bens previsto no art. 1.639, § 2º do Código Civil tem incidência nas uniões estáveis.

Mas antes, é preciso compreender se, em virtude da ausência de qualquer previsão normativa acerca do tema pelo legislador no que atine à união estável, é possível – independentemente da forma – promover a modificação do regime de bens.

Uma vez que as regras sobre o estatuto patrimonial incidem nas relações convivenciais apenas no que forem compatíveis com essa espécie de entidade familiar, vigora a liberdade dos conviventes de estabelecerem, quando e no momento que assim desejarem, ditas cláusulas. O legislador apenas exige seja feito

⁴³³ TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre o regime de bens no novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v. 2, 2008, p. 3. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/186.pdf>. Acesso em 07 mai. 2023.

⁴³⁴ Para corroborar tal entendimento, o Enunciado 641 aprovado na VIII Jornada de Direito Civil: “A decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil não importa equiparação absoluta entre o casamento e a união estável. Estendem-se à união estável apenas as regras aplicáveis ao casamento que tenham por fundamento a solidariedade familiar. Por outro lado, é constitucional a distinção entre os regimes, quando baseada na solenidade do ato jurídico que funda o casamento, ausente na união estável”.

por escrito (para afastar a incidência do art. 1.725 do CC) e não contravenha disposição absoluta em lei, os bons costumes e a boa-fé. Portanto, o simples fato de não haver expressa previsão legal acerca da alteração do regime de bens não obsta a sua realização nesta modalidade de família.

Além do mais, diante do fato de que a alteração tem como objetivo final a manutenção da plena comunhão de vida e, por conseguinte, do atendimento à função da entidade familiar, caso houvesse algum impedimento à união estável, enquanto autorizada ao casamento, restaria configurado injustificado tratamento diferenciado entre as entidades familiares para além de normas relacionadas às solenidades.

Assim, estabelecida a possibilidade de modificação do regime de bens, passa-se a análise acerca da necessidade de propositura da ação judicial na forma do art. 1.639, § 2º do Código Civil.

Para Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes⁴³⁵, o regime de bens pode ser alterado a qualquer tempo pelos conviventes, desde que não cause prejuízo a terceiros, e independe de autorização judicial como exigido no casamento.⁴³⁶

Nesse sentido, Rolf Madaleno leciona que “nos contratos de convivência os regimes de bens podiam ser modificados a qualquer tempo, sem nenhuma intervenção judicial”⁴³⁷. Enquanto no casamento inexistente “qualquer possibilidade de os cônjuges pretenderem alterar seu primitivo regime de bens por mera escritura pública lavrada em tabelionato [...], seja possível na alteração do contrato patrimonial firmado entre conviventes”⁴³⁸.

Aliás, Francisco José Cahali, quando ainda vigente o princípio da imutabilidade do regime de bens no Código Civil revogado, já defendia a possibilidade de modificação pelos conviventes, inclusive sem a necessidade de

⁴³⁵ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena Gomes; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 438-439.

⁴³⁶ No mesmo sentido, Rafael Calmon Rangel assevera que sua modificação pode ser feita extrajudicialmente, a qualquer tempo, com a mesma informalidade que permite a sua elaboração. RANGEL, Rafael Calmon. *Manual de partilha de bens: na separação, no divórcio e na dissolução da união estável - aspectos materiais e processuais*. 3. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 98, edição do Kindle.

⁴³⁷ MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1221, edição do Kindle.

⁴³⁸ MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 773, edição do Kindle.

atuação do Poder Judiciário. Inclusive, enfrenta as críticas de parte da doutrina que compreendia que o tratamento diferenciado promoveria uma vantagem à união estável em relação ao casamento⁴³⁹. Primeiro pelo fundamento que o viés do legislador deve ser o da menor interferência possível nas relações privadas. Em segundo lugar por que, embora restritiva, a limitação imposta à época

representa, ao menos no mundo jurídico, uma vantagem, não desvantagem, na medida em que tem sua origem e fundamento na garantia e segurança à parte mais fraca ou menos favorecida economicamente, mas emocionalmente mais sensível e apaixonada, em circunstâncias que poderiam levar a um abuso da outra parte, se maliciosamente envolvida em um espírito emulatório.⁴⁴⁰

A legislação deve fomentar a autonomia das partes – desde que ausente qualquer vulnerabilidade a ser apurada em concreto – através da redução de intervenção em relações nitidamente particulares e que versem sobre direitos disponíveis.

Já em relação à forma, considerando o disposto no art. 1.725 do Código Civil, o qual exige apenas a celebração de instrumento escrito para afastar a incidência do regime supletivo legal, idêntica aplicação deve ser adotada nos casos de modificação do regime anteriormente eleito. Bastará, portanto, aos conviventes a celebração de instrumento escrito, público ou particular.

Em virtude da informalidade que rege tal espécie de entidade familiar, questão que sempre fomenta debates na doutrina e jurisprudência envolve a publicidade do ato e a produção de efeitos perante terceiros.

Por sua origem factual, as relações convivenciais, por si só, não se impõem perante terceiros, cuja eficácia restringe-se, como regra, aos que nela estão

⁴³⁹ Em que pese Débora Gozzo defender que o legislador nada estabeleceu quanto a imutabilidade do regime de bens para a união estável, o que possibilita a modificação, diferente do casamento que até então era irrevogável, a autora registra que tal omissão legislativa resulta numa vantagem para a união estável. GOZZO, Debora. O patrimônio dos conviventes na união estável. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Direito de família – Aspectos constitucionais, civis e processuais*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 105 *apud* CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 86.

⁴⁴⁰ CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 87. Embora não mais se justifique a incidência do princípio da imutabilidade, por incompatibilidade, na sociedade contemporânea, com os novos arranjos familiares e a proteção conferida pelo ordenamento a ambos os cônjuges ao promover o princípio da isonomia, não se pode olvidar que permanece a relevância do primeiro fundamento apresentado pelo autor para garantia do tratamento diferenciado.

relacionados diretamente⁴⁴¹. Ocorre que a expansão dessa forma de entidade familiar e a busca de sempre garantir a segurança jurídica nas relações demandaram a edição de normas – principalmente através da Lei n. 14.382/2022 e pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – no intuito de garantir maior publicidade e formalidade nas uniões estáveis se assim desejarem os conviventes.

Dentre essas, vale mencionar a possibilidade de registro dos títulos de declaração de reconhecimento e/ou dissolução da união estável no Livro E do registro civil de pessoas naturais em que os conviventes têm ou tiveram sua última residência⁴⁴². Por força do art. 537, § 1º, do Provimento n. 149/2023 do CNJ⁴⁴³, tal ato conferirá efeitos jurídicos perante terceiros.

Dessa forma, a escolha do regime de bens ou a sua alteração poderá ser promovida pelos conviventes, tendo como único requisito a elaboração de instrumento escrito a ser realizado pela via extrajudicial. Para unificar e gerar maior segurança jurídica, além de produzir efeitos *erga omnes*, o Conselho Nacional de Justiça editou normas regulamentadoras do procedimento a ser adotado diretamente no cartório de registro civil de pessoas naturais⁴⁴⁴, a ser analisado na sequência.

3.3.1. Realização pela via extrajudicial: análise da Resolução n. 141/2023 do Conselho Nacional de Justiça

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em agosto de 2023, editou o Provimento n. 141 que, ao alterar o Provimento n. 37/2014, regulamentou o registro

⁴⁴¹ Inclusive, para Francisco José Cahali, o pacto de convivência, por ser não ser instrumento constitutivo desta modalidade de entidade familiar, “em nada, absolutamente nada, altera a relação dos conviventes com terceiros, no sentido de criar uma situação jurídica apta a ter repercussão *erga omnes*, ou impositiva da realidade nele retratada”. CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 190.

