

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E DO DESPORTO  
UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO  
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO PRIVADO E ECONÔMICO

**A MUTABILIDADE DO REGIME DE BENS NO CASAMENTO**

Salvador/BA

2006

## BANCA EXAMINADORA

---

Profa. Dra. Mônica Neves Aguiar da Silva

Presidenta

---

1 ° Examinador

---

2 ° Examinador

Defendida a Dissertação

Conceito:

Em \_\_\_\_/\_\_\_\_/2006.

ERICA VERÍCIA DE OLIVEIRA CANUTO

**A MUTABILIDADE DO REGIME DE BENS NO CASAMENTO**

Dissertação de Mestrado em Direito Privado e  
Econômico no programa de Pós-Graduação em  
Direito da Universidade Federal da Bahia.

Orientadora: Profa. Dra. Mônica Neves Aguiar da  
Silva

Salvador/BA

2006

*A lei não esgota o Direito, como a partitura não exaure a música. Interpretar e recriar, pois as notas musicais, como os textos de lei, são processos técnicos de expressão, e não meios inextensíveis de exprimir. Há virtuosos do piano que são verdadeiros datilógrafos do teclado. Infiéis à música, por excessiva fidelidade às notas, são instrumentistas para serem escutados, e não intérpretes para serem entendidos. O mesmo acontece com a exegese da lei jurídica. Aplicá-la é exprimi-la, não como uma disciplina limitada em si mesma, mas como uma direção que se flexiona às sugestões da vida.*

MÁRIO MOACYR PORTO

## AGRADECIMENTOS

À Deus, meu Senhor, que sempre presente, me tem conduzido segundo a sua vontade. A ele, minha homenagem, devoção e gratidão pelo favor imerecido.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, na pessoa de seus professores, funcionários e alunos, pela maneira carinhosa e acolhedora com que me receberam e me fizeram sentir em casa.

À Professora Doutora Mônica Neves Aguiar da Silva, pelo incentivo, apoio, empréstimo de material, credibilidade, inteligência e amizade. Certamente ela tinha razão quando, ainda na banca de seleção para o Programa, disse que eu teria oportunidade de mudar de opinião durante o Curso. E mudei... A ela, minha admiração, meu respeito e amizade.

Ao Professor Saulo Casali Bahia, por estar sempre presente e disponível, além de sempre se posicionar em favor do Programa e de seus alunos.

Ao Instituto Brasileiro de Direito de Família, pela oportunidade de poder debater temas de direito de família juntamente com pessoas de tão refinado saber.

Aos meus pais, meus irmãos (Eduardo, Élide, Elanne e Elayne) e meus filhos Cynthia e Victor, por serem meu porto seguro e meu ninho.

Aos amigos DJason Barbosa da Cunha e Maria Edilma de Medeiros Araújo Cunha, pelo apoio, incentivo e credibilidade sempre demonstrados.

Aos meus alunos, que são razão de vida e desafio, pela confiança e amizade.

## RESUMO

O regime patrimonial de bens no casamento e na união estável é o conjunto de regras que regem as relações patrimoniais entre os cônjuges ou companheiros.

Com a entrada em vigor do novo Código Civil (lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), em 11 de janeiro de 2003, houve a mudança de diversos dispositivos atinentes à matéria. Suprimiu-se o regime dotal, acrescentou-se o regime de participação final nos aqüestos, além do que, se previu a possibilidade de alteração do regime de bens no curso do casamento.

A mais importante das alterações referentes ao regime de bens, certamente foi a autorização para que os cônjuges pudessem mudar o regime de bens ainda quando em curso o casamento. Trouxe, como isso, um novo paradigma, revogando o princípio da imutabilidade dos pactos antenupciais.

A presente pesquisa tem por objetivo analisar a nova regra a mutabilidade do regime de bens, seus requisitos, forma, efeitos, procedimento, bem como a realidade de outros países.

O pedido deve ser submetido ao controle judicial, através de petição conjunta dos cônjuges, no qual farão exposição dos motivos que fundamentam o pedido, devendo comprovar a procedência das razões que invocam. Também há, no texto legal, a ressalva de direitos de terceiros, porventura prejudicados com a alteração do regime de bens, sendo ineficaz em relação a este.

Os efeitos da modificação do regime de bens, semelhante ao pacto antenupcial, se condicionam ao registro junto ao Cartório de Registro Imobiliário no domicílio dos cônjuges.

O procedimento é de jurisdição voluntária, não cabendo intervenção de quem quer que seja, além dos próprios cônjuges. E o juiz poderá designar audiência de ratificação do pedido ou mesmo de justificação, para comprovação da procedência das razões alegadas pelas partes.

A análise da realidade de outros países, também objeto da pesquisa, se constitui um instrumento importante para conduzir o intérprete na aplicação do novo instrumento de garantia da liberdade contratual no âmbito do casamento.

Por fim, faz-se uma avaliação positiva em relação à inserção da nova regra no ordenamento jurídico brasileiro.

**Palavras-chave:** regime de bens, modificação, interpretação.

## ABSTRACT

Marital Property Division are the rules that conduct the relationship between the spouses and the partners.

After the new Civil Code (Law 10.406/2002), which has been in force since 11<sup>th</sup> January 2003, many articles of law have been changed about this issue. The law left the dote regime out, defined property acquired during the marriage as a final participation and introduced the possibility of the spouses change the regime of Marital property during the marriage.

Most important change about Marital Property Convention was definitely the other one that allows the spouses to change the rules about their property during the marriage. The present research has the objective to analyze the new rule about the unchanged of this kind of property settlement and make a parallel among others countries.

A request must be done to a court by both spouses and the judge will appreciate the reasons of them before the decision. The spouses must to register the contract in the Real State Department where they have their residence.

The analysis about the reality of others countries is important to help the interpreter to apply these new rules that entered in the law world as a instrument of guarantee to the contractual freedom in the marriage.

**Key-words:** Marital property, change, interpretation.



# SUMÁRIO

Página

|  |    |
|--|----|
| Introdução .....   | 11 |
| Capítulo 1 - REGIME PATRIMONIAL DE BENS .....  | 13 |
| 1.1 Natureza jurídica do Regime de bens .....  | 13 |
| 1.2 Liberdade de Contratar o Regime Patrimonial de Bens. Autonomia Privada e Liberdade Contratual .....            | 18 |
| 1.2.1 Temperamento da autonomia da Vontade. Relativização da Autonomia da Vontade como garantia da liberdade ..... | 22 |
| 1.2.2 Boa-fé Objetiva .....  | 24 |
| 1.2.3 Função Social do Contrato .....  | 28 |
| 1.2.4 “O que lhes aprouver” .....  | 34 |
| 1.2.5 Limites externos à liberdade de contratar o regime de bens. Ordem Pública .....                              | 36 |
| 1.3 Condição legal de eficácia .....   | 46 |
| 1.4 Efeitos .....  | 49 |
| Capítulo 2 - MUTABILIDADE DO REGIME PATRIMONIAL DE BENS NO CASAMENTO .....   | 51 |
| 2.1 Requisitos .....   | 52 |

|  |  |    |
|--|--|----|
| 2.1.1  | Pedido Conjunto .....  | 52 |
| 2.1.2  | Motivação .....  | 55 |
| 2.1.3  | Comprovação da procedência das razões invocadas .....  | 62 |
| 2.1.4  | Controle Judicial .....  | 62 |
| 2.1.5  | Ressalva de Direitos de Terceiro .....   | 68 |
| 2.2  | Procedimento .....   | 70 |
| 2.3  | O regime obrigatório de separação e a regra da mutabilidade .....  | 71 |
| 2.4  | Os casamentos celebrados antes da vigência do Código Civil de 2002 e a regra da mutabilidade – artigo 2.039 CC ..... | 73 |
| 2.5  | Elementos acidentais no pacto antenupcial .....  | 74 |
| Capítulo 3 - COTEJO DA REALIDADE DE OUTROS PAÍSES..... |  | 76 |
| 3.1  | Portugal .....   | 77 |
| 3.2  | Espanha .....  | 82 |
| 3.3  | Alemanha .....   | 84 |
| 3.4  | Itália .....   | 88 |
| 3.5  | França .....   | 88 |
| 3.6  | Argentina .....  | 88 |
| Considerações finais .....                             |  | 90 |
| Referências bibliográficas .....                       |  | 92 |

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo discutir o tema da **Mutabilidade do Regime Patrimonial de Bens no Casamento**.

O Código Civil de 2002 trouxe, no artigo 1.639, § 2º, a possibilidade, aos cônjuges, de formularem pedido conjunto de alteração do regime inicial de bens. Trouxe, ao seu turno, os requisitos legais exigidos ao seu deferimento.

Definir-se qual a natureza jurídica da alteração do regime de bens é de crucial importância para a interpretação de quais princípios e regras que serão utilizados. Vislumbra-se que a declaração de vontade dos cônjuges ou dos companheiros, em tais hipóteses, é verdadeiro “negócio jurídico”, devendo ser interpretada segundo a teoria geral do negócio jurídico.

O artigo 1.641 do Código Civil de 2002 determina as hipóteses em que o regime patrimonial será, obrigatoriamente, o da separação total de bens. A regra vale para o casamento.

A lei garante e ressalva os direitos de terceiros que porventura venham a ser atingidos com a decisão de modificação do regime de bens, considerando que a possibilidade legal poderá, em tese, ser utilizada para fraudar credores ou esvaziar a legítima dos herdeiros necessários. Havendo deferimento do pedido de alteração do regime de bens, resta indagar se a decisão terá eficácia em relação ao terceiro prejudicado que agiu de boa-fé.

As regras que compõem o estatuto patrimonial de bens têm repercussão não só na comunhão plena de vida do casal, seja no casamento ou na união estável, como também estende eficácia no âmbito do direito das sucessões e na atividade econômica, com influência decisiva nos negócios de terceiros. Assim, torna-se imprescindível um estudo aprofundado de tais regras, não descuidando do princípio geral da boa-fé objetiva e da ética nas relações, com vistas a harmonizar a interpretação quanto à possibilidade de alteração do regime de bens no curso do casamento com o texto do Código Civil de 2002.

Nesse desiderato, a pesquisa desenvolveu-se no sentido de privilegiar o aprofundamento do tema da mutabilidade do regime de bens, principiando por definir a natureza jurídica do estatuto patrimonial e sua conseqüente alteração. Também não descuidou de esmiuçar os requisitos exigidos para que se proceda à modificação do regime de bens, sua eficácia, procedimento adotado e cotejo da realidade de outros países a respeito do tema.

# CAPÍTULO 1

## REGIME PATRIMONIAL DE BENS

O conjunto de normas que disciplinam a gerência e atribuição dos bens do casal, na sociedade conjugal, constitui-se em regime patrimonial de bens. Não há entidade familiar – seja casamento, união estável ou qualquer outro arranjo familiar – sem regras a definir a quem cabe a titularidade patrimonial antes, durante e depois de finda a união.

Mesmo que os interessados não iniciem por escolher um determinado regime de bens, a lei declara qual valerá e terá eficácia para cada união conjugal.

No presente capítulo, serão discutidos temas ligados ao regime patrimonial de bens, sua natureza jurídica, os limites e possibilidades de contratar o regime de bens, sua classificação, forma, eficácia e elementos acidentais.

### 1.1 Natureza jurídica do Regime de bens

O regime patrimonial de bens é definido como o conjunto de regras que disciplinam a atribuição dos bens na sociedade conjugal. Seja no casamento, na união estável ou em qualquer outro arranjo familiar, resta indagar da natureza jurídica do regime de bens.

Note-se que aqui não se discute, exclusivamente, a natureza jurídica do pacto antenupcial, onde não há dúvidas quanto à sua natureza contratual, visto celebrar-se mediante acordo de vontades, submetendo-se à forma prescrita em lei. Acrescendo-se, ainda, que o Código Civil é expresso ao tratá-lo por pacto.

A indagação ultrapassa a fronteira restrita ao pacto antenupcial para discutir a natureza jurídica do próprio regime de bens, que pode ser escolhido através do pacto antenupcial, mas também poderá não sê-lo. Basta recordar duas hipóteses: 1) escolha do regime legal de bens (comunhão parcial) e 2) imposição do regime de separação de bens.

A primeira situação – regime da comunhão parcial de bens – prescinde de pacto antenupcial, pelo fato de ser o regime legal, que tem vigência supletiva, quando ocorre ausência de declaração de vontade quanto à escolha do regime de bens, ou mesmo quando referida escolha é inválida, por defeito de nulidade ou anulabilidade.

Também é necessário enfatizar que, mesmo não sendo a hipótese de silêncio dos nubentes quanto ao regime de bens ou hipótese de invalidade, pode a escolha recair, deliberadamente, sobre o regime da comunhão parcial, que, nessa hipótese, não poderia ser chamado de supletivo.

Conclusivo é que se torna desnecessário pacto antenupcial para validade do regime de comunhão parcial de bens.

A segunda hipótese é a de imposição de regime de separação de bens, segundo a regra do artigo 1.641 do Código Civil. Por tratar-se de imposição de

regime de bens, com restrição à liberdade de contratar, também é desnecessário o pacto antenupcial para que surta efeito.

A questão que se coloca com as duas situações citadas (regime da comunhão parcial e regime da separação legal) é que, sendo o pacto antenupcial a expressão, a prova do contrato entre as partes, em não sendo este necessário para validade e eficácia dos referidos regimes de bens, como justificar sua natureza contratual?

Ocorrendo escolha deliberada pelo regime da comunhão parcial, mesmo sem pacto antenupcial, ainda assim verifica-se sua natureza contratual, visto que, em tal hipótese, o Código Civil previu uma forma diferenciada – termo no procedimento de habilitação para casamento <sup>1</sup> – para validade do pacto entre as partes. Basta que declarem, quando do pedido de habilitação, que o regime de bens escolhido é o da comunhão parcial para que tenha validade.

Continua a ter natureza contratual, preservando, inclusive, o elemento principal da avença, que é o acordo de vontades. Segundo o princípio contratual da liberdade de forma, somente se pode exigir formalidade específica quando a lei expressamente o fizer.

Ora, se mesmo quando há invalidade do pacto antenupcial, escolhendo qualquer outro regime de bens, age supletivamente o regime da comunhão parcial, não seria apropriado se exigir forma específica para a validade do regime da

---

<sup>1</sup> Artigo 1.640, parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública.

comunhão parcial de bens. Basta o silêncio, o defeito que invalide ou a simples declaração por termo nos autos da habilitação para casamento, para que tenha validade o regime da comunhão parcial de bens.

Difícil mesmo é a tarefa de sustentar a natureza contratual nas demais hipóteses (regime supletivo, na ausência de declaração de vontade ou invalidade dessa pactuação, e regime obrigatório da separação de bens).

É que, tratando-se de regime legal ou supletivo e de regime obrigatório, não está presente o elemento volitivo e concorde, na direção de escolher um regime de bens. Em verdade, a vontade que prevalece é a da lei. No primeiro caso (regime legal ou supletivo), há a possibilidade de, antes, as partes escolherem validamente um regime de bens. Como não o fazem, a lei age supletivamente e “escolhe” um regime de bens (comunhão parcial) para os contraentes. Perceba-se que a vontade da lei, nessa hipótese, é supletiva e não imperativa. Não há a restrição à liberdade de contratar. Mas como não pode haver uma sociedade conjugal sem regras definidas que disciplinem a titularidade dos bens - considerando que um dos efeitos da união é o patrimonial - a lei atua supletivamente.

O mesmo não acontece em relação ao regime legal da separação de bens. Nesse, não há liberdade de contratar. Não se cogita de qualquer intervenção das partes contraentes. A vontade de ambos é totalmente mitigada e irrelevante para dar validade ao regime de bens do casamento. A lei decide de forma absoluta. Basta que ocorram as situações previstas no artigo 1.641 do Código Civil, para que vigore o regime da separação obrigatória de bens.



Na realidade, nas duas hipóteses – regime legal e separação legal de bens – há uma espécie de contrato compulsório, obrigatório. A primeira, porque nada declarou ou o fez com defeito que invalidou a escolha, e a lei escolheu por eles. A segunda porque não houve liberdade contratual e a lei impôs um determinado regime em virtude de enquadrar-se em situações específicas.

A natureza contratual não restou afastada, mesmo nessas situações extremas. É que a doutrina contratual, quando cogita da classificação dos contratos, insere como uma das modalidades, o contrato compulsório ou obrigatório, como, por exemplo, o seguro obrigatório de veículo automotor. Não deixa de ser contrato.

Verifica-se que, mesmo decorrente da escolha supletiva ou da imposição da lei, ainda assim pode ser chamado de contrato o regime de bens. Isso se justifica tanto pela classificação já existente na doutrina, reconhecendo o contrato obrigatório como de natureza contratual, como também pelo fato de que as partes, ao deliberarem formar uma sociedade conjugal, têm como efeito imediato dessa conduta, as conseqüências patrimoniais daí decorrentes. Na verdade, torna-se uma conseqüência de um contrato anterior, uma pressuposição. Se não deliberam sobre o aspecto patrimonial, escolhendo um regime de bens, a lei impõe qual deles vigorará. Suportam as partes, os efeitos do silêncio ou defeito no contrato.

Mas se não lhes é dado escolher um regime de bens (artigo 1.641 do Código Civil), ocorre justamente a hipótese de subsumir-se a situação de fato a uma daquelas elencadas pela lei, para a qual já há uma escolha prévia de regime de

bens, em que pretende proteger outros interesses juridicamente tutelados, como se verá no item próprio.

