

Controvérsias sobre Regime de Bens no Novo Código Civil¹

Gustavo Tepedino

1. Introdução.

O Código Civil de 2002, ora inspirado em modelos estrangeiros, ora consolidando construções jurisprudenciais, introduziu significativas modificações no âmbito do regime de bens, as quais, lidas à luz do Texto Constitucional, representam inovações relevantes, embora ainda não suficientemente enfrentadas pela doutrina. Nesta perspectiva, convém examinar sistematicamente, tendo sempre como parâmetro os valores constitucionais, alguns problemas decorrentes dos regimes de bens, a saber: (i) o chamado regime de bens aplicável às uniões estáveis; (ii) a possibilidade de alteração do regime de bens durante a vigência da sociedade conjugal; (iii) a preservação da eficácia do enunciado n. 377 da Súmula do Supremo Tribunal Federal; (iv) o espectro de incidência dos pactos antenupciais; (v) o novo regime de participação final nos aqüestos.

2. O Chamado Regime de Bens aplicável à União Estável.

O reconhecimento da aplicação do regime da comunhão parcial de bens à união estável, conforme positivado no artigo 1.725 do Código Civil,² decorre de longa evolução doutrinária e jurisprudencial que, em progressiva atribuição de eficácia a esta forma de aliança para fins patrimoniais, acabou por aproximá-la ao casamento. Conforme conhecida construção jurisprudencial no âmbito do direito obrigacional, estabeleceu-se que, uma vez reconhecida a sociedade de fato, com a efetiva comprovação do esforço de ambos na constituição do patrimônio, os bens adquiridos na constância da relação considerar-se-iam comuns e, portanto, partilháveis no momento de sua dissolução. O entendimento encontra-se consolidado no enunciado n. 380 da Súmula do Supremo Tribunal Federal (3.4.1964): “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Com o advento da Carta Constitucional, a jurisprudência mostrou-se tendente a reconhecer a aplicação analógica do regime de comunhão parcial de bens às uniões estáveis, exigindo a comprovação do esforço comum na aquisição dos bens,

¹ O autor agradece vivamente à Professora Ana Carolina Brochado Teixeira, com quem discutiu as teses aqui expostas, bem como à acadêmica da Faculdade de Direito da UERJ, bolsista de iniciação científica Vivianne da Silveira Abílio, pelas pesquisas e cuidadosa revisão dos originais.

² Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

compreendido esse como a simples prova da convivência, independentemente da demonstração de efetivo auxílio econômico na formação do patrimônio.³

Na esteira do entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante, promulgou-se, em 10 de maio de 1996, a lei 9.278, a qual, em seu artigo 5º, estabeleceu a presunção de que os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável se consideravam comuns e, conseqüentemente, objeto de partilha quando da extinção da vida em comum.⁴ O artigo 1.725 do Código Civil traduz esta construção, reconhecendo a aplicação do regime de comunhão parcial à união estável.⁵

Pacificou-se, assim, a aplicação analógica deste regime à união estável: “Por analogia, adota-se para a união estável o mesmo regime oficial da comunhão parcial de bens. Esta adoção implica afirmar que os bens trazidos ao universo patrimonial anteriormente à união estável não integram o patrimônio comum”.⁶ Afirma-se igualmente em doutrina: “Quanto aos efeitos patrimoniais, determina a aplicação, no que couber, do regime da comunhão parcial de bens (art. 1.725), e, assim, os companheiros passam a partilhar todo o patrimônio adquirido na constância da união, como se casados fossem”.⁷

A aplicação à união estável, por empréstimo, do regime de comunhão parcial, como determina o Código Civil, não quer significar, contudo, que as formações familiares extraconjugais se submetem a regime de bens propriamente dito. A natureza do regime de bens associa-se ao ato jurídico formal de constituição da família, justificando-se a amplitude de seu espectro de incidência na vida patrimonial dos cônjuges em razão da publicidade derivada do registro do ato matrimonial no cartório competente, em favor da segurança de terceiros. Daqui decorre que a união estável invoca a disciplina da comunhão parcial no que concerne exclusivamente à divisão dos aqüestos, não já no que tange aos demais aspectos do regime patrimonial atinentes, por exemplo, à outorga conjugal para a alienação de bens (art. 1.647, I, Código Civil) ou para a celebração de contrato de fiança (art. 1.647, III).

³ Confira-se: “Direito, após a Constituição Federal de 1988, pela equiparação da união estável ao casamento, à metade dos bens adquiridos, mesmo que no nome de um dos conviventes. (...) Desfeita a união estável, antes da Lei n. 9.278/96, mas depois da Constituição Federal de 1988, que equiparou-a ao casamento, aos companheiros assistem os bens adquiridos na constância da relação, aplicando-se, analogicamente, a disciplina civil do regime da separação parcial” (TJSP, Emb. Infr. 89.625-4, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Marcus Andrade, julg. 15.2.2001) e, ainda: STJ, Resp 51.161, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 19.9.1995.