⁴⁴² A Lei 14.382/2022 que dispõe sobre o Sistema Eletrônico dos Registros Públicos (SERP), no seu art. 94-A regulamenta o registro “das sentenças declaratórias de reconhecimento e dissolução, bem como dos termos declaratórios formalizados perante o oficial de registro civil e das escrituras públicas declaratórias e dos distratos que envolvam união estável, serão feitos no Livro E do registro civil de pessoas naturais em que os companheiros têm ou tiveram sua última residência”.

⁴⁴³ “Art. 537. É facultativo o registro da união estável prevista no art. 1.723 a 1.727 do Código Civil, mantida entre o homem e a mulher, ou entre duas pessoas do mesmo sexo. § 1.º O registro de que trata o caput confere efeitos jurídicos à união estável perante terceiros”.

⁴⁴⁴ Cabe a ressalva que, em relação a bens imóveis, a oponibilidade da união estável a terceiros depende da sua averbação do contrato de convivência ou sentença declaratória de reconhecimento no competente registro de imóveis, como inclusive já se posicionou o STJ no julgamento do REsp 1.424.275/MT, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 04 dez. 2014, publ. 16 dez. 2014.

da união estável nos registros civis de pessoas naturais⁴⁴⁵ e, dentre as novidades implementadas, consta a possibilidade de os conviventes modificarem o regime de bens através de procedimento extrajudicial.

Poucos meses depois, publicado o Código de Normas do Foro Extrajudicial da Corregedoria Nacional de Justiça do CNJ (Provimento n. 149/2023), tendo consolidado todos os atos normativos relativos aos serviços notariais e registrais, inclusive o referido Provimento, com a manutenção de sua redação originária acerca do tema.

Percebe-se que a possibilidade de alteração extrajudicial pelos conviventes do regime de bens corrobora a distinção entre as duas formas de entidade familiar – casamento e união estável – ao permitir maior autonomia para esta última ante a informalidade que lhe é inerente, sem que, com isso, reduza a proteção conferida pelo constituinte de 1988.

A extremamente criticada necessidade de apresentação de justo motivo, cujas razões serão apuradas, como exige do art. 1.639, § 2º do Código Civil, e o elevado grau de subjetividade que dela decorre, não encontram espaço na normativa do CNJ. Basta que ambos os conviventes compareçam – pessoalmente ou representados por procurador constituído – ao registro civil de pessoas naturais de livre escolha e requeiram a modificação, sem exposição da razão. Deve apenas constar de forma expressa que “a alteração do regime de bens não prejudicará terceiros de boa-fé, inclusive os credores dos companheiros cujos créditos já existiam antes da alteração do regime de bens” (art. 547, § 1º).

Igualmente poderão, caso assim desejem, realizar a partilha dos bens comuns existentes no momento da alteração, quando será indispensável a presença de advogado ou defensor público (art. 547, § 3º), respeitada a regra do art. 108 do Código Civil⁴⁴⁶ se for a hipótese legal, além de eventual apuração de imposto de reposição na partilha desigual.

Além disso, após a controvérsia instaurada pela omissão do legislador quando da alteração do regime de bens no casamento acerca do termo inicial da

⁴⁴⁵ Em síntese, o referido provimento regulamentou três pontos acerca da união estável: (i) registro no RCPN e o termo declaratório; (ii) alteração do regime de bens extrajudicialmente; e (iii) conversão em casamento. Considerando o objeto do presente trabalho, restringir-se-á a análise do segundo item.

⁴⁴⁶ “Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País”.

produção dos efeitos, o CNJ teve a preocupação de expressamente estabelecer a sua irretroatividade⁴⁴⁷, em sintonia com o atual posicionamento do STJ, a ser estudado no tópico seguinte.

Entretanto, ainda permaneceu a inversão da presunção de boa-fé em decorrência de arraigada e acentuada preocupação em proteger interesses de terreiros. Isso porque, exige-se dos conviventes inúmeras certidões no art. 548, incisos I a III. Dentre essas as dos distribuidores cíveis e fiscais, dos tabelionatos de protestos e da justiça do trabalho. Novamente, transmuda-se para o plano da validade matéria atinente ao da eficácia.

Acrescente-se que o extenso rol de certidões ultrapassa em muito as que são exigidas para prática de atos de disposição por meio de escrituras públicas⁴⁴⁸, sejam gratuitos ou onerosos. Ditas exigências formuladas pelo CNJ nada mais representam do que uma onerosidade e burocracia aos conviventes, pois já há expressa previsão quanto à ineficácia da alteração perante terceiros prejudicados pela prática do ato.

Ainda nesse ponto, infere-se do referido Provimento uma contradição ao não exigir qualquer certidão quando a alteração do regime de bens envolver a conversão da união estável em casamento⁴⁴⁹. Como já tratado em oportunidade anterior, “o tratamento diferenciado para atos que produzirão efeitos idênticos não tem amparo no ordenamento jurídico, o que descortina a promoção da desburocratização em ambos os momentos e não apenas quando da conversão em casamento”.⁴⁵⁰

⁴⁴⁷ Por ser da própria essência do regime da comunhão universal de bens, alterado para esse regime em específico, haverá a retroatividade, ressalvados apenas os direitos de terceiros.

⁴⁴⁸ Desde a edição da Lei n. 13.097/2015, que alterou a Lei n. 7.433/1985, são dispensadas as certidões de feitos ajuizados e jamais houve previsão quanto às certidões dos tabelionatos de protestos. Para tanto, repise-se o §2º, do art. 1º, da Lei n. 7.433/1085: “O Tabelião consignará no ato notarial a apresentação do documento comprobatório do pagamento do Imposto de Transmissão *inter vivos*, as certidões fiscais e as certidões de propriedade e de ônus reais, ficando dispensada sua transcrição”.

⁴⁴⁹ Nesta hipótese, o artigo 549 do Código de Normas tão somente exige que conste a advertência de que não prejudicará terceiros de boa-fé. Segue o inciso IV do mencionado dispositivo: “IV — a seguinte advertência no caso de o regime de bens vigente durante a união estável ser diferente do adotado após a conversão desta em casamento: ‘este ato não prejudicará terceiros de boa-fé, inclusive os credores dos companheiros cujos créditos já existiam antes da alteração do regime’.”

⁴⁵⁰ ALMEIDA, Vitor; MIRANDA, Luciana de Abreu. Alteração extrajudicial do regime de bens na união estável: autonomia e segurança dos conviventes. *Migalhas Patrimoniais*. 08 nov. 2023. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-patrimoniais/396589/alteracao-extrajudicial-do-regime-de-bens-na-uniao-estavel>. Acesso em 02 fev. 2024.

Sem prejuízo das controvérsias acima apontadas, a regulamentação pelo CNJ sobre o tema trouxe relevante inovação, que deve ser reconhecida e fomentada. Em total consonância com o movimento de desjudicialização de procedimentos de jurisdição voluntária, iniciado com a tratada Lei n. 11.441/2007, a sua expansão para as relações matrimoniais, mediante alteração da norma em vigor, em nada afronta os preceitos dessa modalidade de entidade familiar. Ao revés, corrobora a autonomia privada e o fenômeno da privatização da família.⁴⁵¹

3.4. Retroatividade dos efeitos

O silêncio legislativo quanto à possibilidade de retroatividade dos efeitos da alteração do regime de bens resultou em amplo debate tanto na doutrina como na jurisprudência.