A modificação do regime de bens durante o casamento não perde a natureza jurídica de contrato, visto tratar-se de aditivo com o objetivo de alterar cláusulas do contrato anterior, ou mesmo substituí-lo por um outro com regramento diferenciado.

### 1.3 Liberdade de Contratar o Regime Patrimonial de Bens. Autonomia Privada e Liberdade Contratual

“A liberdade não é algo congênito ao homem, mas algo que o homem tem de conseguir, lutando incessantemente e resistindo aos influxos exteriores e às suas próprias inclinações” (Karl Larenz, *in* **Derecho justo**, p. 61)

Há duas correntes acerca da amplitude e conceituação da terminologia Autonomia Privada.

Na primeira delas, o “direito subjetivo” e a “liberdade contratual” são instrumentos da autonomia privada <sup>2</sup>. Em igual sentir, estão os italianos Pietro Perlingieri e Luigi Ferri, para quem “a idéia de autonomia privada está ligada um poder de regular quaisquer interesses, e não somente o econômico”. <sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Boulos, Daniel Martins. **Autonomia Privada – Função Social do Contrato**. Arruda Alvim *et al* (coords.). *in* Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 126.

<sup>3</sup> Ferreira, Carlos Alberto Goulart. *Ob. Cit.*, p. 66.

Para Pietro Perlingieri <sup>4</sup>, a autonomia privada “é o poder, reconhecido ou concebido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas (...) como conseqüência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos”. De igual modo, Luigi Ferri <sup>5</sup>, para quem a auto-regulamentação trata-se de um poder jurídico, com força de criar normas jurídicas, ou seja, os direitos subjetivos, dos quais decorrem os deveres e as liberdades.

A segunda corrente tem na portuguesa Ana Prata e no italiano Enzo Roppo seus articulistas, e acredita que a autonomia privada situa-se no âmbito de movimento da liberdade negocial. Para Ana Prata <sup>6</sup>, a ordem jurídica reconhecia o poder ao homem, enquanto sujeito jurídico, de judicizar sua atividade econômica, realizando negócios de forma livre, e determinando seus efeitos. Ao seu turno, Enzo Roppo <sup>7</sup> afirma que a formalização de um contrato não é um fim em si mesmo, mas existe como finalidade da operação econômica. <sup>8</sup>

Carlos Alberto Goulart Ferreira <sup>9</sup> esclarece “ainda que o contrato, como categoria lógica, seja uma construção jurídica do pensamento filosófico racionalista do séc. XVIII, ele sempre existiu no seu conteúdo econômico”. O autor lembra que, embora o contrato tenha sua origem não-patrimonial, caminhou no sentido

---

<sup>4</sup> Perlingieri, Pietro, **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.17.

<sup>5</sup> Ferri, Luigi. **La Autonomia Privada**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 241. O autor, na página 11, sustenta que a autonomia privada não é uma “atividade originária”, mas, ao revés, encontra sua “fonte de validade nas normas legais e destas recebe as fronteiras formais e substantivas do seu atuar”.

<sup>6</sup> Prata, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina. 1982, p. 13.

<sup>7</sup> Roppo, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 9.

<sup>8</sup> Aliás, esse é também o sentido do artigo 1.321 do Código Civil Italiano, estabelecendo que o contrato é “o acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir, entre si, uma relação jurídica patrimonial”.

<sup>9</sup> *Idem, Ibidem*.p. 67. O autor faz uma verdadeira arqueologia do contrato, desde o direito romano clássico até os dias atuais.

econômico como fonte das obrigações patrimoniais. Assegura que, no direito português, o fenômeno aconteceu de modo diferente.

“Diferente do Direito italiano, do francês e do brasileiro, o Direito português vigente, na linha filosófica alemã, considerou o contrato como instituto capaz de constituir obrigações não só de cunho econômico, mas também de cunho não-patrimonial. É o que ocorre em relação ao casamento – art. 1.577 -, ao pacto sucessório – arts. 1.700, 2.026, 2.028 e 2.029”.

Em clara explicitação dos artigos mencionados na citação, o jurista português Mário Júlio de Almeida Costa <sup>10</sup> declara que o “o contrato pode ser, entre nós, fonte de constituição, transmissão, modificação e extinção de obrigações ou direitos de crédito, bem como fonte de direitos reais, familiares e sucessórios”.

Entre nós, Darcy Bessone <sup>11</sup>, afirma que:

“Nos negócios de natureza patrimonial, porém, quer se trate de obrigações, quer de direitos reais, normalmente e salvo o escopo de pura liberalidade, concorre sempre a contraprestação, como razão da obrigação do devedor. Portanto, a causa, como elemento do contrato, exclui do seu domínio as convenções que dela, normalmente, independem, como sucede com as atinentes às relações de família ou de sucessão hereditária”.

Na doutrina de Eduardo Espínola <sup>12</sup> “as relações jurídicas de obrigação se estabelecem entre o titular do direito e outra pessoa, mas têm por objeto *uma*

---

<sup>10</sup> Costa, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. Coimbra: Almedina, 1994, p. 187.

<sup>11</sup> Bessone, Darcy. **Do Contrato**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 16.

<sup>12</sup> Espínola, Eduardo. **Sistema do Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos. 1944, p. 7. Para ele o conceito de obrigação “é a relação jurídica que se estabelece entre duas pessoas, sujeito ativo (credor) e sujeito passivo (devedor), cujo objeto consiste numa PRESTAÇÃO ECONÔMICA, positiva (*facere, dare*) ou negativa (*non facere*) deste àquele”.

*prestação de valor econômico*: são pois, - *peçoais patrimoniais*, ao passo que as de família são *peçoais não patrimoniais* e os direitos das coisas são *patrimoniais não peçoais ou – reais*".

A bem da verdade, no sistema jurídico brasileiro, admite-se o negócio jurídico cujo objeto seja de natureza não patrimonial. Aliás, o pacto antenupcial é um exemplo, onde se pode acordar sobre outras questões além da patrimonial, como a educação religiosa dos filhos, como lembra Débora Gozzo.<sup>13</sup>

Registre-se que esse é pensamento de Clóvis Beviláqua e Carvalho de Mendonça<sup>14</sup>, para quem o termo obrigação tem significado amplo de dever, sem necessariamente o correspondente de prestação econômica.

O individualismo e a liberdade que se propugnava, ao lado da força irrestrita e obrigatória do contrato, teve papel decisivo na teoria e princípios do direito contratual, influenciando as diversas legislações de muitos países.

O Código Civil francês e o Código Civil italiano, respectivamente nos artigos 1.134 e 1.372, atribuem, expressamente ao contrato "força de lei". É a mais perfeita expressão do *Pacta Sunt Servanda*..

Contemporaneamente, considerando as transformações pelas quais tem passado o contrato<sup>15</sup>, compreende-se que, embora seja certo que o contrato faz lei

---

<sup>13</sup> Gozzo, Débora. **Pacto Antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992.

<sup>14</sup> Ambos referidos por Eduardo Espínola, *Ob. Cit.* p. 17.

<sup>15</sup> Aliás, como refere Enzo Roppo: "Uma vez que o contrato reflete, pela sua natureza, operações econômicas, é evidente que o seu papel no quadro do sistema resulta determinado pelo gênero e pela quantidade das operações econômicas a que é chamado a conferir dignidade legal, para além do modo como, entre si, se relacionam numa palavra pelo momento de organização econômica a cada momento prevalecente". In **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 24. No mesmo sentir, Mattietto, Leonardo. **O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria Contratual**. Gustavo Tepedino (coord.). Problemas de Direito Civil-Constitucional. Gustavo Tepedino (coord.). Problemas de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: renovar, 2000, p. 171, para quem "é preciso partir da noção de que qualquer instituto jurídico está sujeito a uma relatividade histórica, na variedade de suas formas e

entre as partes, é patente o novo contorno dado à autonomia da vontade, justamente como garantia e preservação da própria liberdade de contratar. Chega-se, então, à relativização da autonomia da vontade.

### 1.3.1 Temperamento da autonomia da Vontade. Relativização da Autonomia da Vontade como garantia da liberdade

Para Paulo Luiz Netto Lobo <sup>16</sup> “livre era o titular da ação política, entendida como fato da vida cotidiana; era o governante entre governantes, movendo-se entre iguais”.

Hannah Arendt <sup>17</sup> assegura que “ser livre significava ao mesmo tempo não estar sujeito às necessidades da vida nem ao comando de outro e também não comandar. Não significava domínio, como também não significava submissão”.

Discorrendo sobre o seu conceito de liberdade jurídica, Carlos Alberto Goulart Ferreira <sup>18</sup> afirma ser esta “os limites e restrições impostas pelo Direito, para garantia da vida em sociedade”. Para ele, “não significa uma privação para o indivíduo, mas sim uma garantia jurídica para que ele possa praticar os atos, notadamente econômicos, em sociedade, passando a ser um sujeito de direitos”.

---

transformações”. Também Ripert, Georges. **O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno**. São Paulo: Saraiva, 1937, p.314., ao declarar que “o contrato já não é ordem estável, mas eterno vir a ser”.

<sup>16</sup> Lobo, Paulo Luiz Netto. **Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 10.

<sup>17</sup> Arendt, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução Roberto Raposo. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 41.

<sup>18</sup> *Idem, Ibidem*. P. 71.

O papel do direito – que tem como finalidade assegurar a liberdade – é coordenar, organizar e limitar as liberdades, justamente para garantir a liberdade individual. Parece um paradoxo. No entanto, é de todo dedutível que só existe liberdade se existir, em igual proporção e concomitância, igualdade. Inexistindo o pressuposto da igualdade, haverá dominação e sujeição, e não liberdade.

San Tiago Dantas <sup>19</sup>, acerca da liberdade contratual, assegura que “...se é certo que deixou de proteger os socialmente fracos, criou oportunidades amplas para os socialmente fortes, que emergia de todas as camadas sociais, aceitando riscos e fundando novas riquezas”. O que acontece, necessariamente, é o acirramento das desigualdades sociais.

Daí decorre concluir que liberdade só é possível no espaço de igualdade. A esse respeito, Pietro Perlingieri <sup>20</sup> faz a diferenciação entre igualdade formal e substancial, declarando que:

“Na primeira, os cidadãos têm igual dignidade social e são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça (...); pela segunda, é tarefa da República remover os obstáculos de ordem econômica e social, que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país”.

---

<sup>19</sup> Conf. Dantas, San Tiago. **Evolução Contemporânea do Direito Contratual**. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 14-33, para quem o direito, através da teoria contratual, municiou de meios adequados, “simples e seguros”, para dar “eficácia a toda combinação de interesses”. O autor considera o direito contratual com “um dos instrumentos mais eficazes de expansão capitalista em sua primeira etapa”.

<sup>20</sup> *Idem, Ibidem*. p.44.

Quando impõe normas cogentes – limitando, de um certo modo, a liberdade de agir -, o que faz o Direito é tentar equilibrar a relação contratual, garantindo a igualdade e paridade, para que as partes possam, na realidade, exercer suas liberdades individuais.

Não é demasiado lembrar que o surgimento do contrato, com as relações de permuta entre os povos, tem a ver com equilíbrio entre prestação e contraprestação. É esse resgate que se pretende trazer com a função social do contrato.

Para Orlando Gomes <sup>21</sup> “(...) o fenômeno da contratação passa por uma crise que causou a modificação da função do contrato: deixou de ser mero instrumento do poder de autodeterminação privada, para se tornar um instrumento que deve realizar também interesses da coletividade. Numa palavra: o contrato passa a ter função social”.

### 1.2.2 Boa-fé Objetiva

Com a nova feição dada à autonomia privada, assiste-se, como corolário mesmo da função social do contrato, a uma verdadeira etizicização das relações patrimoniais, tendo seus contornos desenhados pelo princípio da boa-fé objetiva e a teoria do abuso de direito.

---

<sup>21</sup> Gomes, Orlando. **A Função do Contrato**. In *Novos Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 109.



Para Georges Ripert, a idéia de poder do credor sobre o devedor e a existência de um direito subjetivo de crédito, é decadente. O autor, que é contrário à idéia de morte do contrato, propagada por Grant Gilmore <sup>22</sup>, advoga a idéia de contrato como “situação jurídica”. Para ele “o credor já não possui um direito adquirido, mas a simples esperança de que o juiz tenha as suas pretensões como legítimas”. Em suas palavras,

“O declínio do contrato não provém unicamente da limitação cada vez mais estreita do seu domínio; tem outra causa: a negação audaciosa da força contratual. O contrato já não é considerado como o ato criador da obrigação, e o vínculo obrigacional já não dá ao credor poder sobre o devedor. O reconhecimento da força contratual é, diz-se, uma concepção do individualismo jurídico e a idéia dum direito subjetivo conferido ao credor é arcaica. O contrato cria simplesmente uma situação jurídica, que não poderá ser mais imutável que a situação legal. Esta situação jurídica gera conseqüências que o legislador determina soberanamente. O ato da vontade consiste unicamente em submeter-se à lei do contrato, mas não pertence às partes decidir para sempre, e em todos os casos, qual seja essa lei”.<sup>23</sup>

Essa visão se coaduna com a tendência de etizicização e mesmo de repersonalização <sup>24</sup>, das relações sociais, tendo como principados a confiança negocial e a postura ética e leal das partes nas situações jurídicas.

---

<sup>22</sup> Gilmore, Grant. **The Death of Contract**. 2<sup>nd</sup>. ed. Columbus, Ohio State University Press, 1995. A clássica obra prevê a morte do contrato, diante da intervenção estatal na teoria contratual.

<sup>23</sup> Ripert, Georges. *Ob. Cit.* p. 313-314.

<sup>24</sup> Como prefere Luiz Edson Fachin, **O “aggiornamento” do direito brasileiro e a confiança negocial**. In *Repensando os fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 145..

Luiz Edson Fachin <sup>25</sup> assevera que “conduta negocial, boa-fé e confiança caminham juntas”. Para ele,

“Um claro pensar se produz em torno da confiança: o repensar das relações jurídicas nucleadas em torno da pessoa e sua revalorização como centro das preocupações do ordenamento civil. O tema de tutela da confiança não pode ser confinado a um incidente de retorno indevido ao voluntarismo do século passado, nem é apenas um legado da Pandectística e dos postulados clássicos do Direito Privado. Pode estar além de sua formulação inicial essa temática se for posta num plano diferenciado de recuperação epistemológica”.

Na lição de Pontes de Miranda <sup>26</sup> “todos os homens têm de portar-se com honestidade e lealdade”.

No dizer de Leonardo Mattietto <sup>27</sup> “a autonomia privada, antes entronizada como garantia da liberdade dos cidadãos em face do Estado, é relativizada em prol da *justiça substancial*, com o eixo da relação contratual se deslocando da *tutela subjetiva da vontade à tutela objetiva da confiança*”. E ainda afirma que “a proteção da confiança envolve o vínculo contratual, a partir das normas cogentes que visam assegurar o equilíbrio das partes da relação jurídica (...)”.

O jurista Orlando Gomes, com percuciência, afirma que o comportamento dos contratantes, no sentido ético, é o norteador do contrato contemporâneo.

---

<sup>25</sup> Fachin, Luiz Edson. *Ob. Cit*, p. 145.

<sup>26</sup> Miranda, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, parte especial. Tomo XXXVIII, 2. ed. RJ: Borsoi, 1962, p. 321.

<sup>27</sup> *Ob. Cit.*p. 176.

“No contrato contemporâneo, a lei embora ainda se preocupe nos mesmos termos com a formação do contrato tradicional, se interessa mais pela regulação coletiva visando a impedir que as cláusulas contratuais sejam iníquas ou vexatórias para uma das partes. Sua preocupação é controlar o comportamento daqueles que ditam as regras do contrato, a fim de que não se aproveitem de sua posição para incluir cláusulas desleais mais do que tornar anulável o negócio jurídico celebrado com vício do consentimento, vício que nos contratos de massa não tem a menor relevância”.

A confiança negocial desemboca, necessariamente, no princípio da boa-fé objetiva e na teoria do abuso de direito.

A boa-fé objetiva, expressamente prevista como princípio no artigo 422 do Código Civil de 2002<sup>28</sup>, assegura que as partes devem guardar a probidade e boa-fé. O comportamento deve ser ético.

Para Cláudia Lima Marques<sup>29</sup> a aplicação do princípio da boa fé objetiva cria deveres anexos, no sentido de que “o contrato não envolve só a obrigação de prestar, mas envolve também uma obrigação de conduta”.

---

<sup>28</sup> Em verdade, embora o princípio da boa-fé objetiva não houvesse sido inserido, de modo claro e contundente no Código Civil de 1916, essa legislação não ficou a ele alheia e indiferente. O próprio Clóvis Beviláqua, ao comentar o artigo 1.443, a respeito do contrato de seguro, afirmou: “Diz-se que o seguro é um contrato de boa-fé. Aliás todos os contratos devem ser de boa fé”. Beviláqua, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil: comentado por Clóvis Beviláqua**. Obrigações. Tomo II, v. V. 3. ed. São Paulo: Francisco Alves, 1934, p. 203. Também Azevedo, Antônio Junqueira. **A boa fé na formação dos contratos**. Revista de Direito do Consumidor, nº 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, set/dez. de 1992, p. 78-79, lembra que “em assuntos específicos como o contrato de seguro, contrato de sociedade (art. 1.404), aquisição a *non domino* (art. 622), pagamento indevido (art. 968), posse (art. 400 e ss.), usucapião (art. 500 e ss.), construção e plantação (art. 546 e ss.), dívida de jogo (art. 1.677), etc., o próprio Código Civil prevê a boa fé para certas conseqüências jurídicas. Trata-se, porém, em todos esses casos, salvo os dois primeiros (seguro e sociedade), da chamada boa fé objetiva, isto é, daquele estado interior ou psicológico relativo ao desconhecimento, e à intenção, ou falta de intenção, de alguém”. Posteriormente, o direito brasileiro trouxe, no Código de Defesa do Consumidor, a regra da boa fé objetiva de forma expressa (art. 4º, inciso III e art. 51, inciso IV).