⁴ Art. 5º Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, *são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais*, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

§ 1º Cessa a presunção do caput deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união.

§ 2º A administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

⁵ O dispositivo pôs fim à controvérsia jurisprudencial entre a presunção relativa e a presunção absoluta de esforço comum, posição esta que acabou por prevalecer no texto legal. Sobre a evolução doutrinária e jurisprudencial do tema, v. Álvaro Villaça, *Estatuto da Família de Fato de Acordo com o Novo Código Civil*, São Paulo: Atlas, 2002.

⁶ TJRS, Ap. Cív. 70021101415, 19ª CC, Rel. Des. Guinther Spode, julg. 16.10.2007.

⁷ Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, vol. VI, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 282.

A extensão acrítica, contudo, da incidência do art. 1.725, desconsidera o fato de que a isonomia constitucional dirige-se à tutela da pluralidade familiar, não significando que as normas cuja *ratio* decorrem da formalidade peculiar do ato matrimonial devessem ser transportadas para as entidades familiares constituídas espontaneamente.

Com efeito, como afirmado em outra sede, a expressão “casamento pode designar tanto o ato jurídico solene que estabelece a família legítima, como a relação familiar por ele criada. (...) Aí está o cerne da questão: os efeitos jurídicos que decorrem do ato solene consubstanciado pelo casamento, cujo substrato axiológico vincula-se ao estado civil e à segurança que as relações sociais reclamam, não podem se aplicar à união estável por diversidade de *ratio*. À união estável, como entidade familiar, aplicam-se, em contraponto, todos os efeitos jurídicos próprios da família, não diferenciando o constituinte, para efeito de proteção do Estado (e, portanto, para todos os efeitos legais, sendo certo que as normas jurídicas são emanção do poder estatal), a entidade familiar constituída pelo casamento daquela constituída pela conduta espontânea e continuada dos companheiros, não fundada no matrimônio”.⁸

O regime de bens afigura-se tipicamente vinculado ao ato-condição solene que deflagra sua validade e eficácia: o casamento. Daí ter o codificador civil determinado a aplicação do regime de comunhão parcial de bens às uniões estáveis, *no que couber*. Nesta direção, a jurisprudência reconhece acertadamente a inexigibilidade de outorga uxória para o fiador que mantém união estável: “A circunstância de manter o fiador união estável não tem o condão de infirmar, por ausência de outorga uxória, a garantia locatícia por ele prestada ainda que o relacionamento esteja revestido de todas as formalidades para seu reconhecimento como unidade familiar”.⁹

A aplicação do regime de comunhão de bens à união estável deve limitar-se, portanto, aos aspectos atinentes à solidariedade que permeia as relações familiares, especialmente no que concerne à divisão do esforço comum. Com efeito, “o casamento é o parâmetro usado pelo legislador para regulamentar os efeitos patrimoniais da união estável. Assim, toda a regulamentação da união estável é uma tentativa de aproximação das normas do casamento embora sejam institutos diferentes”.¹⁰

3. A possibilidade de alteração do Regime de Bens.

⁸ Gustavo Tepedino, *Novas Formas de Entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio*, In *Temas de Direito Civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 407 – 408.

⁹ TJRJ, Ap. Civ. 2006.001.46102, 12ª CC, Rel. Des. Marco Antonio Ibrahim, julg. 3.5.2007. No mesmo sentido: “Rejeitada a alegação de nulidade da fiança face à ausência de outorga uxória. Ônus da prova. Caso concreto. Tendo o fiador se declarado como divorciado quando da assinatura do contrato de locação, embora vivesse ele em união estável, não sendo tal situação do conhecimento da locadora, é de ser considerada válida a fiança prestada” (TJRS, Ap. Cív. 70019693167, 15ª CC, Rel. Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos, julg. 10.10.2007).

¹⁰ Rodrigo da Cunha Pereira, *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. XX, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 152.