Fabiana Domingues Cardoso aponta a divergência existente na comunidade jurídica acerca dos efeitos quando da alteração do regime de bens. Isto é, se são *ex nunc*, em que todo e qualquer efeito que possa existir será efetivo e eficaz a partir da decisão transitada em julgada, ou *ex tunc*, hipótese em que os efeitos da sentença de mutabilidade do regime matrimonial retroagem ao início do casamento, englobando todo o acervo de bens do casal que tenha sido constituído em comum nesse período.⁴⁵²

Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Gomes Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes defendem que os efeitos têm natureza *ex nunc*, de forma que “os atos realizados na vigência do regime anterior terão seus efeitos por ele regidos. Da mesma forma, os atos realizados na vigência do novo regime observarão a nova disciplina jurídica”.⁴⁵³

Para essa vertente doutrinária, caso seja possível a retroatividade dos efeitos, restará configurada “enorme insegurança jurídica, sobretudo em relação aos

⁴⁵¹ MULTEDO, Renata Vilela; MORAES, Maria Celina Bodin de. A privatização do casamento. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016, p. 5-6. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-privatizacao-do-casamento/>>. Data de acesso 03 jun. 2023.

⁴⁵² CARDOSO, Fabiana Domingues. *Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdos*. 2009. 305 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 82.

⁴⁵³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 261.

terceiros de boa-fé que eventualmente tenham contratado com o casal acreditando que, na ausência de contrato, o regime vigente seria aquele estabelecido por lei”.⁴⁵⁴

Na mesma linha, o Projeto de Lei do Senado n. 470/2013, denominado “Estatuto das Famílias” afasta a omissão legislativa existente no Código Civil ao prever expressamente a vedação a retroatividade dos efeitos da modificação do regime de bens no art. 39, § 1º e estabelecer como termo inicial a averbação no assento de casamento (§ 2º).⁴⁵⁵

Por sua vez, Paulo Lôbo⁴⁵⁶ assevera que, como regra geral, a modificação valerá para o futuro, apenas sendo permitido alcançar os atos passados se o regime adotado beneficiar terceiro credor pela ampliação das garantias patrimoniais. Aponta o autor, exemplificativamente, a substituição de separação convencional por comunhão parcial ou universal.

Sob outra perspectiva, para Sergio Gischkow Pereira⁴⁵⁷ o próprio legislador autorizou a retroatividade dos efeitos, ao menos em relação aos cônjuges, desde que explícita a manifestação de vontade dos próprios neste sentido⁴⁵⁸. Esse entendimento decorre da expressão ao final do dispositivo “ressalvados os direitos de terceiros”, já que se não fosse possível, perderia o seu sentido⁴⁵⁹. Em relação aos terceiros, a retroatividade somente será autorizada se não causar prejuízos.

⁴⁵⁴ RANGEL, Rafael Calmon. *Manual de partilha de bens: na separação, no divórcio e na dissolução da união estável - aspectos materiais e processuais*. 3. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 98, edição do Kindle.

⁴⁵⁵ “Art. 39. É admissível a alteração do regime de bens, mediante escritura pública ressalvados os direitos de terceiros. §1.º A alteração não dispõe de efeito retroativo. §2.º A alteração produz efeito a partir da averbação no assento de casamento”. Disponível no site https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4590857&ts=1630416085074&disposition=inline&_gl=1*15n1u8y*_ga*ODE5MDEwOTc1LjE3MDQxNTEzMzA.*_ga_CW3ZH25XMK*MTcwNDYxMDE1My4yLjEuMTcwNDYxMDU4Ny4wLjAuMA. Acesso em 25 nov. 2023.

⁴⁵⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. v.5. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2023, p. 7098, edição do Kindle.

⁴⁵⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. v.5. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2023, p. 7098, edição do Kindle.

⁴⁵⁷ PEREIRA, Sergio Gischkow. Regime de bens. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (coord.). *Família e sucessões: direito de família patrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais - v.5), p. 461.

⁴⁵⁸ Inclusive registra o autor que a “retroação depende da explícita manifestação de vontade dos cônjuges, pois não se pode presumir a renúncia de direitos, e que não se pode tolerar o prejuízo de terceiros de boa-fé (além de prejuízo ao próprio cônjuge desavisado, coagido ou enganado)”. PEREIRA, Sergio Gischkow. A alteração do regime de bens: possibilidade de retroagir. *Revista Brasileira do Direito de Família*, Porto Alegre, v.6, n.23, mar./mai., 2004, p. 67.

⁴⁵⁹ Idêntico posicionamento é adotado por Maria Berenice Dias, a qual assevera que “os efeitos da mudança do regime perante os cônjuges podem dispor de efeito *ex tunc ex nunc*, a depender da vontade dos cônjuges, contanto que não prejudique terceiros. Podem retroagir à data do casamento ou até atingir bens anteriores, comuns ou particulares, já existentes ou bens futuros.” DIAS, Maria

Essa omissão do legislador acarretou a judicialização de conflitos acerca dos seus efeitos, tendo o STJ sido instado a se manifestar sobre a matéria em diversas oportunidades.

A 3ª Turma, quando julgamento do REsp 1.300.036/MT, ao analisar a controvérsia, afastou a tese firmada pela instância ordinária de que se aplicam os efeitos *ex tunc* já que o “regime de bens do casamento deve ser único ao longo de toda a relação conjugal”⁴⁶⁰, por inexistir disposição legal nesse sentido. Adotou a Turma a orientação do efeito *ex nunc*, de forma a preservar os interesses dos cônjuges e de terceiros. Casos análogos submetidos a Corte Superior posteriormente, seguiram a mesma linha de entendimento.⁴⁶¹

Convém registrar interessante caso analisado pela 4ª Turma do STJ⁴⁶² acerca da possibilidade de retroatividade quando a alteração pleiteada pelos cônjuges é para o regime da comunhão universal de bens. Fora proposta a ação de alteração do regime da separação convencional de bens para o da comunhão, no intuito de promover a comunicação de todos os bens presentes existentes, independentemente da data de aquisição.

As duas instâncias ordinárias autorizaram a modificação, mas fixaram como termo inicial o trânsito em julgado da sentença. O STJ reformou tais decisões por entender pela possibilidade de retroatividade acima debatida, desde que não configurada, no caso concreto, qualquer prejuízo ou lesão a terceiros e aos cônjuges. Além disso, apresentou como fundamento o fato de ser da própria natureza dessa modalidade de regime de bens a produção de efeitos *ex tunc*. Importante trecho do voto demonstra essa peculiaridade do caso:

Assim, repise-se, a hipótese do presente recurso é diversa, na medida em que as partes casaram-se pelo regime da separação eletiva de bens e, valendo-se da autonomia de vontade, optam agora por alterá-lo para o regime da comunhão universal de bens (o que supera, portanto, a comunhão parcial), manifestando, expressamente, a intenção de comunicar todo o patrimônio, inclusive aquele amealhado antes de formulado o pedido de alteração.

Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 14. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodvim, 2021, p. 724.

⁴⁶⁰ REsp 1.300.036/MT, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 13 mai. 2014, publ. 20 mai. 2014.

⁴⁶¹ A título de exemplo, vale mencionar o REsp 1.947.749/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, julg. 14 set. 2021, publ. 16 set. 2021 e o REsp 1.533.179/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 08 set. 2015, publ. 23 set. 2015.