<sup>29</sup> Marques, Cláudia Lima. **Contratos no Código de defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 108. Para ela, os deveres anexos “nasceram da observação da jurisprudência alemã ao visualizar que o contrato, enquanto fonte imanente de conflitos de interesses, deveria ser guiado e, mais ainda,

A teoria do abuso de direito <sup>30</sup> apregoa a idéia de que não existe direito absoluto. E a relativização dos direitos subjetivos surge em proteção ao próprio exercício do direito. É que, se todos os titulares de direitos abusassem no seu exercício, inviabilizaria a utilização de uns pelos outros. O uso desenfreado de um direito acarreta a invasão, objetivada ou não, de um direito de terceiro, podendo causar-lhe prejuízo.

O abuso de direito, enquanto ato ilícito, reprovável e coibido pelo ordenamento jurídico brasileiro, surge, ao lado da boa fé objetiva, como instrumento hábil à etizicização das relações patrimoniais.

Cumprе reconhecer o princípio da boa fé objetiva e a teoria do abuso do direito como instrumentos de realização da função social do contrato. E como dito, não se constituem como restrições ou limitações à autonomia privada por mero capricho legislativo ou intervenção descabida do Estado nas relações privadas. Ao revés, são normas garantidoras do equilíbrio contratual - e como paradoxo - da liberdade contratual dos contratantes, por meio da igualdade.

### 1.2.3 Função Social do Contrato

---

guiar a atuação dos contraentes conforme o princípio da boa-fé nas relações”. Não é demais lembra a redação do conhecido § 242 do BGB, dispondo que “o devedor está obrigado a efetuar a prestação como exigem a fidelidade e a boa-fé em atenção aos usos do tráfico”.

<sup>30</sup> O abuso de direito, enquanto modalidade do ato ilícito, foi inserido no Código Civil de 2002 no artigo 187.

Louis Josserand <sup>31</sup> afirma que o contrato “socializou-se” e “publicizou-se” de forma que o “*negotium iuris* dos romanos tornou-se, ao mesmo tempo que um negócio privado, um negócio público, e a liberdade deixou de ser ‘o princípio regulador supremo dos contratos’”.

Como forma de conter os excessos advindos do liberalismo exacerbado, como já se anotou, houve diversas reações no âmbito jurídico, de forma a dar ao negócio jurídico a conotação de funcionalidade que a ordem jurídica possui. O contrato não existe por si. Ele tem uma razão de ser, uma função, tanto quanto o direito, que o contém.

Tem-se, como conseqüência, a atenção voltada à função social do contrato. Se a finalidade, o objetivo, do contrato é social, então se torna necessário o conhecimento do termo “social”.

Vicente Ráo <sup>32</sup> ao definir sociedade, afirma que o direito não se satisfaz com a simples coexistência humana, mas sim obter, por intermédio da coexistência social harmonicamente organizada, o aperfeiçoamento do indivíduo. Diz ele que:

“Embora não se defina como simples soma dos indivíduos que a formam, é sim, como um todo orgânico dotado de ações e reações próprias, a sociedade não é um ser em sentido biológico, nem é capaz de sobreviver totalmente indiferente à sorte de seus membros, que não são seus meros instrumentos, mas a sua própria finalidade, pois a vida social é uma decorrência da natureza do homem”.

---

<sup>31</sup> Josserand, Louis. **Tendances actuelles de la théorie des contrats.** In Revue Trimestrielle de Droit Civil, tome 36, p. 2 e ss., 1937.

<sup>32</sup> *Idem, Ibidem.* P. 54.

Nessa vertente, também Hannah Arendt <sup>33</sup> que vê o “social” como sentido geral da condição humana. A autora cita Tomás de Aquino, para quem a sociedade significa aliança.

Ives Granda da Silva Martins <sup>34</sup> adverte sobre a necessidade de temperar a interpretação do vocábulo “social”. Segundo ele, a convicção pessoal do julgador sobre o significado de “social” poderá tornar o termo subjetivo demais, trazendo riscos no sentido de dar prevalência àquela inteligência pessoal em detrimento do texto formal. Adverte que “o caminho natural para valorizar o sentido social da lei suprema é garantir aos representantes do povo, eleitos com esta finalidade, que produzam leis objetivando a implantação dos princípios constitucionais, nas quais a dimensão do ‘social’ deve corresponder”. Fazendo tais considerações, garante preservar os dois pilares do Estado democrático – que são a segurança e a certeza jurídicas.

Em verdade, atentar para a finalidade social do direito, e, conseqüentemente, do contrato, é tarefa do julgador, que contará com a interpretação de regras e princípios, com vistas a tornar equilibrada a relação jurídica e impedir as desigualdades sociais. É um exercício subjetivo, sem dúvida.

A lei de Introdução ao Código Civil, manda que o juiz, ao aplicar a lei, atente para os fins sociais a que ela se destina <sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> *Idem, Ibidem*. P. 33.

<sup>34</sup> Martins, Ives Granda da Silva. **A função social do contrato**. Arruda Alvim *et al* (coords.). *in* Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 338.

<sup>35</sup> Artigo 5º da LICC: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

A liberdade de contratar será exercida **em razão e nos limites** da função social do contrato, segundo regra do artigo 421 do Código Civil de 2002.

A finalidade eminentemente social é, ao mesmo tempo, a razão de ser (fundamento) e a fronteira da liberdade de contratar.

Judith Martins-Costa <sup>36</sup> afirma que a função social integra o próprio conceito de contrato. Ponderamos constituir-se limite interno à autonomia da vontade.

Ao contrato, é atribuída uma gama de funções sociais, “tendo em vista a sua importância no processo de trocas econômicas, de colaboração entre os indivíduos e, em última análise, de desenvolvimento da própria sociedade” <sup>37</sup>.

O texto do Código Civil foi tão incisivo em homenagear a função social que, mesmo os contratos celebrados anteriormente à vigência do novel Código Civil, estão sujeitos ao cumprimento da finalidade social <sup>38</sup>.

Note-se que, pela leitura do parágrafo único do artigo 2.035, conclui-se que, ainda que o contrato tenha sido celebrado antes da vigência do Código de 2002, estando ele em desacordo com os preceitos de ordem pública estabelecidos pelo novo Código, fulminado estará pela ineficácia – “(...) *nenhuma convenção prevalecerá (...)*” – atingindo até mesmo o ato jurídico perfeito <sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Martins-Costa, Judith; Branco, Gerson Luiz Carlos. **O Novo Código Civil Brasileiro: Em busca da ética da situação.** In Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 156 ess.

<sup>37</sup> Nas palavras de Daniel Martins Boulos. Ob. Cit. P. 131.

<sup>38</sup> O artigo 2.035, que situa-se na parte das disposições transitórias, tem a seguinte redação: “A validade dos negócios jurídicos constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

<sup>39</sup> Na mesma linha de pensamento Gustavo Tepedino, sendo lúcido ao comentar o artigo 2.035 do novel Código Civil: “Não há, como todos sabem, um princípio constitucional que vede a retroatividade dos efeitos da lei nova, de modo a alcançar, de alguma forma, situações jurídicas constituídas sob a égide da lei antiga. O que há é

O individualismo e o voluntarismo, presentes na feição clássica de contrato, cedem lugar a uma nova forma de contratar, comprometida com os valores de dignidade e desenvolvimento da personalidade humana. O contrato, que antes era instrumento de realização da autonomia privada, hoje tem finalidade social.<sup>40</sup>

Na visão de Antônio Junqueira de Azevedo<sup>41</sup> a idéia de função social do contrato

(...) está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da República, o valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV); essa disposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para a sociedade (...)

A função social do contrato se coaduna com os objetivos da República, constantes da Constituição Federal de 1988 (art. 3º, I), de construir uma sociedade **livre, justa e solidária.**

---

a garantia do respeito a situações constituídas no passado e aos efeitos que, produzidos pela lei antiga, tenham já se incorporado, em definitivo, ao patrimônio individual”. E mais adiante assegura: “daí porque é imperioso interpretar restritivamente a noção de direito adquirido, de molde a não abranger os efeitos futuros de negócios jurídicos que, posto praticados legalmente no passado, são hostilizados pela lei nova. Até a entrada em vigor desta, há de se proteger os efeitos produzidos pelo ato jurídico perfeito, sempre que definitivamente incorporados ao patrimônio de alguém”. Por fim arremata: “Tenho pra mim que, nos contratos de trato sucessivo, o direito adquirido é aquele relativo aos efeitos já produzidos e incorporados ao patrimônio do contratante no momento em que entra em vigor a nova lei, devendo prevalecer sob a incidência da lei antiga apenas os efeitos da prestação e da contraprestação correspondente ao módulo temporal (caracterizador da periodicidade do negócio) em curso. À consecução da prestação periódica parece ter direito adquirido o titular da correspondente contraprestação”. (*In Temas de Direito Civil*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 235-237.

<sup>40</sup> Conf. Mattiotto, Leonardo. *Ob. Cit.*, p. 179.

<sup>41</sup> Azevedo, Antônio Junqueira de. **Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado - Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento - função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 750, abr. 1998, p. 116.



No direito brasileiro, a objetivação da função social do contrato teve lugar no artigo 421 do Código Civil de 2002.<sup>42</sup>

Para Ives Granda da Silva Martins <sup>43</sup>, a função social do contrato decorre, necessariamente, da função social da propriedade, devendo ter seu estudo sistematizado de acordo com os princípios constitucionais que regem a matéria. Assegura o autor, que os conceitos se complementam, em razão de propriedade e contrato serem “os alicerces da economia mundial e, principalmente, da economia de mercado”.

A bem da verdade, as relações econômicas estão alicerçadas em dois eixos: o contrato e a propriedade.

O desembargador pernambucano Jones Figueiredo Alves <sup>44</sup> informa sobre a origem histórica do dispositivo legal que previu a função social do contrato.

“Histórico. A redação é a mesma do projeto. Não há artigo correspondente no Código Civil de 1916. Na Câmara Federal, em primeira fase, o então Deputado Tancredo Neves considerou tratar-se de ‘disposição de maior conveniência, porque significa que, fora dos limites da ‘função social’ do contrato, não pode ser exercida a liberdade de contratar’, admitindo impreciso o conceito de ‘função social do contrato’. Sugeriu, assim, pela Emenda 371, nova redação ao artigo, no sentido de que ‘ao interpretar o contrato e disciplinar a sua execução, o

---

<sup>42</sup> Art. 421. “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

<sup>43</sup> *Idem, Ibidem* p. 335. Para ele, não há inovação alguma em no texto infraconstitucional, mas apenas a explicitação de algo que deflui do próprio texto constitucional. Em suas palavras, afirma, na p. 340, “nesse contexto, interpreto o art. 421 do CC apenas como uma explicitação de ‘princípio implícito’ já constante do texto anterior, sendo decorrência do idêntico princípio veiculado por textos constitucionais anteriores sobre a função social da propriedade”.

<sup>44</sup> Alves, Jones Figueiredo. **Novo Código Civil Comentado**. Ricardo Fiúza (coord.). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 372.

juiz atenderá à sua função social. A Emenda foi rejeitada, com o parecer do Relator-Geral, Deputado Ernani Satyro, de onde se extrai o realce: ‘A afirmação da ‘função social do contrato’, consoante do artigo 420, corresponde ao princípio da função social da propriedade, a que se refere o artigo 160, III , da Constituição de 1969”.

#### 1.2.4 “O que lhes aprover”

O Código Civil brasileiro, no artigo 1.639, *caput*, assegura ser lícito aos nubentes, antes do casamento, estipular, quanto aos bens, “o que lhes aprover”.

Logo em seguida, no parágrafo único do artigo 1.640, declara que poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que o código regula.

A interpretação precipitada poderia conduzir ao fato de só ser possível, aos contraentes, optar pelos regimes típicos previstos no Código Civil.

Na verdade, “é lícito aos nubentes” formular a escolha que “lhes aprover”, em relação aos bens. É a ampla liberdade contratual no tocante à escolha do regime de bens. Como visto, o regime de bens não esgota seu rol de possibilidades nos regimes típicos regulados pelo código.

Existem os regimes típicos (comunhão universal de bens, comunhão parcial de bens, separação de bens e participação final nos aqüestos), mas também é

possível aos nubentes regular, quanto aos bens, “o que lhes aprouver”, escolhendo um outro regime de bens, atípico.

Quando o artigo 1.640, parágrafo único do Código Civil menciona os “regimes que o código regula”, não o faz para declarar que a escolha **deve** recair sobre um dos regimes de bens típicos, mas, ao revés, utiliza a expressão **pode**. É mera faculdade optar por um dos quatro regimes de bens previstos no Código Civil.

A escolha dos nubentes pode recair sobre um dos quatro regimes de bens previstos no Código Civil, mas também podem optar pela forma mista ou mesmo a personalíssima.

Na forma mista, há, por parte dos pactuantes, a escolha pela afetação de determinados bens por um certo regime e outros bens por regras exclusivas de regime diverso. Funcionam, em concomitância, dois ou mais regimes de bens, desde que, expressamente, as partes dividam quais bens estarão sujeitos aos efeitos desse ou daquele regime.

Já a forma particular ou personalíssima é aquela quem há regras mescladas de um e de outro regime, ou mesmo criadas ao sabor da liberdade de contratar, que afetem o patrimônio como um todo. Os pactuantes criam um novo regime, com regras exclusivas, personalíssimas, mesmo que estas regras estejam previstas nos regimes típicos. A diferença aqui é que não há adesão a um regime como um todo. Mesclam-se regras para compor um regime exclusivo.

Tanto o regime misto quanto o personalíssimo são atípicos e exclusivos. A diferença entre ambos reside, justamente, no alcance das regras pactuadas em

relação ao patrimônio. Enquanto no regime personalíssimo as cláusulas do pacto afetam o patrimônio como um todo dos contratantes, no regime misto há a divisão, feita pelos próprios nubentes, de quais bens estarão sujeitos a regras tais ou quais, conforme deliberado pelas partes.

### 1.2.5 Limites externos à liberdade de contratar o regime de bens. Ordem Pública

Além dos limites externos e internos (boa-fé objetiva, função social do contrato e probidade) do contrato, cremos ser de fundamental importância rediscutir a cláusula impositiva de regime de bens contida no artigo 1.641 do Código Civil.

#### O regime de separação legal de bens

O artigo 1.641 do Código Civil de 2002 determina que é obrigatório o regime de bens no casamento: a) das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento<sup>45</sup>; b) da pessoa maior de sessenta anos; e c) de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

---

<sup>45</sup> As causas suspensivas estão descritas no artigo 1.523, literalmente como “*Art. 1.523. Não devem casar: I – o viúvo que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; II – a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez ou da dissolução da sociedade conjugal; III – o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; IV – o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela e não estiverem saldadas as respectivas contas. Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar*

O regime de separação de bens, por imposição legal, não mais se justifica no direito brasileiro.

É preciso que se diga que, conforme entendimento sumulado (Súmula 377 <sup>46</sup>) do Egrégio Supremo Tribunal Federal, comunicam-se todos os bens adquiridos na constância do casamento celebrado sob o regime de separação obrigatória de bens, evitando, assim, um possível enriquecimento sem causa de um dos cônjuges, após a separação.

Alguns autores<sup>47</sup> afirmam que referida súmula constitui exceção ao anterior princípio da imutabilidade do regime patrimonial de bens.

Indaga-se sobre o que representa a Súmula 377 do STF, a não ser afirmar que, no Brasil, não existe regime de separação obrigatória de bens, já que a declaração de comunicabilidade dos bens na constância do casamento, através da Súmula citada, transmuda o regime de separação para o regime de comunhão parcial de bens. O regime de separação convencional de bens – este sim escolhido voluntariamente pelos nubentes - continua intocado, por refletir a vontade dos interessados, e não do Estado.

---

*ao juiz que não se sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutela ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo”.*

<sup>46</sup> Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

<sup>47</sup> Dentre os quais cita-se Madaleno, Rolf, *ibidem*, p. 197.

Em face da súmula, em pleno vigor, o mais importante Tribunal do país resolveu não mais emprestar eficácia às normas atinentes ao regime de separação legal de bens. Ora, se em todos os casos em que a lei obriga o regime de separação de bens, a súmula 377 diz que o patrimônio adquirido na constância da união se comunica. O que significa isso senão dizer que, na verdade, o regime patrimonial de bens que rege a vida daqueles cônjuges é o de comunhão parcial de bens?

Conforme determina o artigo 1.523 do Código Civil, há determinadas situações onde a lei visa impedir que a celebração do casamento se verifique, mas não tem a força de invalidá-lo. No entanto, a lei impõe certas sanções de ordem econômica, tornando obrigatório o regime de separação de bens para aqueles que se casarem com infração às causas suspensivas.