⁴⁶² REsp 1.671.422/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, julg. 25 abr. 2023, publ. 30 mai. 2023.

É de se atentar que a aplicação dos efeitos ex nunc visa assegurar os interesses de terceiros. No entanto, no caso dos autos, a retroatividade (efeitos ex tunc) não teria o condão de gerar prejuízos a terceiros, porque todo o patrimônio titulado pelos recorrentes continuaria respondendo, em sua integralidade, por eventuais dívidas, conforme inteligência do art. 1.667 do Código Civil de 2002, que dispõe que o regime da comunhão universal de bens importa a comunhão de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas. Com efeito, na hipótese de alteração do regime de bens para o da comunhão universal, o próprio casamento se fortalece, os vínculos do casal se ampliam e a eficácia ex tunc decorre da própria natureza do referido regime.⁴⁶³

Neste julgamento, abandona-se uma regra engessada de impossibilidade da retroatividade independentemente dos efeitos gerados para adotar uma análise mais detida de cada caso concreto. O termo inicial do novo regime de bens estará condicionado a apuração de eventual prejuízo aos próprios cônjuges e a terceiros, tendo concluído no voto que “se o retroagir não produz desequilíbrio jurídico-social, deve ser admitido”, desde que decorrente de explícita manifestação de vontade dos cônjuges.

Especificamente em relação à união estável, alguns autores⁴⁶⁴, diante da informalidade que rege tal modalidade de família, apontam que não haveria qualquer impedimento para a previsão de efeitos retroativos. Para tanto, deve ocorrer de forma expressa e desde que não atinjam terceiros eventualmente prejudicados, contra os quais será ineficaz. Inclusive, já foram proferidas decisões pelos tribunais estaduais nesse sentido.⁴⁶⁵

Aliás, como já apontado, “se na conversão da união estável é possível alterar o regime e colocar efeito retroativo, não há por que não poder fazer o mesmo na modificação do regime. Da mesma forma, na união estável é possível proceder tais modificações sem maiores formalidades”.⁴⁶⁶

⁴⁶³ REsp 1.671.422/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, julg. 25 abr. 2023, publ. 30 mai. 2023.

⁴⁶⁴ Nesse sentido, CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 93, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. v.5. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2023, p. 3785, edição Kindle e TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do Direito Civil – Vol. 6. Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 189, edição Kindle.

⁴⁶⁵ A título exemplificativo: “Ademais, em relação aos efeitos da medida, adoto o entendimento já sedimentado por esta Câmara Julgadora, no sentido de que, se o desejo de retroação da decisão é expressamente manifestado pelos cônjuges, como se verifica no caso telado, inexistente qualquer vedação, além de que o direito de terceiros está expressamente ressalvado no dispositivo legal (artigo 1639, § 2º, do Código Civil)”. TJRS – Apelação Cível 70076778158, 8ª Câmara Cível. Rel. Des. José Antônio Daltoé Cezar, julg. 10 mai. 2018, publ. 16 mai. 2018.

⁴⁶⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 295.

Joyceane Bezerra de Menezes destaca que “ante a lacuna da lei, a doutrina defendia a possibilidade de estipulação do efeito retroativo do contrato de convivência, de sorte a permitir a extensão de sua eficácia por todo o período de convivência”⁴⁶⁷. Contudo, neste tipo de entidade familiar a matéria também não é imune de controvérsia. Para outra parcela da doutrina⁴⁶⁸, o contrato de convivência pode ter efeitos retroativos apenas em relação à existência da aludida relação, mas não quanto ao regime de bens, sob pena de configurar afronta a direitos já adquiridos.

Diante da controvérsia, o STJ também foi instado a se manifestar sobre o tema e, no julgamento do REsp 1.383.624/MG⁴⁶⁹, a 3ª Turma entendeu pela ilicitude da retroatividade dos efeitos, sob o fundamento de que “o contrato de convivência, no entanto, não pode conceder mais benefícios à união estável do que ao casamento”.

Ainda assim, a matéria ainda não se encontra totalmente pacificada na Corte Superior. Importante trazer o voto divergente proferido pelo Ministro Raul Araújo, no julgamento do AgInt no AREsp 1.631.112/MT⁴⁷⁰. Neste caso analisado pela Corte Superior, em que a maioria da Turma declarou inválida a cláusula do contrato de convivência quanto à retroatividade, por ausência de autorização judicial expressa para tanto, o voto divergente trouxe olhar distinto para tal contrato, ao não o interpretar como uma alteração do regime de bens, mas tão somente como instrumento que formalizou o regime eleito pelos conviventes desde o início da relação familiar. Vale trazer o seguinte trecho:

Mas, se a união estável teve início e perdurou até um ponto em que veio uma primeira formalização de regime de bens, sem expressa adoção anterior de outro regime, não estaremos a falar propriamente de alteração do regime de bens e sim da própria instituição ou formalização do regime de bens sempre prevalente entre aqueles conviventes. Nessa segunda hipótese.

[...]

Porque, se antes não havia regime de bens formalizado entre os conviventes, o que fizeram por último foi apenas formalizar o regime

⁴⁶⁷ MENEZES, Joyceane Bezerra de. União estável. In: BEZERRA DE MENEZES, Joyceane; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (coords.). *Direito das famílias por juristas brasileiras*. 2. ed., Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 205.

⁴⁶⁸ Nesse sentido, DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 14. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodvim, 2021, p. 615.

⁴⁶⁹ REsp 1.383.624/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, julg. em 02 jun. 2015, publ. 12 jun. 2015.

⁴⁷⁰ AgInt no AREsp 1.631.112/MT, 4ª Turma, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julg. 26 out. 2021, publ. 14 fev. 2022.

de bens da união informalmente já ajustado entre os conviventes, dispondo sobre direitos disponíveis, o que me parece possível. Não se estaria, nessa hipótese, a tratar de alteração de regime, mas, sim, da lícita instituição ou formalização do regime que, desde o início da união, entre eles vigorava. Isso, porque ninguém os terá forçado a assim proceder, salvo se houver alegação nesse sentido.

Anoto que, sempre, em toda e qualquer hipótese em que se dê a disposição acerca de regime de bens, ficam ressalvados os direitos de terceiros, que tenham confiado na existência daquele casal.⁴⁷¹

Com todas as vênias à posição divergente, o art. 1.725 do Código Civil estabelece o regime de bens supletivo em caso do silêncio dos conviventes. Em vista disso, enquanto não lavrado o respectivo contrato de convivência, por força de lei, vigora o da comunhão parcial de bens. Sem sombra de dúvidas, a matéria ainda permite futuras discussões na Corte Superior.

A retroatividade dos efeitos também merece atenção quando tratada na conversão da união estável em casamento. A discussão envolve a possibilidade de o pacto antenupcial lavrado pelos conviventes estabelecer regime de bens distinto do que vigorou durante a relação de convivência que englobará o acervo comum já constituído.

É o caso, por exemplo, de os conviventes terem mantido uma relação convivencial durante anos regida pelo regime da comunhão parcial de bens e, no momento que resolvem celebrar o casamento, estabelecem o regime da separação convencional em relação aos bens presentes e futuros. Com essa redação comumente usada nos pactos antenupciais, o acervo preexistente, fruto do esforço comum já empreendido durante a união estável, transmudar-se-ia para bem particular de quem detém a titularidade registral. Por vias inversas, permite-se a retroatividade do pacto antenupcial.