Há, entretanto, previsão de não aplicação das causas suspensivas, em pedido formulado ao Juiz, desde que satisfeitas as condições explicitadas no parágrafo único do artigo 1.523 do Código Civil de 2002.

Além da imposição do regime de separação legal de bens para aqueles que se casarem com inobservância das causas suspensivas, também determina o artigo 1.641 do Código Civil que o regime será, obrigatoriamente, o de separação de bens para as pessoas maiores de sessenta anos e para todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Relevante questão que se observa, é que se torna totalmente incompreensível e inaceitável, na atual ordem legal, em pleno estado democrático de direito, existirem normas que determinam, obrigatoriamente, o regime de separação

legal de bens em contrariedade ao princípio da livre estipulação dos nubentes. Analisem-se as situações pertinentes.

### **Regime de separação obrigatória de bens para os que se casam com infração às causas suspensivas**

Em relação ao tema da obrigatoriedade de regime de separação de bens para aqueles que se casam com inobservância às causas suspensivas, é de todo descabida a diferença de tratamento da lei em relação ao mesmo instituto quando envolve duas entidades familiares semelhantes (casamento e união estável), tanto no que pertine à obrigatoriedade do regime patrimonial de bens quanto na possibilidade de alteração do regime no curso na união.

É prudente, entretanto, ressaltar que, uma vez satisfeita a condição de qualquer das causas suspensivas, não há como se obrigar aos cônjuges a permanecerem casados sob o regime de separação legal de bens. É lícito que se lhes permita alterá-lo, quando e como bem entenderem, após, repito, satisfeita a condição que gerou a causa suspensiva.

Mas antes disso, ainda assim é possível que ao casarem tenham preservada a sua liberdade de contratar, visto que as quatro situações que geram as causas suspensivas podem ser igualmente protegidas com ônus menor às partes.

A primeira hipótese da recomendação, logo no inciso I do artigo 1.523 do Código Civil é “a viúva ou o viúvo que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros”. Antes de tudo, observe-se que, embora a lei tenha tentado proteger somente os filhos do falecido, é importante registrar que há outros herdeiros que também se situam na categoria de necessários, devendo também ter preservada a sua legítima, como assegura o artigo 1.845 do Código Civil <sup>48</sup>.

É de bom alvitre registrar a omissão legal no tocante à existência de filhos somente do falecido. Por que somente os filhos comuns estão protegidos? Se só houver filhos exclusivos do falecido? Nessa hipótese, é necessário, primeiro, que haja liquidação do regime de bens para que se delimite a meação do *de cujos* e sobre esse montante se dê a sucessão hereditária. Igualmente nessa hipótese há de ser liquidado o regime de bens e devem os herdeiros ser assegurados dos riscos de confusão de patrimônio.

Por outro lado, a legítima já está protegida em razão do estabelecimento legal da data em que se considera como finda a eficácia do regime de bens, devendo observá-la para fins de liquidação dos aqüestos. O artigo 1.683 <sup>49</sup> assegura que quando houver separação judicial ou divórcio, o termo final de eficácia do regime de bens entre os cônjuges não é a dissolução da sociedade conjugal ou do vínculo

---

<sup>48</sup> Art. 1.845. *São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.*

Art. 1.846. *Pertencem aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.*

<sup>49</sup> Art. 1.683. *Na dissolução do regime de bens por separação judicial ou por divórcio, verificar-se-á o montante dos aqüestos à data em que cessou a convivência.*



matrimonial, feita legalmente, mas sim a data em que cessou a convivência. O prazo é certo e determinado.

Ao seu turno, o artigo 1.685<sup>50</sup> se remete aos anteriores e o faz para determinar que, quando ocorra morte, deverá ser observado esse termo (momento da morte) para fazer cessar os efeitos do regime de bens.

A ignorância de existência de gravidez ou não quando o casamento se desfez por invalidade (nulo ou anulável) ou por viuvez, que a situação de fato tutelada pelo inciso II, é exatamente a mesma solução do inciso I. No inciso I do artigo 1.523, já se tem conhecimento da existência de filhos do *de cujos* e no inciso seguinte, não há certeza se estão concebidos ou não. Ultrapassando a visível desnecessidade da regra legal - uma vez que bastava se exigir um exame de laboratório, muito simples e rápido, para resolver a questão – a solução é a mesma adotada para o inciso I, visto que para os concebidos ou já nascidos os direitos sucessórios são igualmente assegurados<sup>51</sup>.

Para o inciso III do referido artigo, outra não poderia ser a fundamentação, senão a mesma adotada para a hipótese de dissolução por morte. Ora, se houve divórcio, mas deixou-se a partilha pendente, a regra do artigo 1.683 existe para delimitar como termo final da comunhão dos aqüestos justamente a cessação da convivência. A separação de fato torna ineficaz o regime de bens.

---

<sup>50</sup> Art. 1.685. *Na dissolução da sociedade conjugal por morte, verificar-se-á a meação do cônjuge sobrevivente de conformidade com os artigos antecedentes, deferindo-se a herança aos herdeiros na forma estabelecida neste Código.*

<sup>51</sup> Art. 1.798. *Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.*

A última hipótese tratada pelo artigo 1.523 está no inciso IV e contempla o casamento de tutores ou curadores ou seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada. A causa suspensiva é “enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas”.

Em todas as quatro situações mencionadas, é possível delimita-se, de forma incontestada, a data correta em que tem fim a eficácia do regime de bens das núpcias anteriores ou, na última hipótese (do inciso IV), o termo final responsabilidade pela administração.

Salvo a ocorrência de fraude – que deve ser comprovada e não presumida – a questão da atribuição patrimonial, com a liquidação dos bens da meação ou da administração do tutor ou do curador, é eminentemente aplicação de fórmulas matemáticas. Nada há que ser ponderado, discutido, sopesado, valorado.

Mesmo, em último plano, apenas para satisfazer o interesse dos mais cautelosos – para não dizer temerosos – que se restrinja a liberdade de contratar moderadamente, sem impor o regime de separação de bens, mas tão-somente evitando-se que a escolha recaia sobre o da comunhão universal, que é o único que tem efeito retroativo, alcançando os bens anteriores ao início da sociedade conjugal. Aqueloutros, seguramente, não importarão em qualquer possibilidade de gravame ou prejuízo a quem quer seja, inclusive nas condições das causas suspensivas do artigo 1.523.

## Regime de separação obrigatória de bens para os maiores de sessenta anos

O Código Civil de 1916, em seu revogado artigo 258, inciso II, impunha o regime de separação de bens para o homem maior de 60 anos e a mulher maior de 50 anos. O Código Civil de 2002, no artigo 1.641, II, equiparou as idades entre homem e mulher para obrigatoriedade de regime de separação de bens, igualando-a em 60 anos, em homenagem ao Princípio Constitucional da Isonomia.

Entretanto, a sanção que impõe o regime de separação obrigatória de bens aos maiores de 60 anos, limitando a autonomia da vontade, exclusivamente calcada em razão da idade, deve ser interpretada como uma norma restritiva de direitos, que fere o fundamento Constitucional da dignidade da pessoa humana e presume, indevidamente, a incapacidade dos maiores de 60 anos<sup>52</sup>, indo de encontro, inclusive, ao Princípio da Isonomia, já que há previsão de disciplina jurídica diversa para pessoas de idade inferior.

A limitação da vontade, em razão da idade, impondo regime de separação obrigatória de bens, longe de se constituir uma precaução (norma protetiva) se constitui em verdadeira sanção.

A lei permite a realização do casamento das pessoas maiores de 60 anos, que diz respeito à questão relativa ao estado da pessoa, se constituindo em direito

---

<sup>52</sup> Cf. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Novo Código Civil da Família Anotado e legislação correlata da Família*. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 127. O autor mineiro assegura que “a partir de 60 anos de idade, homens e mulheres sofrem uma interdição ao se verem com a liberdade limitada na escolha de seu regime de bens”.

indisponível <sup>53</sup>. E sem qualquer motivação justificável limita a vontade dessas pessoas - apenas em razão da idade – no aspecto patrimonial do casamento, que é direito totalmente disponível.

Por tais razões, outra não poderia ser a hipótese interpretativa, senão ler o dispositivo referido a partir da Constituição Federal de 1988, e, conseqüentemente, considerá-lo como inconstitucional em razão do Princípio da Isonomia. <sup>54</sup>

Há notícia do Projeto de Lei n ° 6.960/2002, que tramita no Congresso Nacional, visando aumentar a idade restritiva para 70 anos. O que de nada adiantaria. Continua inconstitucional. O que não se poderia é tratar a idade como requisito objetivo para estabelecimento de incapacidade relativa, senão causa outra, como ausência de discernimento, em razão de doença ou senilidade.

### **Regime de separação obrigatória de bens para todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial**

O suprimento judicial existe para sanar, através de autorização judicial, algum requisito legal não satisfeito pela parte interessada. Para fins de casamento, pode ocorrer em pelo menos duas hipóteses que nos interessam para o presente trabalho:

---

<sup>53</sup> Segundo o artigo 1.511 do Código Civil, “*o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges*”.

<sup>54</sup> Essa também é posição de Maria Berenice Dias, in **Questões Controvertidas de Direito Civil**. São Paulo: Editora Método, 2004.

a) suprimimento de idade núbil e; b) suprimimento de consentimento dos pais ou responsáveis.

Nestas situações, é incompreensível que, mesmo havendo suprimimento judicial, onde o Estado-Juiz autoriza a realização do ato solene do casamento, ainda que ausente algum requisito legal, se imponha sanção onde a lei determina que referido casamento só se realizará sob o regime patrimonial de separação de bens, obrigatoriamente.

De que vale então tal suprimimento judicial?

Com o suprimimento judicial de idade núbil, o requisito da idade foi satisfeito por ordem judicial. De igual modo, com o suprimimento do consentimento dos pais ou responsáveis, a vontade se completou para todos os fins de direito. Não há, portanto, como se exigir qualquer outro requisito ou mesmo, impor sanções de qualquer ordem.

O Juiz autoriza a realização do casamento, que é direito indisponível, por tratar-se de questão de estado, e não é competente para realizar o casamento sob outro regime de bens. Resulta como incoerência do legislador a sanção apenas na esfera patrimonial do matrimônio.

Ainda se pese o fato de que, pela dicção do artigo 1.519, o juiz suprirá o consentimento dos pais ou representantes legais quando reconhecer que a denegação foi injusta. O Juiz avaliando as motivações da recusa e entendendo-as como injustas, como poder-se-ia impor uma sanção, ainda que de ordem civil,

justamente em razão de uma conduta injusta, assim reconhecida por sentença judicial?

Outra questão relevante a ser discutida no tema é que, para a configuração da união estável, não se exige o requisito idade (nem há previsão de suprimento judicial) e, para esta entidade familiar, o regime de bens legalmente estabelecido, salvo contrato escrito, é o da comunhão parcial de bens.

Como, então, compatibilizar a diferença de tratamento entre duas entidades familiares (união estável e casamento) para pessoas que se encontrem em situação jurídica idêntica (mesma idade)? Fere, sem dúvida, o Princípio Constitucional da Isonomia.

### 1.3 Condição legal de eficácia

A característica *sui generis* do pacto antenupcial não advém da tipicidade ou não, já que pode ser típico ou atípico. Esse caractere especial diz respeito à sua *condicio iuris*.

Atentando para os planos do negócio jurídico <sup>55</sup>, o pacto antenupcial **existe** se houver acordo de vontades a respeito da escolha do regime de bens. É **valido** se for obedecida a forma prescrita em lei (escritura pública), não for contrário à ordem

---

<sup>55</sup> Junqueira e Marcos Bernardes de Melo.

pública e não contiver vício de consentimento. Enfim, será válido se não houver causa de nulidade ou anulabilidade.

Em relação ao último plano do negócio jurídico - a **eficácia** - nota-se sua peculiaridade. A lei condiciona a eficácia do pacto antenupcial à existência de casamento <sup>56</sup>. Isso significa, por conseguinte, que o pacto, existente e válido, só tem efeito se houver casamento e enquanto ele durar.

Sendo celebrado o pacto antenupcial sem vícios que o invalide, ainda assim, só terá eficácia, efeito, conseqüência, se houver casamento. Vale dizer que, se não acontecer o casamento, o pacto continua a existir e ser válido, porém, sem eficácia alguma <sup>57</sup>. A *condicio iuris* é a existência de casamento.

Ora, se enquanto durar o casamento também terá eficácia o pacto antenupcial, é dedutível que se houver interrupção deste – como na hipótese de separação judicial e posterior restabelecimento da sociedade conjugal – haverá suspensão dos efeitos do pacto antenupcial, retornando a ter eficácia quando o casal retorne à convivência marital. Só tem efeito o pacto se houver casamento e durante a existência deste. Também registramos, para a hipótese de interrupção dos efeitos do pacto, a ocorrência de separação de fato.

Entretanto, a lei não estipula um prazo de caducidade, tempo em que deverá ocorrer o casamento, pena de perder a eficácia. Apenas diz que se não se seguir o casamento, será ineficaz.

---

<sup>56</sup> Artigo 1.653. É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz senão lhe seguir o casamento.

<sup>57</sup> O direito brasileiro não prevê prazo de caducidade do pacto antenupcial, como fazem as legislações portuguesa e espanhola.

Também não diz que o casamento deve se seguir de maneira imediata e sem interrupção por outra convivência. Somente a título de exemplo, pode-se indagar se ainda poderá ter eficácia, mediante casamento, o pacto antenupcial celebrado entre “A” e “B”, em que, depois de decorridos mais de 6 (seis) meses, sem que este acontecesse, houvesse a celebração de casamento entre “B” e “C”. Posteriormente, ocorrido o desenlace entre estes, “B” novamente, após mais outros hipotéticos 2 (dois) anos, pretendesse casar com “A” e utilizar aquele mesmo pacto celebrado anteriormente.

A primeira resposta poderia conduzir ao não reconhecimento de qualquer efeito àquele pacto, alegando que não se seguiu o casamento. No entanto, o casamento se seguiu sim, mas não imediatamente. Houve uma outra relação conjugal entre um dos pactuantes e terceira pessoa, antes que o casamento entre os contratantes acontecesse.

Poder-se-ia objetar sua eficácia alegando que o prazo decadencial da certidão de habilitação para casamento é de 90 (noventa) dias e, por isso mesmo, o prazo em que teriam para casar e, com isso, tornar eficaz o pacto antenupcial é de 90 (noventa) dias.

A argumentação também não prosperaria, visto que não há nada, na Lei, que relacione a celebração de pacto antenupcial com o procedimento de habilitação para casamento, a não ser a declaração quanto ao regime de bens escolhido, que deverá ser feita no pedido de habilitação. A contratação do pacto antenupcial é independente, faz-se de forma autônoma. Basta relacionar que se pode, mesmo



sem que se peticione a habilitação para casamento, celebrar o pacto antenupcial. E, por tratar-se de prazo decadencial, como não há previsão legal, não há como se fazer analogia para atribuir-lhe um, ao talante do julgador.

Situação diversa seria se as partes pactuantes inserissem, no pacto antenupcial, cláusula prevendo sua caducidade em caso de não casamento em determinado tempo que convencionassem. Aí sim, tratar-se-ia de decadência convencional, o que é perfeitamente possível em hipótese em a lei não atribua um prazo.

#### 1.4 Efeitos

Para que surta efeito entre as partes, basta o acordo de vontades, concorde, na mesma direção, diante na sua natureza contratual. A avença se conclui com a declaração de vontade de ambos os contraentes, formando o pacto patrimonial que terá efeitos entre eles.

Em relação aos efeitos perante terceiros, o Código Civil exige, no artigo 1.657, que as “convenções antenupciais” sejam registradas, em livro especial, pelo Oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges.

Essa é a condição de eficácia *erga omnes*. Enquanto não registrada a convenção antenupcial no Cartório Imobiliário do domicílio dos nubentes, esta não tem validade perante terceiros, que, desconhecendo os termos da convenção, não

serão atingidos pelos efeitos deste. Valerá para eles o regime legal da comunhão parcial de bens.

## CAPÍTULO 2

### MUTABILIDADE DO REGIME PATRIMONIAL DE BENS NO CASAMENTO

Pelo disposto no Código Civil de 1916, em seu artigo 230, o regime de bens, uma vez escolhido pelos nubentes, tornava-se irrevogável.<sup>58</sup>

No entanto, já existiam regras ulteriores ao Código Civil revogado que permitiam, excepcionalmente, a alteração do regime de bens no curso do casamento (v.g. hipótese do artigo 7º., § 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, que contempla a situação do estrangeiro que venha a se naturalizar brasileiro). Sobreveio, também a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal que declarou que se comunicam os bens adquiridos na constância do casamento celebrado sob o regime da separação legal de bens.

O novo Código Civil (Lei nº 20.406, de 10 de janeiro de 2002), houve por bem permitir a alteração do regime de bens no curso do casamento, no § 2º do artigo 1.639<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> O Professor VENOSA, SILVIO DE SALVO. *Direito Civil, Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2001, v. V, p. 150 afirma que a regra a imutabilidade de bens foi erigida em garantia dos próprios cônjuges e de terceiros, declarando, ainda, que a imutabilidade tendia a proteger a mulher casada, já que era tida, na época da promulgação daquele Código de 1916, como dotada de menor experiência nos assuntos relativos aos aspectos econômicos do casamento, que eram, via de regra, administrados pelo marido.