Enquanto para alguns autores na conversão é possível emprestar efeito retroativo ao regime de bens⁴⁷², corretamente contrapõe Rolf Madaleno que tal cenário configuraria burla à meação e enriquecimento indevido de um deles que permaneceu com os bens integrantes da comunhão, de forma que

⁴⁷¹ AgInt no AREsp 1.631.112/MT, 4ª Turma, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julg. 26 out. 2021, publ. 14 fev. 2022

⁴⁷² Assim assevera Maria Berenice Dias: “na conversão da união estável em casamento, é possível alterar o regime de bens e emprestar efeito retroativo ao regime de bens. Nada justificando que, na sua transformação em casamento, não se possa buscar efeitos ex tunc.” DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 14. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodvim, 2021, p. 721.

se a relação não sofreu qualquer solução de continuidade e seguem os conviventes inabaláveis em sua convivência afetiva, os direitos já consolidados não podem ser modificados, devendo os novos cônjuges liquidarem a relação patrimonial pregressa, com a promoção da partilha dos bens amealhados durante o primeiro período da união estável.⁴⁷³

Conclui-se, portanto, que em relação à retroatividade dos efeitos da alteração do regime de bens tanto no casamento como na união estável ainda se permite amplo debate na doutrina e jurisprudência, sendo imprescindível a alteração da legislação para sanar tais questionamentos.

À luz do fenômeno da privatização das relações familiares, a interferência estatal deve ocorrer de forma residual, apenas quando instado a intervir ou se presente alguma vulnerabilidade em concreto que demande a sua atuação para proteção de direitos fundamentais. E, como consectário, a princípio, inexistente qualquer vedação legal que impossibilite os cônjuges e conviventes de retroagirem os efeitos do novo regime de bens eleitos.

Para tanto, é indispensável que assim expressamente declarem no instrumento a ser celebrado de alteração. Sem prejuízo, tais efeitos não atingirão terceiros eventualmente prejudicados pelo ato e, caso configurado algum vício que o macule, este poderá ser anulado, cujas ferramentas jurídicas já estão previstas no atual Código Civil.

⁴⁷³ MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1225, edição do Kindle.

CONCLUSÃO

A constitucionalização do direito civil, quando da promulgação da Constituição de 1988, teve como uma de suas consequências a ampliação dos efeitos da autonomia privada. Essa deixou de estar restrita às situações patrimoniais para igualmente envolver situações existenciais, cujo objetivo é a realização da pessoa humana.

Dita mudança de paradigma repercutiu através da tendência de restrição da interferência estatal. Essa presença apenas se justifica às hipóteses em que há interesses superiores, os quais são verificados diante de partes vulneráveis em relações assimétricas, o que, como regra, não se vislumbra quanto às relações conjugais, notadamente no âmbito patrimonial. Isso porque a liberdade dos indivíduos de decidirem a melhor forma para si de relação familiar e a autonomia conferida pelo constituinte para que os próprios possam regulamentar suas relações são elementos essenciais das famílias constitucionalizadas.

Aliás, a ideia acima está consagrada na denominada cláusula geral de reserva de intimidade prevista no Código Civil (art. 1.513) ao vedar que qualquer pessoa, de direito público ou privado, possa vir a interferir na comunhão de vida instituída pela família. Dito dispositivo corrobora a liberdade dos cônjuges para deliberarem, constituírem e alterarem a forma e estrutura do relacionamento familiar, salvaguardando-se, repise-se, situações especiais de vulnerabilidade concreta e desigualdade material, essas sim que demandam a atuação positiva do Estado.

E, neste cenário de autodeterminação dos cônjuges quanto ao estatuto patrimonial, remete-se, por conseguinte, às repercussões do regime de bens eleito pelos próprios ou imposto por força de lei, especialmente no que atine à possibilidade da sua alteração ao longo da relação.

Inegável a relevante inovação proposta pelo legislador ao editar o Código Civil de 2002 no âmbito do regime de bens ao possibilitar a sua modificação ao longo do casamento. Ocorre que, diante de uma leitura mais acurada do único dispositivo legal (art. 1.639, § 2º) que versa sobre o tema, há de se indagar se não foi aquém do que poderia ter proposto o legislador, sobretudo quando considerados os preceitos fundamentais do direito das famílias esculpidos na Constituição

Federal de 1988, dentre os quais os da igualdade material, do pluralismo, da autonomia privada e da intervenção mínima estatal.

Além da necessidade de expor tal assunto de foro íntimo, no qual inexistente qualquer litígio que demande a atuação estatal, o que, por si, já se mostra desarrazoada, ainda são os cônjuges submetidos a exigência de apresentação de justo motivo, cujas razões invocadas serão analisadas por terceiro que não detém qualquer conhecimento acerca daquela relação conjugal. Junto a isso, por uma construção jurisprudencial, é deles imposto comprovar, mediante diversas certidões negativas, que postulam tal alteração de boa-fé, sem o intuito de lesar terceiros.

Há uma perversa subversão de princípios basilares do ordenamento jurídico, em que a má-fé passa a ser presumida, sendo necessária a prova da boa-fé, somado ao fato de transpor para o plano da validade questão nitidamente relacionada ao da eficácia, pois não produz de efeitos às pessoas que foram prejudicadas.

O dispositivo legal, na forma como redigido e aplicado pelos tribunais, perde de vista que o seu objeto – modificação do regime de bens – versa sobre direitos disponíveis e é feito consensualmente pelos cônjuges, sendo esses os mais aptos e com a melhor consciência sobre a realidade familiar para ponderarem se a mudança é benéfica, valoração essa que parece exceder aos limites da atividade judicante.

Como tratado no presente trabalho, as principais preocupações do legislador pela manutenção do procedimento judicial de alteração do regime de bens – evitar atos que prejudiquem um dos cônjuges ou terceiros – igualmente são preservadas na realização pela via extrajudicial.

Terá, portanto, o cônjuge lesado mecanismos específicos, já disciplinados na legislação civil, para questionar o ato e pleitear sua anulação, como forma de permitir o controle de abusos para impedir o rompimento de normas de ordem pública, o que ocorre independentemente da verificação de um “justo motivo”.

Some-se ao fato de que os direitos de terceiros de boa-fé permanecerão protegidos mesmo que realizado por procedimento administrativo, já que, caso venham a ser prejudicados, o ato praticado restaria ineficaz em relação a estes, podendo requerer, no momento oportuno, que seja declarada a ineficácia da mudança.

Aliás, conforme analisado, os requisitos impostos pelo legislador não estão imunes a questionamentos e tampouco promovem maior proteção que justifique essa intervenção do que eventual procedimento extrajudicial.

Constata-se, portanto, que os principais motivos justificadores dos requisitos legais atualmente em vigor também estariam resguardados com a desjudicialização do procedimento. Por outro, permitiria aos casais a alternativa de não ter que expor as suas razões de foro íntimo ao Poder Judiciário e tampouco se submeter ao escrutínio de terceiro estranho à relação para avaliar se essas configuram ou não “justos motivos”.

Não se pode olvidar que, quanto mais célere, autocompositiva e reservada ocorrer a solução de matérias de cunho familiar, maior será a garantia de preservação da dignidade dos seus integrantes.

Por essa razão, a competência para decidir sobre os rumos da família deve recair sobre os seus próprios integrantes e não ser transferida tal responsabilidade ao Estado. Até mesmo porque afronta a razoabilidade que pessoas plenamente capazes sejam compelidas a terem que tratar sobre seus bens e questões pessoais necessariamente em juízo.

O fenômeno de desjudicialização dos procedimentos no âmbito das relações familiares, por conseguinte, não apenas promove melhor e efetiva prestação da tutela jurisdicional como igualmente é relevante ferramenta para garantir o desenvolvimento livre dos seus integrantes. Além de preservar a autonomia privada, retira a forte e desarrazoada interferência estatal em questões nitidamente de foro íntimo e de natureza disponível.

Assim, enquanto não promovida a modificação legislativa necessária para desjudicializar o procedimento, é salutar que os requisitos dispostos na legislação em vigor sejam interpretados pelo Poder Judiciário em consonância com os princípios esculpido no ordenamento jurídico, notadamente da autonomia privada dos cônjuges e da intervenção mínima estatal. Por conseguinte, a apreciação do intérprete haverá de se restringir à ausência de vícios e à verificação da idoneidade e licitude do pedido formulado, não se atendo ao conteúdo dos motivos invocados propriamente ditos, os quais estão dentro da esfera íntima do casal.

Além do mais, considerando que a própria redação legal já ressalva os direitos de terceiros interessados, os quais se encontram no âmbito da eficácia do

ato, não caberá ao Poder Judiciário exigir extenso rol de certidões e investigar o patrimônio existente e, quiçá, indeferir o pedido pela mera existência de credores.

Almeja-se que as proposituras legislativas e a aplicação das normas pelo intérprete estejam em consonância com os preceitos basilares do Estado Democrático de Direito, de forma a garantir espaço para que a pessoa humana possa desenvolver as suas escolhas, cuja autodeterminação resulta, direta e proporcionalmente, em uma responsabilidade pelos atos praticados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2021.

ALMEIDA, Vitor. Os limites da intervenção estatal na mudança do regime de bens: uma análise do Recurso Especial n. 1.904.498/SP a partir da autonomia dos cônjuges. *Civilística.com*. No prelo.

ALMEIDA, Vitor; MIRANDA, Luciana de Abreu. Alteração extrajudicial do regime de bens na união estável: autonomia e segurança dos conviventes. *Migalhas Patrimoniais*. 08 nov. 2023. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-patrimoniais/396589/alteracao-extrajudicial-do-regime-de-bens-na-uniao-estavel>. Acesso em 02 fev. 2024

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Por um direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no âmbito do direito de família*. 2009, 226 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. A (des)necessária intervenção do Estado na autonomia familiar. *Civilística.com*. Rio de Janeiro, a. 10, n. 2, 2021. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-desnecessaria/>>. Acesso em 12 abr. 2023.

ANDRADE, Clarissa Langer de; GHILARDI, Dóris. O procedimento de alteração do regime de bens do casamento: estudo crítico e propositivo. *Civilística.com*. Rio de Janeiro, a. 11, n. 1, 2022. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-procedimento-de-alteracao/>>. Acesso em 12 abr. 2023.

ARGENTINA [Lei 26.994/2014]. Código Civil y Comercial de la Nación. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>. Acesso em 22 dez. 2022.

ARNT RAMOS, André Luiz. Dogmática e efetividade: o papel da civilização no desbravamento de espaços de liberdades. *RBDCivil*. v.11, p. 17-35, jan./mai. 2017. Disponível em: <https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/27/21>. Acesso em 07 mai. 2023.

ARNT RAMOS, André Luiz. Uso exclusivo de coisa comum não partilhada: a relevância decisiva da posse segundo acórdão que julgou o REsp 1.250.362/RS. *Revista OABRJ*, v. Esp., p. 1, 2018.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio jurídico: validade e eficácia*. 4. ed., atual. de acordo com novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

BARBOZA, Heloisa Helena. O direito de família brasileiro no final do século XX. In: BARRETO, Vicente (coord.). *A Nova Família: Problemas e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 87-112.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.). *O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. A disciplina do direito de famílias e das sucessões no Código Civil de 2002: reflexões à luz dos princípios constitucionais. In: BARBOZA, Heloisa Helena (coord.). *20 anos do Código Civil: perspectivas presentes e futuras*. Rio de Janeiro: Processo, 2022, p. 499-522.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (org.). *Da dogmática à efetividade do direito civil – Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional (IV Congresso do IBDCIVIL)*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, v. 1, p. 37-50.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Contratualização das famílias e inexecução dos pactos antenupciais: admissibilidade e limites de cláusula penal. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coord.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. v. 02, Rio de Janeiro: Editora Processo, 2021, p. 989-1011.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. (Des)Igualdade de gênero: restrições à autonomia da mulher. *Pensar*. Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 240-271, jan./abr. 2017.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Família após a Constituição de 1988: transformações, sentidos e afins. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (coord.). *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 609-624.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. O direito de constituir família da pessoa com deficiência intelectual: requisitos e limites. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (coord.). *Cuidado e o direito de ser: respeito e compromisso*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018, p. 229-242.

BARCELOS, Carolina Ducci Maia. A possibilidade de alteração dos regimes de bens do casamento por meio de pacto pós-nupcial – alternativas à atual forma de alteração de regime de bens do casamento. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório – Tomo III*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 361-384.

BASSO, Maristela. A determinação do regime de bens do casamento à luz do direito internacional privado brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito*,

Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 95, p. 361-372, 2000. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67474>. Acesso em 20 nov. 2023.

BEVILAQUA, Clóvis. *Direito da família*. 8. ed., atual. pelo Desembargador Isaías Beviláqua. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1956.

BORRILLO, Daniel. A contratualização dos vínculos familiares: casais sem gênero e filiação unissexuada. *Revistas da AJURIS*. Porto Alegre, v. 43, n. 140, jun. 2016.

BORRILLO, Daniel. *La famille par contrat – la construction politique de l’alliance et de la parenté*. Paris: Puf, 2018.

BRASILEIRO, Luciana. *As famílias simultâneas e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CAHALI, Francisco José. A Súmula n. 377 e o novo Código Civil – a mutabilidade do regime de bens. *Revista do Advogado – AASP*, São Paulo, ano XXIV, n. 76, jun. 2004, p. 27-32.

CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CALMON, Patrícia Novais; ALMEIDA, Vitor. Regime de bens e etarismo presumido velado: breve análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no ARE 1.309.642. *IBDFAM*. 06 fev. 2024. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/2091/Regime+de+bens+e+etarismo+presumido+velado%3A+breve+an%C3%A1lise+da+decis%C3%A3o+do+Supremo+Tribunal+Federal+no+ARE+1.309.642>. Acesso em 18 fev. 2024.

CARBONERA, Silvana Maria. Laicidade e família: Um diálogo necessário a partir do olhar de Stefano Rodotà. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (coord.). *Diálogos sobre Direito Civil*. v. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 373-399.

CARDOSO, Fabiana Domingues. *Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdos*. 2009. 305 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. Contratos familiares: cada família pode criar seu próprio Direito de Família. *Instituto Brasileiro de Direito de Família*. 01 jul. 2020. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/1498/Contratos+familiares:+cada+fam%3Adlia+pode+criar+seu+pr%C3%B3prio+Direito+de+Fam%3Adlia#_ftn1. Acesso em 12 abr. 2023.

CESSETTI, Alexia Aparecida Rodrigues Brotto. A desjudicialização dos procedimentos especiais de jurisdição voluntária: nova onda reformista? *Revista Judiciária do Paraná*, Paraná, v. 1, p. 215-230, 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a0608743660c09fe>. Acesso em 04 fev. 2024.