<sup>59</sup> Art. 1.639, § 2º. *É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.*

É de bom alvitre registrar que, certamente convencido das razões expostas pelo jurista baiano Orlando Gomes <sup>60</sup>, o legislador houve por bem autorizar a alteração do regime de bens no curso do casamento.

Segundo se depreende da leitura do § 2º do artigo 1.639 do CC/02, os requisitos necessários ao acolhimento do pedido de alteração de regime de bens são:

- a) Autorização judicial;
- b) Pedido conjunto dos cônjuges;
- c) Exposição dos motivos;
- d) Comprovação, perante o Juiz, da veracidade das razões;
- e) Ressalva dos direitos de terceiros.

Cada um desses requisitos merece uma análise mais detalhada, que se fará em seguida.

## 2.2 Requisitos

### 2.2.1 Pedido Conjunto

Salvo as hipóteses de imposição de regime de separação de bens do artigo 1.641, bem como do regime legal, que atua supletivamente na ausência ou defeito

---

<sup>60</sup> GOMES, Orlando. **O novo direito de família**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1984, p. 19-20.

na escolha pelos nubentes, o regime de bens no casamento é escolhido em decisão conjunta. Isso ocorre em decorrência de sua natureza contratual.

De igual modo, a alteração das regras que disciplinam o regime de bens só poderá ser feita conjuntamente.

As cláusulas do pacto antenupcial constituem o conteúdo do contrato. De acordo com o Princípio de Direito Contratual, *pacta sunt servanda*, o contrato, uma vez perfectibilizado, faz lei entre as partes, devendo ser cumpridos, salvo exceções previstas legalmente.

Como consequência, cada uma das partes contratantes tem o direito de exigir o cumprimento das obrigações assumidas no pacto. Não pode haver alteração unilateral das cláusulas contratuais, salvo por motivo imprevisto, como a revisão por onerosidade excessiva, que não é objeto do presente trabalho.

A modificação no conteúdo do contrato, quando ainda em curso, só pode ser procedida mediante acordo das partes contratantes, o que significa nova avença, aditiva ou modificativa.

Entretanto, é importante enfatizar que o contrato antenupcial constitui uma espécie *sui generis*. Apesar disso, não se condiciona a um único tipo determinado, como visto supra.

Essa característica tem repercussão no tocante ao acordo de vontades sobre a mutabilidade, visto que tem força de limitar a liberdade contratual dos cônjuges.

A liberdade que se possui quando da escolha inicial do regime de bens (contratar ou não contratar, escolher o conteúdo e a pessoa do outro contratante)

não perdura quando em curso o casamento, posto que, na mutabilidade, há a limitação da liberdade no que respeita a extinguir o contrato por distrato, ou mesmo fazer cessar seus efeitos através da ocorrência de uma condição resolutiva ou termo final.

Se o pacto antenupcial existe e válido, seguindo-se o casamento, não podem as partes mitigar sua condição legal por acordo. É a lei quem estabelece que a *condicio iuris* do pacto antenupcial é o casamento <sup>61</sup>. Portanto, não podem os cônjuges, existindo o casamento, acordarem no sentido de sua ineficácia. Podem sim – e esse é o objeto do presente trabalho – **modificar o conteúdo** do pacto antenupcial, não lhes sendo lícito e possível modificar a pessoa do outro contratante ou mesmo optar pela extinção do pacto. Enquanto houver casamento, certamente existirão regras que regulamentam a titularidade patrimonial, sejam tais regras escolhidas pelas partes ou, obrigatória ou supletivamente, pela Lei. A extinção do pacto antenupcial só se dará com a dissolução da sociedade conjugal.<sup>62</sup>

Para que se proceda à mutabilidade do regime de bens é necessário o pedido conjunto. Esse pedido, com visto, sofre limitação na liberdade contratual em virtude da *condicio iuris* do pacto antenupcial, só podendo versar sobre alteração no conteúdo do contrato, restando a impossibilidade de extinção antes de finda a sociedade conjugal e alteração da pessoa do outro contratante.

---

<sup>61</sup> “Artigo 1.653. É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento”.

<sup>62</sup> Conforme redação do artigo 1.576. “A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens”.

Para que se proceda ao novo acordo, é necessário que as partes concordem sobre todos os aspectos que desejam mudar na convenção anterior. Devem, ainda, explicitar se a nova avença revoga totalmente as disposições anteriores ou se ainda permanecem em vigor algumas daquelas regras.

### 2.2.2 Motivação

Conhecer o alcance da expressão “exposição de motivos”, exigida pela lei civil como requisito para que se dê a mutabilidade do regime patrimonial de bens, constitui um dos objetivos do presente trabalho. Afinal, motivação quer dizer causa, pressuposição, motivo ou conteúdo?

### Causa

Pretendeu a lei classificar a mutabilidade do regime de bens como negócio jurídico causal? Ou, na verdade, está a falar de motivo relevante?

Para o civilista italiano Roberto de Ruggiero <sup>63</sup>, o conceito de causa se distingue da intenção subjetiva almejada pelos contraentes, no sentido que “a causa do contrato não é a causa particular de um ou de outro dos contraentes: reside na

---

<sup>63</sup> *In Instituições de Direito Civil*. Vol. 1. Tradução: Paolo Capitaneo. Campinas: Bookseller, 1999.

essência do contrato considerado em todo seu conjunto”. Adverte, porém, que o conceito de causa é um dos mais discutidos e debatidos na teoria moderna do negócio jurídico em geral e dos contratos em especial.<sup>64</sup>

Ruggiero afirma, ainda, que se pode classificar a causa como motivo – para que se torne mais nítida a distinção entre intenção subjetiva do contraente e causa. Para tanto, faz a divisão entre motivo próximo e motivo remoto. Motivo próximo, para ele, “é sempre um e não muda visto ser objetivamente determinado e caracterizado pela natureza e finalidade intrínseca do negócio”, sendo, exemplificativamente, no contrato de compra e venda, o preço para o vendedor e o bem para o comprador, no de locação, o uso da coisa para o locatário e o recebimento do valor para o locador.

<sup>65</sup> A causa seria, então, o motivo próximo.

Segundo o autor, motivos remotos correspondem às “representações psíquicas íntimas, que podem ser tão variáveis e infinitas como as circunstâncias individuais que levam os homens a criar relações entre eles”. Por exemplo: vender o objeto porque não pode mais usufruir do mesmo ou mesmo para satisfazer uma obrigação com outra pessoa. Ele explica que, embora seja certo que esses motivos remotos podem ter atuado na vontade ou levaram-na a manifestar-se, “por si só não bastam para a determinar e para justificar o ato ou a promessa, isso porque tais motivos são, via de regra, irrelevantes para o direito, salvo se foram incorporados na própria declaração de vontade, sob a forma de condição, de modo ou de

---

<sup>64</sup> *Op. cit.* p. 357.

<sup>65</sup> *Op. cit.* p. 359.



pressuposição, de maneira a constituir parte integrante da mesma declaração”. Esse sim, verdadeiramente, o motivo, diferentemente de causa.

Pontes de Miranda <sup>66</sup> discorda de qualquer tentativa de identificar causa com motivo. Para ele, esse foi o equívoco de Clóvis Beviláqua, em seu Código Civil comentado, que seguiu o pensamento de M. Planiol sobre a teoria da causa e influência de “vaga informação sobre o Código Civil alemão”. Pontes de Miranda conceitua causa como “a função, que o sistema jurídico reconhece a determinado tipo de ato jurídico, função que o situa no mundo jurídico, traçando-lhe a eficácia”.<sup>67</sup> A causa, afirma Pontes de Miranda, nunca é convencional. É legal.

Na mesma linha de raciocínio, Massino Bianca <sup>68</sup> que, no capítulo VII de sua obra, exclusivamente dedicado à causa no negócio jurídico, faz a diferenciação entre causa, motivo e a pressuposição. Para ele, a causa “costituisce fondamento della rilevanza giuridica del contratto” <sup>69</sup>. Acrescenta que, na doutrina italiana, é preservada a noção de causa como objetiva função econômico-social do negócio.

Leciona que

La definizione della causa come funzione economico-sociale há espresso anche l'idea della causa come critério di controllo della meritevolezza degli atti di autonomia privata. La causa non è semplicemente la

---

<sup>66</sup> *In Tratado de Direito Privado*. Tomo 3. Campinas: Bookseller, 2001, p. 130.

<sup>67</sup> *Op. cit.* p. 107. O autor afirma que só existe o conceito de causa em razão do formalismo primitivo, que deu forma a cada ato jurídico. “Com isso atribuiu-se à forma a natureza de elemento histórico determinante, sem se atender a que ela mesma dói determinada. O que determinou as *causae* foi a própria natureza das atribuições, um dos elementos que, somado àquelas sugestões de segurança, determinaram as distinções das formas”. Ele acrescenta que o formalismo primitivo serviu para separar o que era causa – e que se deveria levar em conta – dos motivos – quem nenhuma relevância haviam de ter.

<sup>68</sup> *Op. cit.* p. 420.

<sup>69</sup> *Op. cit.* p. 420. Em tradução livre: a causa constitui fundamento da relevância do contrato. Tanto para Massino Bianca quanto para Roberto Ruggiero, a causa constitui um dos elementos do contrato.

ragione pratica per la quale lè parti stipulano il contratto ma, oltre, la ragione pel la quale l'ordenamento riconosce rilevanza giuridica al contratto.<sup>70</sup>

Tanto para Massimo Bianca quanto para Roberto Ruggiero, causa e função têm o mesmo significado, ou melhor, a causa do negócio jurídico é sua função econômico-social <sup>71</sup>. E essa causa é típica, ditada pela lei.

E o negócio jurídico causal, em contraposição ao negócio jurídico abstrato, é aquele em que não é possível extrair uma contraprestação, na qual se possa verificar a causa. Por exemplo: na compra e venda, a causa do negócio é o preço para o vendedor e a aquisição do bem para o comprador (função econômico-social típica). Quanto aos negócios jurídicos unilaterais, como na promessa de recompensa, ou mesmo nos negócios jurídicos a título gratuito (doação), a doutrina tem dificuldade em encontrar a causa típica, comum a ambas as partes, chegando mesmo os italianos a eliminar a possibilidade de existência da causa como elemento essencial do negócio jurídico que não seja bilateral e oneroso.<sup>72</sup>

Não há dúvida, portanto, que a mutabilidade de regime de bens é negócio jurídico causal, porquanto bilateral e oneroso. Vincula-se, pois, à função econômico-social típica prevista legalmente.

---

<sup>70</sup> *Op. cit.* p. 423. Em tradução livre: A definição da causa como função econômico-social está expressa na idéia da causa como critério de controle dos atos da autonomia privada. A causa não é simplesmente a razão prática pela qual as partes estipulam o contrato, mas a razão pela qual o ordenamento reconhece relevância jurídica ao contrato.

<sup>71</sup> Conforme Massimo Bianca, o modelo germânico entende a causa de modo diferente. Adotam a doutrina anticausalista, não indicando a causa como elemento constitutivo do negócio. Para eles, a causa é se identifica com o conteúdo. Já o modelo francês a compreendem do mesmo modo que na doutrina italiana.

<sup>72</sup> Ruggiero, Roberto, *op. cit.* p. 363. Bianca, Massimo, *op. cit.* p. 441.

Se a mutabilidade do regime de bens durante o casamento for negócio jurídico causal, há que se observar a lição de Silvio Rodrigues <sup>73</sup>, que, ao fazer classificação dos contratos, o faz também pelo “motivo determinante do negócio”, dividindo-os em contratos causais e contratos abstratos. Os causais são vinculados à causa que os determinou, sofrendo invalidade se restar demonstrado tratar-se de causa inexistente, ilícita ou imoral. Os abstratos têm força e validade determinadas pela forma, independente da causa determinante, como no exemplo dos títulos de crédito. Essa distinção é também elaborada pelo jurista italiano Massimo Bianca <sup>74</sup>. Mas é importante, nesse aspecto, registrar que o que Silvio Rodrigues nomina de motivo determinante, tem a definição de causa, conforme doutrinas italiana, alemã e francesa.

## Motivo

Motivo tem sentido diverso. “Il motivi sono gli interessi che la parte tende a soddisfare mediante contratto ma che non rientrano nel contenuto di questo” <sup>75</sup>. São as motivações e intenções subjetivas que estimulam as partes a contraírem determinado contrato. Via de regra, os motivos são irrelevantes para a teoria do

---

<sup>73</sup> *In Direito Civil –Dos contratos e declarações unilaterais de vontade*. Vol. 3, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 25.

<sup>74</sup> Bianca, Massimo C. *Il Contratto*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1987, p.440.

<sup>75</sup> Bianca, Massimo C., *op. cit.* p. 435. Tradução livre: Os motivos são os interesses que a parte tende a satisfazer mediante contrato, mas que não entra no conteúdo daquele.

negócio jurídico.<sup>76</sup> A relevância dos motivos só é reconhecida pela lei quando integra o conteúdo do contrato. Se aquele motivo declarado for inexistente, ilícito ou contrário aos bons costumes e à boa-fé, o negócio jurídico será declarado inválido.

### Pressuposição

A pressuposição, para Massimo Bianca <sup>77</sup> “è una circostanza esterna che senza essere prevista quale condizione del contratto ne costituisce un presupposto oggettivo”. A pressuposição tem relevância jurídica quanto à resolução por onerosidade excessiva. Para o autor, que cita um julgado onde há definição do vocábulo,

Si intende per presupposizione, in relazione ad un negozio giuridico, l'esistenza di una situazione di fatto passata, presente o futura, comune ad entrambi i contraenti, non incerta, di carattere oggettivo ed indipendente dalla loro volontà, che le parti hanno tenuta presente durante l'*iter* formativo Del negozio, pur non facendone in esso espreso riferimento.<sup>78</sup>

Feita a diferença entre causa, motivo e pressuposição, que também não se confunde com conteúdo – objeto, alcance –, resta perguntar qual é a natureza da

---

<sup>76</sup> “La legge s’interessa esclusivamete della funzione típica del contratto...” (a lei se interessa exclusivamente pela função típica do contrato), afirma Massimo Bianca, *op. cit.*, p. 434.

<sup>77</sup> *Op. cit.* p. 435. Tradução livre: é uma circunstância que sem ser prevista como condição do contrato constitui um presuposto objetivo.

<sup>78</sup> *Op. cit.*, p. 436. Tradução livre: se entende por pressuposição em relação a um negócio jurídico, a existência de uma situação passada, presente ou futura, comum a ambas os contraentes, não incerta, de caráter objetivo e independente de suas vontades, que as partes não têm presentes durante a formação do negócio jurídico, por não fazer expressa referência.

“exposição de motivos” mencionada como requisito para a modificação do regime de bens no casamento (causa, motivo ou pressuposição) e qual a importância que essa classificação tem para o direito brasileiro.

A teoria do negócio jurídico, no Brasil, não se vincula à noção de causa como elemento essencial à formação do negócio jurídico. No entanto, quando a lei lhe exige a declaração de motivos, o faz para transformá-lo em negócio jurídico causal.

Não se trata de motivo, visto não estar a exigir a intenção subjetiva dos contratantes, mas sim, uma causa relevante que, uma vez declarada, vincula-se a sua validade. Os negócios jurídicos causais são vinculados à causa que os determinou, sofrendo invalidade se restar demonstrado tratar-se de causa inexistente, ilícita ou imoral.

Se fosse motivo, haveria a possibilidade de declaração de nulidade apenas se o motivo determinante, comum a ambas as partes, fosse ilícito, segundo a regra do artigo 166, inciso III do Código Civil.

Já no negócio jurídico causal, como o é a alteração do regime de bens, se a causa que o determinou for ilícita, imoral ou inexistente, o contrato deve ser declarado inválido. Então não é somente se a causa for ilícita, mas também inexistente ou imoral.

Quando o § 2º. do artigo 1.639 do Código Civil exige a exposição de motivos para que se proceda à alteração do regime de bens, o faz para classificar esse negócio jurídico, em específico, como causal. Subordinando sua validade à declaração da causa que o originou, fica vinculado à comprovação dessa motivação.

### **2.2.3 Comprovação da procedência das razões invocadas**

Para tornar a modificação do regime de bens um negócio jurídico causal, bastava essa exigência expressa no texto legal. No entanto, não se satisfaz, o Código Civil, com a simples declaração da causa da alteração do regime de bens no curso do casamento. Requer a comprovação das razões invocadas.

A apuração da procedência das razões invocadas, vale dizer, da causa determinante do negócio jurídico, deve ser feita em dilação probatória, nos autos do pedido.

O pleito, de jurisdição voluntária deve ser instruído com documentos ou outros meios de prova na direção da comprovação da motivação declarada no pedido conjunto.

Se julgar conveniente, poderá ser designada audiência de justificação para oitiva de testemunhas e mesmo depoimento pessoal das partes. Não há previsão de audiência de ratificação do pedido, mas o juiz poderá designá-la com vistas a colher, pessoalmente a vontade manifesta pelas partes no pedido.

### **2.2.4 Controle Judicial**

Para que tenham validade e eficácia, não necessitam de ato judicial: a) o pacto antenupcial, facultativamente elaborado pelos nubentes antes do casamento através de escritura pública; b) a escolha ou a instituição – em caso de nulidade ou ausência de declaração em sentido contrário - do regime legal da comunhão parcial de bens, por simples declaração no procedimento de habilitação para casamento e, c) a imposição do regime da separação de bens do artigo 1.641 do Código Civil.