CNJ. *Portaria n. 27 de 02 de fevereiro de 2021*. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em 29 jan. 2024

CNJ. *Provimento nº 141 de 16 de março de 2023*. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original19255820230321641a04c6005ec.pdf>. Acesso em 12 abr. de 2023.

CNJ. *Provimento n. 149 de 30 de agosto de 2023*. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/codigo-nacional-de-normas-da-corregedoria-nacional-de-justica-v6-23-08-2023.pdf>. Acesso em 03 fev. 2024.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Dissolução da sociedade conjugal: separação extrajudicial. In: SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; ZUCCHI, Maria Cristina (coord.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 299-316.

COMMAILLE, Jacques. Family and democracy. In: MATTHIJS, Koen (coord.). *The Family: contemporary perspectives and challenges*. Leuven, Belgium: Leuven University Press, 1998.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 14. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodvim, 2021.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A Família no novo Código Civil. *BDJur*, Brasília, DF, 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/9139>>. Acesso em 20 nov. 2023.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. Famílias – entre o público e o privado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família: entre o público e o privado*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012, p. 158-169.

FACHIN, Luiz Edson. No direito de família, doutrina e jurisprudência vivem união instável. *Migalhas*. 1 fev. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-01/processo-familiar-direito-familia-doutrina-jurisprudencia-uniao-instavel>. Acesso em 07 maio 2023.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A tutela jurídica da confiança aplicada ao direito de família. V *Congresso Brasileiro de Direito de Família*. 28 out. 2005. Disponível em <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/11.pdf>. Acesso em 28 jan. 2024.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Disposições gerais dos regimes de bens e pacto antenupcial. In: SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; ZUCCHI, Maria Cristina (coord.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 183-199.

FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso; FACHINI, Laura Stefenon. Passado e futuro: questões sobre a possibilidade de mudança automática do regime de bens e disciplina jurídica pretérita pelo pacto antenupcial e contrato de união estável. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (coord.). *Contratos, família e sucessões: diálogos complementares*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019, p. 54-68.

FRANK, Felipe. *Autonomia sucessória e pacto antenupcial: problematizações sobre o conceito de sucessão legítima e sobre o conteúdo e os efeitos sucessórios das disposições pré-nupciais*. 2017. 208 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

GALATI, Laércio. Modificação do regime de bens entre os cônjuges. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (coord.). *Família e sucessões: direito de família patrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais - v.5), p. 477-487.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. 2. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. Direito patrimonial de família, regime obrigatório de separação patrimonial e a autonomia privada: comentários ao Recurso Especial 1.922.347/PR. In: CALMON, Rafael; PORTNOVA, Rui; D’ALESSANDRO, Gustavo (coords.). *Regimes de separação de bens*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2023, p. 109-121.

GHILARDI, Dóris; OLIVEIRA, Julia Mello de. A desjudicialização do direito de família e sucessões sob as lentes da law and economics. *RJLB -Revista jurídica luso-brasileira*, ano 6, vol. 4, Lisboa: 2020. Disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/4/2020_04_1013_1050.pdf. Acesso em 30 jul. 2023.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*, 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987.

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

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *O princípio da boa-fé objetiva no direito de família*. 2008. 272 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

HILL, Flávia Pereira. Desjudicialização da execução civil: reflexões sobre o projeto de lei nº 6.204/2019. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 14, v. 21, n. 3, p. 164-205, 2020.

HILL, Flávia Pereira. Desjudicialização e acesso à justiça além dos tribunais: pela concepção de um devido processo legal extrajudicial. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 15 v. 22, n. 1, 2021, p. 379-408.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. *RFDUSP*, v. 101, p. 153-167, jan./dez. 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. In: SALOMÃO, Luis Felliipe; TARTUCE, Fávio (coord.). *Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 737-757.

IANNOTTI, Carolina de Castro. Natureza jurídica do pacto antenupcial e do casamento no direito brasileiro. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (coord.). *Contratos, família e sucessões: diálogos complementares*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019, p. 19-37.

KONDER, Carlos Nelson. Erro, dolo e coação: autonomia e confiança na celebração dos negócios jurídicos. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (org.). *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 609-631.

LÔBO, Fabíola Albuquerque. As transformações do direito de família brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 8, n. 3, 2019. Disponível em: <<http://civilistica.com/as-transformacoes-do-direito-de-familia/>>. Acesso em 15 nov. 2023.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 141, jan./mar. 1999, p. 99-109.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. v.5. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2023, edição do Kindle.

MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; MENDONÇA, Rafael Baeta. Os limites de conteúdo do pacto antenupcial. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 10, n. 3, 2021. Disponível em: <<http://civilistica.com/oslimites-de-conteudo-do-pacto/>>. Acesso em 07 mai. 2023.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, edição do Kindle.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, edição do Kindle.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Pacto antenupcial na hermenêutica civil-constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CICCIO, Maria Cristina de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (coord.). *Direito Civil na legalidade constitucional*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021, p. 38-73.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. In: BEZERRA DE MENEZES, Joyceane; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (coord.). *Direito das famílias por juristas brasileiras*. 2. ed., Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 39-64.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. União estável. In: BEZERRA DE MENEZES, Joyceane; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (coord.). *Direito das famílias por juristas brasileiras*. 2. ed., Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 183-218.

MENEZES DE CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1997.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. n. 17, p. 76–89, jul./dez., 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 207-234.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A nova família, de novo – estruturas e função das famílias contemporâneas. *Pensar*, v. 18, n. 2, p. 587-628, maio/ago. 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Contratos no ambiente familiar. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (coord.). *Contratos, família e sucessões: diálogos complementares*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019, p. 1-18.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2. ed., Rio de Janeiro: Processo, 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Vulnerabilidades nas relações de família: o problema da desigualdade de gênero. *Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região*, Porto Alegre, v. 2, n. 3, p. 20-33, 2010.

MULTEDO, Renata Vilela. *A intervenção do Estado nas relações de família: limites e regulação*. 2016. 276 f. Tese – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

MULTEDO, Renata Vilela; MORAES, Maria Celina Bodin de. A privatização do casamento. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-privatizacao-do-casamento/>>. Acesso em 03 jun. 2023.

NAMUR, Samir; KLEIN, Vinícius. A boa-fé objetiva e as relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Diálogos sobre Direito Civil*. v. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 355-372.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Regime de bens. In: BEZERRA DE MENEZES, Joyceane; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (coord.). *Direito das famílias por juristas brasileiras*. 2. ed., Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 277-306.

NEVARES, Ana Luiza Maia. O regime da separação obrigatória de bens e o verbete 377 do Supremo Tribunal Federal. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan-jun/2014. Disponível em <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/576/420>. Acesso em 18 fev. 2024.

OLIVA, Milena Donato; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do Direito Civil – Vol. 1. Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, edição do Kindle.

OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. Uma releitura do princípio do acesso à justiça e a ideia da desjudicialização. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 11, p. 67-98, 2013.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Separação de fato e cessação do regime de bens no casamento. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (coord.). *Família e sucessões: direito de família patrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais - v.5), p. 307-322.

OLIVEIRA, Lígia Ziggiotti. Possíveis aportes críticos de gênero em direito das famílias. In: BEZERRA DE MENEZES, Joyceane; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (coord.). *Direito das famílias por juristas brasileiras*. 2. ed., Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 65-82.