A validade de tais contratos é condicionada à sua forma e à ausência de desobediência à norma de ordem pública. Os dois exemplos causam a nulidade do contrato. Sendo ainda possível falar-se em anulabilidade quando exista vício de consentimento quando se sua perfectibilização.

Já o plano da eficácia perante terceiros, se condiciona ao registro do pacto antenupcial no Cartório de Registro de Imóveis no domicílio dos nubentes.

A mesma regra de desnecessidade de intervenção judicial utilizada quando da escolha inicial não é seguida para as conseqüentes modificações que possam pretender os cônjuges, durante a sociedade conjugal, no regime de bens.

O Brasil optou por permitir a modificação do regime de bens condicionada ao controle judicial. A liberdade de contratar continua garantida, mas submetida à intervenção judicial.

Tomando-se evidente que a chancela do Poder Judiciário é quem dá validade ao contrato, a mesma clarividência não se tem quanto aos limites desse controle judicial.

Há três outros requisitos exigidos pelo artigo 1.639, § 2º do Código Civil (pedido conjunto, motivação e procedência das razões invocadas), já mencionados, que guardam estreita relação com o presente.

Um ponto importante que deve ser objeto de controle, pelo juiz, certamente deverá ser a garantia da natureza jurídica contratual, com a manifestação concorde e conjunta dos cônjuges, na mesma direção. O controle judicial deverá passar, necessariamente, pela garantia do equilíbrio contratual. As partes deverão apresentar as cláusulas modificativas no regime de bens do casamento, para que o juiz exerça o controle não sobre o conteúdo – aliás, essa é uma grande controvérsia – mas sim sobre a garantia do equilíbrio contratual e ausência de vícios que tornem nulo ou anulável o negócio jurídico.

Verificar se as partes declararam sua vontade, sem qualquer vício de consentimento que possa tornar inválido o novo pacto é tarefa do juiz.

Nessa vertente, é importante registrar o Princípio da Equivalência Material, desenvolvido por Paulo Luiz Netto Lôbo, que

(...) busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não



acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária. O princípio clássico *pacta sunt servanda* passou a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas.<sup>79</sup>

O conteúdo do contrato deve, portanto, ser objeto de apreciação e controle judicial, mas somente na direção da garantia do equilíbrio contratual.

Tanto a motivação quanto a procedência das razões invocadas são dirigidas ao juiz. E sobre esses dois aspectos deverá se pronunciar. É importante lembrar que motivação não significa conteúdo. Já se evidenciou a diferenciação no item próprio da motivação.

A dimensão que se pretende dar, na presente pesquisa, quanto à interpretação dos dois requisitos (motivação e procedência das razões invocadas) é limitada. Nessa vertente, não está na competência do juiz fazer juízo de valor sobre a justiça ou injustiça dos motivos invocados. Também não lhe compete pronunciar-se sobre a necessidade ou não da alteração do regime de bens. De igual modo, não está na esfera da legalidade que o juiz se pronuncie sobre o que, ao seu juízo, seria melhor para as partes.

É importante que se observe que o controle judicial deva limitar-se a verificar se aquela motivação invocada pelas partes se comprova ou não. Se o motivo que elas indicam como sendo a “causa” do contrato procede ou não, se é existente,

---

<sup>79</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JÚNIOR, Eduardo M. Gonçalves. **A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil** (coords.). Recife: Nossa Livraria, 2003.

moral e lícito. Não que o juiz deva analisar se essa causa é necessária para que se dê a modificação do regime de bens.

O juízo de valor sobre a justiça ou suficiência da causa é arbítrio das partes. Como, do mesmo modo, se aquele novo negócio jurídico é o melhor para cada um, separadamente, e para a família, também se situa na esfera da intimidade e vida privada. Aqui, se observa o que os cônjuges desejam e declaram, sem vício de consentimento, enquanto pessoas maiores e capazes, sobre bens disponíveis, sem prejudicar direitos alheios. Ao juiz, somente a verificação da procedência da motivação invocada, ou melhor, se o que os cônjuges fundamentam como sendo a causa do contrato, existe mesmo e se comprova.

O último aspecto mencionado pelo § 2º. do artigo 1.639 do Código Civil é a ressalva dos direitos de terceiros. E nesse ponto, há importantes considerações a serem feitas no item a seguir. O que importa registrar quanto ao controle judicial é que, definitivamente, ao juiz não se incumbe a prática de qualquer ato, no bojo do pedido, tendo por objetivo o necessário resguardo de direitos de terceiros, salvo se evidentemente demonstrado esse objetivo fraudulento pelos pactuantes. Não compete ao juiz fazer conjecturas de suposição, presumindo que o pacto modificativo virá em prejuízo de terceiro.

Quem garante os direitos é a própria lei. Se a modificação do regime de bens durante o casamento vier em prejuízo de terceiro, será, quanto a este, ineficaz. O contrato valerá entre as partes que o ajustaram, mas será ineficaz em relação ao

terceiro de boa-fé prejudicado. O controle acerca da garantia dos direitos de terceiros não é judicial, mas legal.

A lei assegura ser admissível a alteração do regime de bens, mediante “autorização judicial”. Resta indagar se as cláusulas da modificação do regime de bens devem vir juntamente com o pedido conjunto – seja no corpo da inicial ou mesmo em contrato anexo a esta - ou se o pleito deve ser formulado somente com o objetivo de se obter a autorização judicial.

A redação do dispositivo conduz à interpretação no sentido de que, o pedido de modificação do regime de bens durante o casamento é um alvará judicial para que as partes interessadas possam celebrar novo pacto – desta vez nupcial e não antenupcial – válido e apto a produzir efeitos.

Munidos da autorização judicial, as partes devem obedecer a forma prescrita em lei para eleição do regime de bens (escritura pública). Se for o caso de alteração para o regime legal da comunhão parcial de bens, certamente não haverá necessidade de se recorrer à escritura pública. As partes se dirigirão ao Oficial de Registro Civil onde o casamento está registrado e apresentarão o alvará judicial permitindo a alteração do regime de bens, que se fará mediante averbação à margem do assento de casamento.

Não recaindo a escolha sobre o regime legal, haverá necessidade de celebração de convenção válida, mediante escritura pública, onde se poderá escolher qualquer dos regimes previstos no Código Civil ou um outro personalíssimo, com também se poderá, apenas modificar algumas cláusulas do

regime anterior e manter as demais disposições. Tudo isso se fará através da forma prescrita em lei, que é a escritura pública.

Vale lembrar que, em se escolhendo o regime da comunhão parcial de bens, puro e simples, não é necessária escritura pública. No entanto, se optarem pelo regime da comunhão parcial de bens com alguma modificação, então estar-se-á diante de um regime clausurado, em que é necessário pactuar-se por meio de escritura pública, sob pena de nulidade.

Em qualquer hipótese, deverá a convenção modificativa ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis do domicílio dos contratantes, para que tenha eficácia perante terceiros. Se não houver registro, nos termos do artigo 1.657 do Código Civil, prevalecerá, para os terceiros, o regime anterior. Entre as partes, a modificação terá plena eficácia.

#### **2.2.5 Ressalva de Direitos de Terceiro**

Certamente o requisito que mais tem suscitado discussão na doutrina é o da “ressalva de direitos de terceiros”. A atenção que os civilistas têm dado a esse aspecto é fator positivo, visto um amplo debate sobre os contornos e alcance da ressalva aos direitos de terceiros poderá iluminar a interpretação acerca desse requisito.

A alteração do regime patrimonial no casamento pode causar prejuízo a terceiros, seja de forma almejada pelos cônjuges ou não. Podem fraudar direitos de credores ou mesmo esvaziar a legítima de herdeiro necessário.

Em relação ao esvaziamento da legítima de herdeiro necessário, há de se ter em evidência que os direitos hereditários são mera expectativa de direitos. Não há direito de herdeiro a ser tutelado se, por exemplo, uma pessoa maior e capaz aliena onerosamente parte ou todo o seu patrimônio. Pode até se objetar alegando esvaziamento da legítima do herdeiro considerado pela lei como necessário. No entanto, praticou o proprietário (que ainda não é *de cuius*) ato legítimo e legal. A abertura da sucessão só se dá com a morte.

De igual modo, também ocorrendo o esvaziamento da legítima de herdeiro necessário em virtude da modificação do regime de bens, sustenta-se que não há como reconhecer o ato como direito de terceiro prejudicado a ser preservado, se não restar comprovada a fraude.

Ocorrendo fraude deliberada a direito de terceiro, como no caso do credor, restando esta demonstrada, a lei já ressalva seus direitos, tornando-se ineficaz a modificação do regime de bens em relação a este. Note-se que não é necessário que o terceiro prejudicado ajuíze qualquer ação com vistas a garantir a efetividade de seus direitos. Estes já estão assegurados pela lei, sendo, como dito, ineficaz em relação ao mesmo.

## 2.2 Procedimento

A lei não regulamentou o procedimento a ser adotado para que se proceda à modificação do regime de bens. No entanto, por tratar-se de pedido conjunto, onde não haverá pretensão resistida, é indiscutivelmente de jurisdição voluntária.

Não haverá, portanto, intervenção de quem quer que seja. Os interessados são, somente, os cônjuges contratantes. Nem mesmo o terceiro que mantenha uma relação jurídica de crédito com qualquer dos cônjuges terá interesse de agir para intervir no feito. Os filhos também não devem ser chamados a participar ou mesmo serão ouvidos a respeito.

A relação jurídica formada pelo casamento, com a consequência patrimonial daí decorrente, se exaure entre os cônjuges.

Recebido o pedido de autorização judicial para modificar o regime de bens, o juiz deverá verificar sua regularidade, especialmente se preenche os requisitos exigidos pelo artigo 1.639, § 2º do Código Civil.

Atentando para exposição dos motivos e sua comprovação, poderá o juiz designar audiência, para que as partes justifiquem o alegado. Na audiência, poderão ser ouvidas as partes e testemunhas.

Luiz Felipe Brasil dos Santos<sup>80</sup>, desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, afirma que compete ao juiz esclarecer às partes sobre a nova opção,

---

<sup>80</sup> BRASIL, LUIZ FELIPE, in *A mutabilidade dos regimes de bens*, <<http://ibdfam@ibdfam.com.br>>, acessado em 02 de fevereiro de 2004, no sentido de ser necessária a realização de audiência de ratificação do pedido, “ocasião em que o magistrado terá a oportunidade de, em contato direto com as partes, melhor aferir as verdadeiras razões do pedido, esclarecendo o casal sobre as consequências de sua nova opção”.

sendo necessária a designação de audiência de ratificação, onde haverá contato direto com as partes.

Com a devida vênia, a função de esclarecer o casal sobre as regras atinentes ao regime de bens é do Oficial de Registro Civil e não do juiz de direito, conforme dicção do artigo 1.528 do Código Civil.<sup>81</sup>

Quanto à intervenção do Ministério Público, verifica-se tratar-se de bem disponível, onde não há interesse público, discussão sobre estado de pessoa ou mesmo interesse de incapaz. Portanto, não há intervenção obrigatória do Ministério Público, com a penalidade de nulidade em caso de não atendimento.

Por fim, o juiz proferirá decisão que, como defendido, será no sentido de conceder Alvará Judicial, autorizando a modificação do regime de bens na forma prevista em lei. O Alvará Judicial é a condição de eficácia do novo pacto perante os cônjuges. Para que tenha efeito perante os terceiros, necessário se faz registrar a nova convenção no Cartório Imobiliário do domicílio das partes contraentes.

### **2.3 O regime obrigatório de separação e a regra da mutabilidade**

Como se verificou, há situações onde a lei impõe o regime de separação obrigatória de bens<sup>82</sup>. Há quem afirme <sup>83</sup> que o pedido de alteração de regime de

---

<sup>81</sup> Artigo 1.528: “É dever do oficial do registro esclarecer os nubentes a respeito dos fatos que podem ocasionar a invalidade do casamento, bem como sobre os diversos regimes de bens”.

<sup>82</sup> Cf. artigo 1.641 do Código Civil de 2002.

bens não poderá contrariar a imposição de regime de separação legal de bens (art. 1.641 CC/02).

No entanto, é preciso registrar que, satisfeita qualquer das condições enumeradas nas causas suspensivas, não há como se obrigar, legalmente, que os cônjuges permaneçam casados sob o regime de separação legal de bens, se de outra forma entenderem por bem dispor. É, portanto, lícita a possibilidade de alteração de regime patrimonial de bens para aqueles que se casaram com infração às causas suspensivas, desde que satisfeita ulteriormente a condição ali imposta.

De igual maneira, aquelas pessoas que se casaram por força de suprimento judicial (seja de idade ou de consentimento), uma vez alcançada a idade núbil ou a maioridade civil, conforme o caso, também não há justificativa legal com o condão de impedir os cônjuges de alterar o regime de bens anteriormente determinado legalmente.

A única situação onde a lei impõe o regime da separação obrigatória de bens que não convesce é a daqueles maiores de 60 anos, que, certamente, o decurso do tempo, os afasta cada vez mais do direito à liberdade de escolha.

Certamente que, não mais permanecendo presente a causa que impôs o regime de separação de bens, há que se autorizar a modificação do regime de bens, por não haver mais justa causa para restrição da liberdade de contratar.

---

<sup>83</sup> Conforme Palestra proferida pela Profa. Heloíza Helena Barbosa sobre o tema no IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, em Belo Horizonte/MG, realizado de 24 a 27 de setembro de 2003.



## **2.4 Os casamentos celebrados antes da vigência do Código Civil de 2002 e a regra da mutabilidade – artigo 2.039 CC**

Para que se faça uma interpretação correta e harmônica (sistemática) de referida norma, é necessário, primeiramente, que se classifique sua natureza. O artigo 2.039 é regra de caráter transitório, erigida para regular situações jurídicas concretizadas ainda sob os auspícios da lei anterior (CC/1916). Isso acontece para que se continue estável (diferentemente de imutável) um ato jurídico (segurança jurídica).

Como se disse, situação estável é diferente de imutável.

Como a norma é de caráter transitório, visa, tão-somente, regular os atos e destino dos bens que compõem o patrimônio dos cônjuges anteriormente casados sob determinadas regras (CC/1916), que continuam em plena vigência, para eles, justamente para preservar a eficácia dos atos praticados segundo a lei (CC/1916) e reger as relações entre os cônjuges e terceiros, a exemplo do que ocorre com o art. 1.647, III do CC/2002 (pela nova regra, o aval agora necessita de autorização do outro cônjuge; portanto, se tiver sido concedido aval por apenas um dos cônjuges sem consentimento do outro na vigência do CC anterior, que não exigia tal formalidade, esse ato está resguardado pela norma do art. 2.039).

Vencida a questão acerca da natureza da norma (art. 2.039), que é de caráter transitório, passemos à análise da questão da aplicabilidade da regra que possibilita

a alteração do regime de bens no curso do casamento (art. 1.639, § 2º) para aqueles celebrados anteriormente à lei (CC/2002).

O artigo 2.039 do Código Civil manda aplicar aos casamentos celebrados antes de sua vigência, a regra “de cada regime”, contida no Código Civil de 1916. E a regra da mutabilidade (artigo 1.639, § 2º CC/02) não é regra “de cada regime”, mas sim, regra geral “para todos os regimes”.

Assim, é de ampla aplicabilidade o artigo referido, já que a norma está situada na parte das disposições gerais e, por ser de caráter genérico (natureza da norma), se aplica a todos os regimes, sem qualquer distinção de ter sido ele celebrado na vigência de uma ou outra lei.<sup>84</sup>

## 2.6 Elementos acidentais no pacto antenupcial

---

<sup>84</sup> Nessa orientação já têm se pronunciado os Tribunais pátrios, inclusive os Superiores. Superior Tribunal de Justiça – “REsp 730546 / MG; RECURSO ESPECIAL 2005/0036263-0. CIVIL - REGIME MATRIMONIAL DE BENS - ALTERAÇÃO JUDICIAL – CASAMENTO OCORRIDO SOB A ÉGIDE DO CC/1916 (LEI Nº 3.071) - POSSIBILIDADE - ART. 2.039 DO CC/2002 (LEI Nº 10.406) - CORRENTES DOUTRINÁRIAS - ART. 1.639, § 2º, C/C ART. 2.035 DO CC/2002 - NORMA GERAL DE APLICAÇÃO IMEDIATA. 1 - Apresenta-se razoável, *in casu*, não considerar o art. 2.039 do CC/2002 como óbice à aplicação de norma geral, constante do art. 1.639, § 2º, do CC/2002, concernente à alteração incidental de regime de bens nos casamentos ocorridos sob a égide do CC/1916, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido, não havendo que se falar em retroatividade legal, vedada nos termos do art. 5º, XXXVI, da CF/88, mas, ao revés, nos termos do art. 2.035 do CC/2002, em aplicação de norma geral com efeitos imediatos. 2 - Recurso conhecido e provido pela alínea "a" para, admitindo-se a possibilidade de alteração do regime de bens adotado por ocasião de matrimônio realizado sob o pálio do CC/1916, determinar o retorno dos autos às instâncias ordinárias a fim de que procedam à análise do pedido, nos termos do art. 1.639, § 2º, do CC/2002”. Relator Ministro JORGE SCARTEZZINI, julgamento em 23/08/2005, publicado no DJ 03.10.2005, p. 279, <http://www.stj.gov.br>, acesso em 10 de outubro de 2005.

Como negócio jurídico que é, o pacto antenupcial (ou mesmo nupcial, já que se admite alteração do conteúdo durante o casamento) pode vir acompanhado de elementos acidentais.

Excetuando-se o termo final ou a condição resolutiva, com o objetivo de tornar ineficaz o regime patrimonial de bens escolhido no pacto antenupcial sem previsão de um outro a substituí-lo, não vislumbram-se quaisquer óbices à validade ou eficácia da convenção adjeta, seja condição suspensiva ou resolutiva (nesta última, com uma cláusula que indique o novo regime), seja termo. Aliás, o Supremo Tribunal Federal já havia decidido sobre a eficácia da condição prevista em pacto antenupcial alterando o regime de bens acaso houvesse nascimento de filho. Isso se deu quando sequer se admitia a mutabilidade do regime de bens no Brasil.<sup>85</sup>

Por óbvio, tão logo ocorra a condição ou o termo deve-se proceder ao registro, para que tenha eficácia perante terceiros. No entanto, não haverá necessidade de controle judicial para que tenha validade ou mesmo eficácia entre os cônjuges.

---

<sup>85</sup> Conforme referido por Diniz, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 342.

## CAPÍTULO 3

### COTEJO DA REALIDADE DE OUTROS PAÍSES

É importante que também se analise a mutabilidade do regime de bens no curso do casamento em outros países, sua admissibilidade ou não, o alcance, os requisitos exigidos, a retroatividade dos efeitos, além de outras peculiaridades.

O objetivo, com isso, não é, absolutamente, aprofundar o tema do modo como é regulamentado em outras legislações, tampouco tentar transportar aquelas realidades para o Brasil. Todavia, a panorâmica que se pretende fazer, sobre aspectos principais do tema em alguns países – escolhidos de forma arbitrária, pela facilidade que se teve de conseguir fontes seguras de pesquisa – trará um reforço doutrinário relevante à pesquisa, visto que o Brasil só recentemente, com o Código Civil de 2002, passou a admitir a alteração do regime de bens durante o casamento, e as preocupações do legislador e da doutrina brasileiros a respeito de certas questões – como o direito de terceiros e a garantia da igualdade material entre os cônjuges para evitar a fraude entre o par – já de há muito foram tratadas pela doutrina estrangeira, onde vigora o princípio da mutabilidade do regime patrimonial.

A pretensão, como visto, é modesta, limitando-se à evidência de fatores que se consideram relevantes, além fazer uma panorâmica sobre o tema.

### 3.1 Portugal

Vige em Portugal o Princípio da imutabilidade das convenções antenupciais, embora com exceções previstas no Código Civil. Entretanto, os portugueses admitem a livre estipulação dos pactos antenupciais<sup>86</sup>, sendo-lhes lícitos pactuar escolhendo quaisquer dos regimes típicos, ou mesmo estipulando o que lhes aprouver, dentro dos limites da lei. Semelhante ao Brasil, em Portugal há um regime legal, também chamado supletivo, que tem lugar quando não há convenção antenupcial, ou nos casos de caducidade, invalidade ou ineficácia da convenção<sup>87</sup>. O regime supletivo é o de comunhão dos adquiridos, que, em linhas gerais, determina a comunhão dos bens que sobrevieram aos cônjuges no curso do casamento a título oneroso.<sup>88</sup>

A restrição à liberdade de convenção antenupcial está prevista no artigo 1.720º, determinando que, nas hipóteses de casamento celebrado sem precedência do processo de publicação ou no casamento contraído por quem já atingiu 60 anos de idade, o regime de bens será, obrigatoriamente, o da separação de bens.<sup>89</sup>

---

<sup>86</sup> “Artigo 1.698 º . Os esposos podem fixar livremente, em convenção antenupcial, o regime de bens do casamento, quer escolhendo um dos regimes previstos neste código, quer estipulando o que a esse respeito lhes aprouver, dentro dos limites da lei”.

<sup>87</sup> Regra do artigo 1.717 º do Código Civil Português.

<sup>88</sup> Conforme artigos 1.721º. e seguintes do Código Civil português.

<sup>89</sup> Cumpre esclarecer que o limite de idade foi alterado com a reforma constitucional portuguesa de 1.977 que consagrou a igualdade entre homem e mulher. Antes disso, o Código Civil previa que as mulheres tinham a limitação à liberdade de escolha do regime de bens ao completar 50 anos e o homem aos 60 anos. A alteração do Código Civil, que culminou com a redação atual do artigo 1.720 º se deu com o Decreto-Lei n º 496, de 25 de novembro de 1977.

Há outras restrições à livre estipulação da convenção antenupcial, mas que dizem respeito ao conteúdo. São regras de ordem pública.<sup>90</sup>

Cabe acentuar, no entanto, que as convenções antenupciais só são imutáveis a partir do momento da celebração do casamento. Antes de celebrado, há previsão expressa no sentido da mutabilidade.<sup>91</sup> Curioso é registrar que a convenção antenupcial pode ser subscrita por outras pessoas além dos nubentes, desde que se utilizem desta para celebrar contrato que digam respeito aos futuros cônjuges, como o caso da doação em favor de um ou de ambos. E nas hipóteses em que se admitem a modificação, referidas pessoas também terão que subscrever o novo acordo, mas a falta de intervenção do terceiro não invalida a convenção. O que pode ocorrer é a resolução das cláusulas que lhes digam respeito.

O artigo 1.714 ° enfatiza a proibição em modificar as convenções antenupciais e os regimes de bens, depois de celebrado o casamento <sup>92</sup>, exceto nos casos expressamente previstos em lei.

---

<sup>90</sup> O artigo 1.699 ° determina “1. Não podem ser objecto de convenção antenupcial: a) A regulamentação da sucessão hereditária dos cônjuges ou de terceiro, salvo o disposto nos artigos seguintes; b) A alteração dos direitos ou deveres, quer paternais, quer conjugais; c) A alteração das regras sobre administração dos bens do casal; d) A estipulação da comunicabilidade dos bens enumerados no artigo 1.733 °. 2. Se o casamento for celebrado por quem tenha filhos, ainda que maiores ou emancipados, não poderá ser convencionado o regime da comunhão geral nem estipulada a comunicabilidade dos bens referidos no n ° 1 do artigo 1.722 °”.

<sup>91</sup> O artigo 1.712 ° preceitua “(Revogação ou modificação da convenção antenupcial antes da celebração do casamento) 1. A convenção antenupcial é livremente revogável ou modificável até à celebração do casamento, desde que na revogação ou modificação consentam todas as pessoas que nela outorgaram ou os respectivos herdeiros. 2. O novo acordo está sujeito aos requisitos de forma e publicidade estabelecidos nos artigos antecedentes. 3. A falta de intervenção de alguma das pessoas que outorgaram na primeira convenção, ou dos respectivos herdeiros, apenas tem como efeito facultar àquelas ou a estes o direito de resolver as cláusulas que lhes digam respeito”.

<sup>92</sup> “Artigo 1.714 ° 1. Fora dos casos previstos na lei, não é permitido alterar, depois da celebração do casamento, nem as convenções antenupciais nem os regimes de bens legalmente fixados. 2. Consideram-se abrangidos pelas proibições do número anterior os contratos de compra e venda e sociedade entre os cônjuges, excepto quando estes se encontrem separados judicialmente de pessoas e bens. 3. É lícita, contudo, a participação dos dois cônjuges na mesma sociedade de capitais, bem como a dação em cumprimento feita pelo cônjuge devedor ao seu consorte”.

As únicas hipóteses em que se permite a alteração do regime de bens depois de celebrado o casamento, no direito português, constituindo-se em exceções ao princípio da imutabilidade, previstas no artigo 1.715<sup>93</sup> do Código Civil, são: a) pela revogação das disposições mencionadas no artigo 1.700<sup>94</sup>; b) pela simples separação judicial de bens; c) pela separação judicial de pessoas e bens; d) em todos os demais casos, previstos na lei, de separação de bens na vigência da sociedade conjugal. 2. Às alterações da convenção antenupcial ou do regime legal de bens previstas no número anterior é aplicável o disposto no artigo 1.711<sup>95</sup>.

A simples separação de bens é prevista no artigo 1.767<sup>95</sup> e seguintes do Código Civil, e tem cabimento quando requerido por um dos cônjuges que comprove estar em perigo de perder o que é seu pela má administração do outro cônjuge. O efeito principal da simples separação é que o regime de bens passa a ser o da separação de bens, procedendo-se à partilha do património comum, como se o casamento tivesse sido dissolvido. A partilha poderá ser feita extrajudicialmente ou por inventário judicial. Uma vez decretada a separação judicial de bens, torna-se irrevogável.<sup>95</sup>

A separação de pessoas e bens está prevista no artigo 1.794<sup>95</sup> e seguintes do Código Civil. Esta não dissolve o vínculo conjugal, mas extingue os deveres de coabitação e assistência, sem prejuízo do direito a alimentos. Relativamente aos bens, a separação produz os efeitos que produziria com a dissolução do casamento.

---

<sup>93</sup> A redação do artigo 1.715<sup>o</sup> do Código Civil foi dada pelo Decreto-Lei n<sup>o</sup> 496, de 25 de novembro de 1977.

<sup>94</sup> O artigo 1.700<sup>o</sup> permite a disposição em convenção antenupcial sobre instituição de herdeiro ou legatário ou mesmo de cláusula de reversão ou fideicomisso.

<sup>95</sup> Os efeitos da separação judicial de bens encontram-se nos artigos 1.770<sup>o</sup> e 1.771<sup>o</sup> do Código Civil, com a redação dada pelo Decreto-Lei n<sup>o</sup> 496, de 25 de novembro de 1977.

Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira <sup>96</sup> afirmam que a simples separação judicial de bens era utilizado, sobretudo, por mulheres contra a má administração do marido. Contudo, a reforma constitucional de 1.977, consagrou o princípio da igualdade entre homem e mulher, tendo como consequência a alteração do Código Civil no tocante à administração dos bens durante o casamento, passando a ser exercida conjuntamente pelo marido e pela mulher. Com isso, o instituto perdeu quase todo seu interesse prático.

Compreende-se, portanto, ser possível – embora de forma restrita – alterar o regime de bens durante o casamento, tanto por vontade do casal quanto como forma de sanção para proteger-se contra a má administração, a requerimento de uma das partes.

O direito civil português, em seu artigo 1.713 °, admite expressamente a validade de convenção antenupcial sob condição ou termo, advertindo, todavia, que em relação a terceiros, o preenchimento da condição não terá efeito retroativo. A consequência prática dessa regra é a licitude de convenção antenupcial que contenha cláusula onde se estipule que, por exemplo, em caso de nascimento de filho, o regime de bens passará a ser outro, diverso do escolhido antes do casamento. A esse respeito, o Código de Registro Civil português, em seu artigo 70 °, alínea “h”, exige que o preenchimento da condição dever ser averbado no assento de casamento para produzir efeitos em relação a terceiros. Isso, em plena

---

<sup>96</sup> *In Curso de Direito da Família*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 551.



consonância com o artigo 1.711 ° do Código Civil, que determina a eficácia dos pactos antenupciais em relação a terceiros somente depois de registradas.<sup>97</sup>

A forma que se procede à mutabilidade do regime de bens, nos casos previstos em lei, é a mesma que exige quando da celebração da convenção antenupcial. Assim, segundo o artigo 1.710 ° do Código Civil, as convenções antenupciais só são válidas se forem celebradas por escritura pública ou por auto lavrado perante o conservador do registro civil. Esse ato já dá validade e eficácia entre os cônjuges, desde que celebrado o casamento, que é sua condição legal. Para ter efeitos perante terceiros, é necessário o registro civil da convenção no assento de casamento. De igual modo, a alteração do regime de bens deve ser feita mediante escritura pública ou auto lavrado perante o conservador de registro civil e, posteriormente, registrado no registro civil à margem do assento de casamento, para que surtam efeitos perante terceiros. Não é sujeita à intervenção ou ao controle judicial.

Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira <sup>98</sup> asseguram que “a evolução do direito português nas últimas dezenas de anos, por seu turno, vai no sentido de diminuir quanto possível o alcance do princípio da imutabilidade, e até de o eliminar”.

---

<sup>97</sup> Coelho, Francisco Pereira; Oliveira, Guilherme de. *Op. Cit.*, p. 501, fazem anotar que, mesmo antes da Reforma do Código Civil, ocorrida em 1.977, quando ainda não se permitia expressamente – por outro lado, não se vedava – a convenção subordinada a termo ou condição, nem mesmo a modificação do regime de bens no curso do casamento, mesmo nas hipóteses restritas, os tribunais já admitiam a modificação do regime de bens desde que houvesse cláusula na convenção antenupcial, prevendo a condição, como no exemplo de nascerem filhos. Citam o Acórdão do S.T.J., de 12.03.1957, na RLJ, 90 °, p. 2430 e ss., com anotação de Manuel de Andrade e Ferrer Correia.

<sup>98</sup> *Op. cit.* p. 497.

### 3.2 Espanha

Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón <sup>99</sup> elegem três princípios inspiradores dos regimes econômicos do matrimônio.

O primeiro é o da liberdade de estipulação, previsto nos artigos 1.315<sup>100</sup> e 1.325<sup>101</sup> do Código Civil espanhol. A exigência é que se faça a convenção por meio de capitulações matrimoniais <sup>102</sup>, por meio de escritura pública, segundo o artigo 1.527 do Código Civil, para que tenha validade. Pode-se livremente escolher o regime de bens, mas vigora o regime legal (sociedade de gananciales) não havendo regime convencional, conforme a regra do artigo 1.516 do Código Civil.

A liberdade de convenção encontra limites nas leis, nos bons costumes ou na proibição de estipulação limitativa da igualdade de direitos que corresponda a cada cônjuge, sendo nulas as cláusulas em contrário, segundo as disposições dos artigos 1.328 e 1.335 do Código Civil.

---

<sup>99</sup> *In Sistema de Derecho Civil*. Volumen IV – Derecho de familia y Derecho de sucesiones. Madrid: Tecnos, 2004, p. 140.

<sup>100</sup> “Artigo 1.315. El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código”. Em tradução livre: “o regime econômico do matrimônio será o que os cônjuges estipulem em capitulações matrimoniais, em outras limitações que as estabelecidas neste Código”.

<sup>101</sup> “Artigo 1.325. Em capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo”. Tradução livre: “em capitulações matrimoniais poderão os outorgantes estipular, modificar ou substituir o regime de seu matrimônio ou quaisquer outras disposições em razão do mesmo”.

<sup>102</sup> Luis Díez-picazo e Antonio Gullón, *op. cit.*, p. 154, conceituam capitulação matrimonial como sendo o negócio jurídico por meio do qual se regula o regime econômico-conjugal por obra da autonomia dos contraentes.

O segundo princípio do regime econômico é o da igualdade jurídica dos cônjuges, consagrado pelo artigo 32 da Constituição e reforçado pelo artigo 66. No tocante à matéria de regime de bens, coloca-se como limite à liberdade contratual.

O último princípio é o da mutabilidade do regime econômico conjugal. Foi a Lei de 02 de maio de 1975 que consagrou o princípio, dando nova redação ao artigo 1.317 do Código Civil, permitindo-se aos cônjuges a livre modificação do regime de bens antes e depois do matrimônio. Antes disso, o revogado artigo 1.433 só permitia a modificação do regime de bens se houvesse separação dos bens por decisão judicial ou por situações outras taxativamente enumeradas pelo legislador, em semelhança ao atual sistema português.

As reformas de 02 de maio de 1.975 e de 13 de maio de 1.981 prescindiram do controle judicial, para assentarem a faculdade de mudar o regime de bens apenas num sistema de publicidade e na proteção de direitos adquiridos pelos credores. Assim sendo, proibiu o efeito retroativo da alteração do regime de bens.

A eficácia perante terceiros depende de registro civil à margem da inscrição do matrimônio. No entanto, o artigo 1.322 do Código Civil afirma que as modificações do regime econômico-matrimonial realizadas durante o casamento não prejudicam, em nenhuma hipótese, os direitos já adquiridos por terceiros. A regra declara a ineficácia em relação ao terceiro prejudicado com a modificação na convenção.

Registre-se, por oportuno, que a lei de 02 de maio de 1.975, ao consagrar o princípio da mutabilidade do regime de bens, resolveu a importante controvérsia até

então travada na doutrina espanhola a respeito da possibilidade de cláusula prevendo condição suspensiva ou resolutiva ou os termos iniciais e finais. Agora, diante da livre mutabilidade, não há mais dúvida da licitude dos elementos acidentais de condição ou termo na convenção matrimonial.

### 3.3 Alemanha

Os cônjuges podem determinar o regime de bens através de contrato nupcial (*Ehvertrag*), tanto antes do casamento quanto após a celebração, anulando ou modificando o antes escolhido, conforme o § 1.408, alínea 1 do BGB.

O § 1.414 do BGB declara que vale automaticamente a separação de bens quando os cônjuges anularem ou excluírem, posteriormente, o regime legal de bens. Passa também a valer a separação de bens, segundo o § 1.388 BGB, quando houver sentença transitada em julgado da compensação antecipada dos aqüestos (bens adquiridos na vigência da sociedade conjugal), no regime de bens da compensação dos aqüestos.