PATIÑO, Ana Paula. Regime de bens: a participação final nos aquestos. In: SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; ZUCCHI, Maria Cristina (coord.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 257-271.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil teoria geral do direito civil – vol. I*. 30. ed., rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais – vol. IV*. 25. ed., rev. e atual. por Carlos Edison do Rego Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense: 2017.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família – vol. V*. 25. ed., rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PEREIRA, Sergio Gischkow. A alteração do regime de bens: possibilidade de retroagir. *Revista Brasileira do Direito de Família*, Porto Alegre, v.6, n.23, p. 66-70, mar./mai. 2004.

PEREIRA, Sergio Gischkow. Regime de bens. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (coord.). *Família e sucessões: direito de família patrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais - v.5), p. 455-475.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed., Renovar: Rio de Janeiro, 2002.

PIMENTEL, Ana Beatriz Lima; CIRÍACO, Patrícia K. de Deus; FARIAS, Andressa de Figueiredo. A força normativa dos princípios constitucionais como moduladores das novas famílias. In: BEZERRA DE MENEZES, Joyceane; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (coord.). *Direito das famílias por juristas brasileiras*. 2. ed., Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 17-38.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Introdução, pessoas físicas e jurídicas*. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012 (coleção tratado de direito privado: parte geral; 1).

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Dissolução de sociedade conjugal e eficácia jurídica do casamento*. 1. ed. atual. por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012 (coleção tratado de direito privado: parte especial; 8).

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito de Família*, vol. I: direito matrimonial. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito de Família*, vol. II: direito matrimonial (continuação). Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001.

RABELO, Sofia Miranda. Pacto de convivência na união estável: disponibilidade das consequências patrimoniais decorrentes do regime de convivência. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (coord.). *Contratos, família e sucessões: diálogos complementares*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019, p. 39-51.

RANGEL, Rafael Calmon. *Manual de partilha de bens: na separação, no divórcio e na dissolução da união estável - aspectos materiais e processuais*. 3. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021, edição do Kindle.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Liberdade(s) e função: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro*. 2009. 208 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

SALLES, Raquel Bellini. *Autotutela nas relações contratuais*. Rio de Janeiro: Processo, 2019.

SANTOS, Deborah Pereira Pintos dos; ALMEIDA, Vitor Almeida. In: BARLETTA, Fabiana Rodrigues; ALMEIDA, Vitor (coord.). *A tutela da pessoa idosa: melhor interesse, autonomia e vulnerabilidade e relações de consumo*. 2. ed., Indaiatuba, SP: Editora Foco, p. 166-193.

SCHREIBER, Anderson [et al.]. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. V *Congresso Brasileiro de Direito de Família*. 28 out. 2005. Disponível em <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/6.pdf>. Acesso em 28 jan. 2024.

SIMÃO, José Fernando. Efeitos patrimoniais da união estável – Álvaro Villaça Azevedo – Um homem à frente de seu tempo. In: SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; ZUCCHI, Maria Cristina (coord.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 343-369.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio; ALMEIDA, Vitor; FERNANDES, Manoela Gomes. A desjudicialização do direito de filiação e os direitos de crianças e adolescentes: notas sobre o Provimento n. 83 do Conselho Nacional de Justiça. *RFDC*. Belo Horizonte: Fórum, a. 10, n. 27, mai./ago. 2021, p. 57-80.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. Libertarian paternalismo is not na oxymoron. *civilistica.com*. Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, 2015. Disponível em <https://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Sunstein-e-Thaler-civilistica-com-a.4.n.2.20151-4.pdf>. Acessado em 03 jun. 2023.

TARTUCE, Flávio. A alteração do regime de bens na união estável registrada perante o Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais e o provimento 141/23 do CNJ – Parte I. *Migalhas*. 29 mar. 2023. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/383794/alteracao-do-regime-de-bens-na-uniao-estavel>. Acesso em 04 fev. 2024.

TARTUCE, Flávio. A alteração do regime de bens na união estável registrada perante o Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais e o provimento 141/23 do CNJ – Parte II. *Migalhas*. 26 abr. 2023. Disponível em

<https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/385380/alteracao-do-regime-de-bens-na-uniao-estavel-registrada>. Acesso em 04 fev. 2024

TARTUCE, Flávio. Da ação de alteração de regime de bens no novo CPC – Parte I. *Migalhas*. 24 fev. 2016. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/234466/da-acao-de-alteracao-de-regime-de-bens-no-novo-cpc---parte-i>. Acesso em 07 mai. 2023.

TARTUCE, Flávio. Da ação de alteração de regime de bens no novo CPC – Parte II. *Migalhas*. 30 mar. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/236681/da-acao-de-alteracao-de-regime-de-bens-no-novo-cpc---parte-ii>. Acesso em 07 mai. 2023.

TARTUCE, Flávio. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. *IBDFAM*. 10 dez. 2008. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/475/O+princ%C3%ADpio+da+boa-f%C3%A9+objetiva+no+direito+de+fam%C3%ADlia>. Acesso em 28 jan. 2024.

THALER, Richard H. e SUNSTEIN, Cass R. Libertarian paternalism. *The American Economic Review*, v.93, n.2, p.157-179, may. 2003.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: continuando o debate controversias sobre a nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (coord.). *Contratos, família e sucessões: diálogos complementares*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019, p. 135-160.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A tensão entre ordem pública e autonomia privada no direito de família contemporâneo: da não interferência do Estado na (des)constituição familiar e na comunhão de vida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 89-115.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Características e consequências do exercício do direito ao livre planejamento familiar conferido à pluralidade de entidades familiares. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 140-168.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do Direito Civil* – Vol. 6. Direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2020, edição do Kindle.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: BARRETO, Vicente (coord.). *A Nova Família: Problemas e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 47-70.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Temas de direito civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renova, 2008, p. 23-58.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. Contratos em direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 475-502.

TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre o regime de bens no novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v. 2, p. 5-21, 2008. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/186.pdf>. Acesso em 07 mai. 2023.

TEPEDINO, Gustavo. Dilemas do afeto. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. n. 14, p. 11–27, mar./abr., 2016. Imprensa: Belo Horizonte, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Novas famílias entre autonomia existencial e tutela de vulnerabilidades. Editorial. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, vol. 6, out.-dez./2015, p. 8. Disponível em <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/79/182>. Acesso em 20 nov. 2023.

TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e ALMEIDA, Vitor (coord.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 17-33.

VILLELA, João Batista. Repensando o Direito de Família. Cadernos Jurídicos. In: COUTO, Sergio (coord.). *Nova realidade do direito de família: doutrina, jurisprudência, visão interdisciplinar e noticiário*. Rio de Janeiro: COAD: SC Editora Jurídica, 1998-99.

VILLELA, João Batista. *Liberdade e família*. Belo Horizonte: Impreta, Faculdade de Direito da UFMG, 1980.

VILLELA, João Batista. Família Hoje. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A Nova Família: Problemas e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 71-86.

VILLELA, João Baptista; GOMES, Elena de Carvalho. Os patrimônios separados no estatuto jurídico da família. *V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. 28 out. 2005. Disponível em <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/21.pdf>. Acesso em 28 jan. 2024.

VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 14, n. 4, p. 99, 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/168>. Acesso em 12 nov. 2023.

VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.

XAVIER, Marília Pedroso. *Contrato de namoro: Amor líquido e direito de família mínimo*. 3. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2022.

WALD, Arnaldo. *Direito de família*. 11. ed., rev., ampl. e atual. com a colaboração do Des. Luiz Murillo Fábregas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. São Paulo, Saraiva, 2015.

ZEBULUM, José Carlos. *O regime de participação final nos aquestos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.