O regime de compensação de aqüestos é o regime legal de bens na Alemanha, regido a partir do § 1.363 BGB. Os cônjuges vivem no regime da comunhão dos aqüestos quando não acordam outro regime de bens, através de pacto nupcial (§ 1.410 BGB).

No contrato nupcial só podem ser pactuadas disposições sobre regimes de bens, não sendo válidas aquelas referentes a outras questões, de ordem não patrimonial. Para que seja válida a convenção nupcial, as declarações precisam ser apresentadas para protocolo do tabelião, por ambas as partes, em presença simultânea.<sup>103</sup>

Vige o Princípio da liberdade contratual quanto às convenções nupciais, embora de forma limitada no tocante ao conteúdo. A primeira limitação diz respeito à nulidade dos acordos que se desviam das regras da comunhão de bens continuada (§ 1.518 BGB), segundo o § 134 BGB. Outra importante limitação está prevista no § 1.409 BGB, dispondo sobre a impossibilidade de determinação de um regime de bens através de referência a direito não mais vigente ou estrangeiro.

A mais importante regra de conteúdo prevista legalmente no BGB (§ 1.408) quando às disposições constantes do contrato nupcial é a limitação de tipos. É o chamado *numerus clausulus* dos tipos de regime de bens previstos pela lei. Em virtude dessa regra, não é possível o acordo nupcial sobre um regime de bens que não está previsto no Código Civil alemão, bem como não é permitido o surgimento de regime de bens mistos, nos quais elementos característicos dos diversos regimes de bens são misturados entre si. A doutrina alemã <sup>104</sup> justifica a limitação:

Como os regimes de bens não regulam somente as relações obrigacionais, mas têm sobretudo efeitos no âmbito real do direito (por exemplo, através da

---

<sup>103</sup> Conf. Schlüter, Wifried. **Código Civil Alemão. Direito de Família. BGB – Familienrecht.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 157. Ferrand, Frédérique. **Droit Prive Allemand.** Paris: Dalloz, 1997, p. 470.

<sup>104</sup> Schlüter, Wifried. *Op. cit.* p. 160.

limitação poder de disposição ou da atribuição real dos objetos do patrimônio), vale o princípio da **limitação dos tipos** (*numerus clausulus* dos tipos de regime de bens modelados na lei).

Os únicos tipos legais previstos legalmente são os regimes da comunhão dos aqüestos, da separação de bens e da comunhão de bens. É lícito, todavia, a modificação cláusulas no regime de bens escolhido. Podem os cônjuges optar por qualquer dos três regimes típicos, da forma que estão legalmente regulamentados, ou podem clausular o regime escolhido, modificando regras. Pelo Princípio da limitação dos tipos, se uma cláusula “modifica tão essencialmente o regime de bens legal ou acordado, de forma que uma característica essencial é abandonada, então ocorre uma violação ao princípio da limitação dos tipos”.<sup>105</sup> Mas, ao revés, se as cláusulas pactuadas transitam em consonância com o tipo legal escolhido, não há qualquer restrição, se não violar regras gerais ou norma imperativa.

Na Alemanha, o registro público fica a cargo dos tribunais de primeira instância (§§ 1.558-1.563 BGB) e é conduzido por um oficial jurídico, que só faz assentamentos quando requerido pelas partes interessadas (§ 1.560 BGB) e de seus registros, todos têm direito de vista (§ 1.563 BGB).

É certo que a oponibilidade perante terceiros só se verifica se houver registro da convenção nupcial. Wilfried Schulüter<sup>106</sup> adverte que a lei pressupõe que os cônjuges normalmente vivem sob o regime legal da comunhão nos aqüestos.

Acrescenta

---

<sup>105</sup> *Idem, Ibidem*, p. 161.

<sup>106</sup> *Op. cit.*, p. 162.

Se o regime legal de bens foi excluído ou modificado, então os cônjuges somente podem apresentar objeções contra um negócio jurídico diante de terceiro, quando estes acordos de regime de bens divergentes do regime legal de bens, estavam assentes no registro do regime de bens no tempo da conclusão do negócio jurídico ou eram do conhecimento de terceiro (§ 1.212, al. 1 frase 1 BGB).

De igual modo, quando os cônjuges novamente anulam ou modificam, posteriormente, uma regra inscrita no registro, somente terá efeito perante terceiro quando vier a assentar-se no registro a nova regra. Enquanto não houver alteração no registro, a nova regra não tem eficácia perante terceiro.

O contrato nupcial e as subseqüentes modificações no regime de bens só se aperfeiçoam e se tornam válidos se houver manifesta vontade conjunta, na forma escrita. A lei não exige forma pública, tampouco requer o controle judicial da modificação do regime de bens. Os cônjuges estabelecem, anulam ou modificam suas cláusulas livremente, submetendo-se somente às normas de ordem pública.

Por fim, a doutrina alemã <sup>107</sup> assevera que ao registro do regime de bens se aplicam os Princípios sobre a responsabilidade decorrente da aparência de direito ocasionada. Isso porque o assento no registro só se procede a requerimentos dos cônjuges. Se estes provocam um assentamento incorreto no registro, então essa declaração, contida no registro é que vale perante terceiro. Se, de igual modo, deixam de retificar a inscrição reconhecidamente incorreta, valerá para os terceiros, o conteúdo efetivamente publicado no registro.

---

<sup>107</sup> *Idem, Ididem*, p. 164.

### **3.4 Itália**

Na Itália vigora um regime complexo, baseado em normas da Reforma de 1.975 e da Lei n ° 142, de 10 de abril de 1.981. A doutrina manifestou sempre as maiores reservas contra a disciplina legal e o sistema italiano parece constituir um bom exemplo do melindre que a transição para a mutabilidade encerra.

### **3.5 França**

O direito civil francês admite aos cônjuges, depois de dois anos de celebrado o casamento, modificar o regime de bens, no interesse da família, embora o acordo deva ser homologado pelo tribunal.

### **3.6 Argentina**

Na Argentina ainda não é possível alterar o regime de bens no curso do casamento, consagrando o princípio da imutabilidade do regime patrimonial de bens.



No entanto, há forte influência doutrinária no sentido de admitir a modificação do regime patrimonial, quando ainda em curso o casamento.

A doutrina argentina é uníssona em evidenciar as vantagens em se autorizar a mudança do regime de bens durante o casamento, registrando a tendência mundial no tocante à matéria.<sup>108</sup> Declaram que, em favor da faculdade de mudar o regime de bens milita o puro e simples respeito à autonomia privada, nesta matéria que não contende com os valores pessoais e com os interesses públicos de organização da família, e onde as restrições da liberdade negocial devem ser excepcionais e solidamente fundamentadas.

---

<sup>108</sup> Conforme AZPIRI, Jorge O. **Derecho de Familia**. Buenos Aires: Hammulabi, 2000, **Uniones de Hecho**. Buenos Aires: Hammulabi, 2003 e **Régimen de Bienes em El Matrimonio**. Buenos Aires: Hammurabi: 2002.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A possibilidade de alteração do regime de bens no curso do casamento vem em consonância à tendência mundial de garantir a liberdade contratual nas convenções matrimoniais.

A tendência para o reconhecimento de uma capacidade negocial plena e igualitária dos cônjuges aponta para a eliminação das restrições que lhes impeçam a direção conjunta da comunhão de vida e o livre desenvolvimento das suas esferas pessoais, apesar das dificuldades que esta conciliação implique.

Qualquer restrição a essa liberdade de contratar deve ser fundamentada e imbuída de justa causa, na defesa de interesse relevante.

Da forma em que foi inserida no sistema jurídico brasileiro, constam instrumentos suficientes e capazes para garantir o equilíbrio contratual entre os cônjuges e por a salvo os direitos dos terceiros, eventualmente prejudicados. Esta última, atentando-se para a função social do contrato.

Outra não poderia ter sido a posição do legislador ordinário, a não ser fazer vigorar a norma concessiva, na realidade em que se encontra a sociedade, buscando efetividade de seus direitos e garantia da liberdade contratual, em respeito à autonomia privada.

Resta, como já repisado, um olhar atento do julgador para assegurar o equilíbrio das partes pactuantes e coibir os abusos, as fraudes e tentativas de

cometimento de ato ilícito utilizando-se da norma permissiva de modificação do regime de bens durante o casamento.

É preciso que se registre que, não é proibindo a modificação do regime de bens que se garantirá a segurança jurídica. Por óbvio, para os terceiros que contratam com os cônjuges, se afigura mais cômodo. No entanto, mudar as regras do estatuto patrimonial é direito subjetivo contratual das partes integrantes dessa relação jurídica (casamento). O reflexo certamente poderá atingir terceiros, estranhos a essa relação. Mas a socialização do contrato já garante a preservação de tais direitos, porventura atingidos. Como acréscimo, a própria norma autorizadora de mudança de regime de bens faz alusão expressa à ressalva de direitos de terceiros.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Do Abuso de Direito**. Coimbra: Almedina, 1999.
- ADEODATO, João Maurício. **Bases para uma Metodologia da Pesquisa em Direito**. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/bvirtual>>, acesso em 15 de junho de 2004 .
- ALVES, Jones Figueiredo. **Novo Código Civil Comentado**. Ricardo Fiúza (coord.). São Paulo: Saraiva, 2002.
- ALVES, Jones Figueiredo; DELGADO, Mário Luiz. **Código Civil Anotado**. São Paulo: Editora Método, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Questões Controvertidas. Vols. 01, 02, 03 e 04**. São Paulo: Editora Método, 2004.
- ARENDDT, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução Roberto Raposo. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). NBR 10520. **Apresentação de citações em documentos**. Rio de Janeiro: ago. 2002.
- \_\_\_\_\_. NBR 6024. **Numeração progressiva das seções de um documento**. Rio de Janeiro, 2003.
- \_\_\_\_\_. NBR 14725. **Informação e documentação – Trabalhos Acadêmicos – Apresentação**. Rio de Janeiro, ago. 2002.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado - Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento - função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro**

que contribui para o inadimplemento contratual. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 750, abr. 1998.

AZPIRI, Jorge O. **Derecho de Família**. Buenos Aires: Hammulabi, 2000.

\_\_\_\_\_. **Uniones de Hecho**. Buenos Aires: Hammulabi, 2003.

\_\_\_\_\_. **Régimen de Biens em El Matrimonio**. Buenos Aires: Hammurabi: 2002.

BESSONE, Darcy. **Do Contrato**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil: comentado por Clóvis Beviláqua**. Obrigações. Tomo II, v. V. 3. ed. São Paulo: Francisco Alves, 1934.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito de Família**. Campinas: Red Livros Editora, 2001.

BOAVENTURA, Edivaldo M.. **Como Ordenar as Idéias**. São Paulo: editora Ática, 2004.

\_\_\_\_\_. **Metodologia da Pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2004.

BORDA, Guillermo A. **Manual de Derecho de Familia**. Buenos Aires: LexisNexis, 2005.

BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BOULOS, Daniel Martins. **Autonomia Privada – Função Social do Contrato**. Arruda Alvim *et al* (coords.). *in Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL, Luiz Felipe. **A mutabilidade dos Regimes de Bens**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, disponível em <http://ibdfam@ibdfam.com.br>, acesso em 02 fev. 2004.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

CAHALI, Francisco José. **Contrato de Convivência na União Estável**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. **Contradições no Regime de Separação Legal de Bens**. *In* Revista Brasileira de Direito de família. Porto Alegre: Síntese. 2004, V. 21, mai-jul/2004.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, Imagem, Vida Privada e Intimidade, em Colisão com Outros Direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CERVO, A. L. e BERVIAN, P. A. **Metodologia Científica**. São Paulo: McGraw-Hill, 1993.

CODE CIVIL. France. Edition 2004.

CÓDIGO CIVIL. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. **Curso de Direito de Família**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa Fé No Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

COSTA, Dilvanir José da. **Sistema de Direito Civil à Luz do Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. Coimbra: Almedina, 1994.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

DANTAS, San Tiago. **Evolução Contemporânea do Direito Contratual**. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

DIAS, Maria Berenice. **União Estável Homoafetiva**. *In* Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2003. vol. 20, out-nov/2003.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ESPÍNOLA, Eduardo. **A Família no Direito Civil Brasileiro**. Campinas: Bookseller, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família. Elementos Críticos à Luz do Novo Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **O “aggiornamento” do direito brasileiro e a confiança negocial**. *In* Repensando os fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FARIAS, Cristiano Chaves. **Direito Civil. Teoria Geral**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

FERNANDEZ, Dionísio Llamazares. **Derecho Eclesiástico Del Estado**. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad Derecho, 1991.

- FERRAND, Frédérique. **Droit Privé Allemand**. Paris: Éditions Dalloz, 1997.
- FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. **Equilíbrio Contratual**. Renan Lotufo (org.). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1999.
- FERRI, Luigi. **La Autonomia Privada**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.
- FRANÇA, R. Limongi. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil – Esboço 1 e 2**. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1983.
- GARCEZ, Martinho. **Direito de Família**. Campinas: LZN Editora, 2003.
- GIL, Antônio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2002.
- GILMORE, Grant. **The Death of Contract**. 2<sup>nd</sup>. ed. Columbus, Ohio State University Press, 1995.
- GLANZ, Semy. **A Família Mutante. Sociologia e Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- GOMES, Orlando. **A Função do Contrato**. *In* **Novos Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- \_\_\_\_\_. **O novo direito de família**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1984.
- GOZZO, Débora. **Pacto Antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992.
- GROSMAN, Cecilia (org.) **Derecho de Familia. Régimen Patrimonial en el Matrimonio**. Buenos Aires: LexisNexis, 2005.



HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Direito das Sucessões e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

JOSSERAND, Luis. **Tendences actuelles de la théorie des contrats**. *In* Revue Trimestrielle de Droit Civil, tome 36, p. 2 e ss., 1937.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. **Fundamentos da metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 1986.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 2. ed. Porto Alegre: S. Fabris, 1987.

LLANBÍAS, Jorge Joaquín. **Tratado de Derecho Civil. Tomos I e II**. Buenos Aires: LexisNexis, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares: Para Além do Numerus Clausus**. *In* Revista Brasileira de Direito de família. Porto Alegre: Síntese. 2002, V. 12, out-nov/2002

\_\_\_\_\_. **Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JÚNIOR, Eduardo M. Gonçalves. **A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil** (coords.). Recife: Nossa Livraria, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998

MADALENO, Rolf. **Do Regime de Bens. In Direito de família e o Novo Código Civil.**

Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MARAES, Maria Celina Bodin de Moraes. **Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de defesa do Consumidor.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, Ives Granda da Silva. **A função social do contrato.** Arruda Alvim *et al* (coords.). *in Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith; Branco, Gerson Luiz Carlos. **O Novo Código Civil Brasileiro: Em busca da ética da situação.** *In Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2002.

MATTIETTO, Leonardo. **O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria Contratual.** Gustavo Tepedino (coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional.* Rio de Janeiro: renovar, 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado, parte especial.** Tomo XXXVIII, 2. ed. RJ: Borsoi, 1962.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Privado.** Tomo 3. Campinas: Bookseller, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito Matrimonial**. Tomos 1, 2 e 3. Campinas: Bookseller, 2001.

OBERTO, Giacomo. **Famiglia e Rapporti Patrimoniali. Questioni D'Attualità**. Milano: Giuffrè Editore, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **A Família na Travessia do Milênio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

\_\_\_\_\_. **Repensando o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

\_\_\_\_\_. **Novo Código Civil da Família Anotado e legislação correlata da Família**. Porto Alegre: Síntese, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. **Autonomia Negoziale e Autonomia Contrattuale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

\_\_\_\_\_. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: renovar, 2002.

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina. 1982.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. **Família sem Casamento: de Relação Existencial de fato e a Realidade Jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 5ª ed. Anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

RAVINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. **Derecho Civil. Parte General**. Buenos Aires: Astrea, 2003.

REIS, Clayton. **A mudança do regime de bens no casamento em face do novo Código Civil brasileiro.** // Revista Brasileira de Direito de família. Porto Alegre: Síntese. 2003, V. 20, out-nov/2003.

RIPERT, Georges. **O Regimen Democrático e o Direito Civil Moderno.** São Paulo: Saraiva, 1937.

ROPPO, Enzo. **O Contrato.** Coimbra: Almedina, 1988.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça.** Bauru, SP: Edipro, 2003.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil. Vols. 1, 2 e 3.** Campinas: Bookseller, 1999.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SALDAÑA, Nelson. **Ordem e Hermenêutica.** Rio de Janeiro: Rnovar, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à Intimidade e à Vida Privada.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SCHLÜTER, Wilfried. **Código Civil Alemão. Direito de família.** Trad. Elisete Antoniuk. 9º ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor: 2002.

SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição.** São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SOLARI, Nestor E. **Matrimonio: Celebración, Impedimentos y Nulidades.** Buenos Aires: La Ley, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

TAQUINI, Carlos H. Vidal. **Régimen de Bienes en el Matrimonial**. Buenos Aires: Astrea, 2004.

TEPEDINO, Gustavo *et al.* **Código Civil Interpretado. Vol 1**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TERRÉ, François; SIMLER, Philippe. **Droit Civil. Les Regimes Marimoniaux**. Paris: Éditions Dalloz, 2001.

VELOSO, Zeno. **Invalidez do Negócio Jurídico. Nulidade e Anulabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil, Direito de Família**. v. V. São Paulo: Atlas, 2001 .

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.