Como se sabe, o Código Civil de 2002, nos termos do artigo 1.639, §2º,¹¹ introduziu no ordenamento pátrio a possibilidade de mudança do regime escolhido pelos cônjuges.¹²

Dúvidas não há quanto à aplicação do artigo 1.639, §2º, aos casamentos celebrados após a vigência do Código. No entanto, instaurou-se controvérsia acerca da possibilidade de alteração dos regimes dos casamentos celebrados na vigência do Código de 1916. Por um lado, negou-se a possibilidade de alteração do regime para os casamentos celebrados antes da introdução da norma do artigo 1.639, § 2º, afirmando-se, para tanto, que o artigo 2.039, ao dispor que os casamentos celebrados sob a égide do Código anterior devem ser por ele regidos, impediu a mudança no regime escolhido pelos cônjuges, já que o regime anterior caracterizava-se por sua imutabilidade.¹³ Por outro, afirma-se, majoritariamente, que a interpretação conjugada dos artigos 1.639, §2º e 2.039 não permite chegar a tal conclusão. Segundo esta corrente, o artigo 2.039 refere-se aos efeitos do regime escolhido, que não poderão ser alterados com a modificação do regime de bens.¹⁴

Esta última posição mostra-se consentânea com o sistema, que visa a dar maior liberdade aos cônjuges para regularem suas relações patrimoniais de

¹¹ Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. (...) § 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.

¹² O Código Civil revogado previa, em seu artigo 230, o princípio da imutabilidade do regime de bens, segundo o qual não era possível alterar o regime escolhido no momento da celebração do casamento. Dispunha o referido artigo: “O regime dos bens entre cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável”. Diversos autores criticavam o dispositivo, advogando sua revisão. Eis a lição de Carvalho Santos: “A verdade, todavia, é que, apesar de todas essas razões, dada a fragilidade delas, não se justifica em boa doutrina a irrevogabilidade do regime dos bens entre os cônjuges. (...) Pois não raras vezes com a prática e experiência se verifica que conveniência existe em se adotar regime diverso do estipulado, para melhor garantia dos interesses dos cônjuges, e os interesses destes ficarão prejudicados (...)” (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. IV, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 308). No mesmo sentido posicionava-se Orlando Gomes: “A imutabilidade de regime de bens é uma segurança para os cônjuges e para terceiros. Todavia, o princípio não é aceito por algumas legislações como a alemã e a sueca. Não há razão para mantê-lo. (...) A própria lei põe à sua escolha diversos regimes matrimoniais e não impede que combinem disposições próprias de cada qual. (...) Necessário, apenas, que o exercício desse direito seja controlado a fim de impedir a prática de abusos, subordinando-o a certas exigências” (*Direito de Família*, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 174).

¹³ Nesse sentido, confira-se: “Casamento celebrado sob a égide do código civil de 1916. Regime de bens. Modificação. Impossibilidade. Ato jurídico perfeito. Artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Artigo 2.039, do Código Civil de 2002. O casamento regularmente celebrado constitui ato jurídico perfeito, não podendo ser afetado pela lei posterior, consoante determina o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal. O regime de bens do casamento celebrado durante a vigência do Código Civil de 1916 é por ele regido, nos termos do artigo 2.039, do Código Civil de 2002, restando juridicamente impossível o pedido de modificação de regime patrimonial” (TJMG, Ap. Cív. 1.0024.04.332426-8/001, 1ª CC, Rel. Des. Gouvea Rios, julg. 23.11.2004).

¹⁴ “Entendemos que esta regra das disposições transitórias se direciona exclusivamente aos efeitos dos diversos regimes de bens, de tal sorte que, se casaram sob um regime, o que nele especificamente se previa será mantido” (Silvio Rodrigues, vol. VI, cit., p. 152). Aplica-se em jurisprudência este mesmo entendimento: “Direito civil. Família. Casamento celebrado sob a égide do CC/16. Alteração do regime de bens. Possibilidade. *A interpretação conjugada dos arts. 1.639, § 2º, 2.035 e 2.039, do CC/02, admite a alteração do regime de bens adotado por ocasião do matrimônio, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido*” (STJ, REsp 821.807, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 19.10.2006, grifou-se).

acordo com as circunstâncias e contingências supervenientes ao matrimônio. De todo modo, independentemente da data em que se tenha realizado o casamento, o legislador exige, para que a alteração se realize, motivação a ser valorada pelo magistrado, e o respeito aos direitos de terceiros.¹⁵

Em torno da motivação dos cônjuges persiste controvérsia. Enquanto parte da jurisprudência sustenta a necessidade de se avaliar, rigidamente, os motivos indicados pelos cônjuges para a alteração do regime, não sendo possível efetuar a mudança com base em razões simplesmente pessoais,¹⁶ outra corrente afirma que a justificativa dos cônjuges não deve constituir objeto de ampla sindicância. Este último entendimento coaduna-se com a liberdade conferida pelo Código aos cônjuges para a escolha do regime de bens, e encontra-se expresso em acórdão da lavra da Des. Maria Berenice Dias: “Com o reconhecimento da mutabilidade do regime de bens pelo Código Civil houve, em verdade, uma otimização do princípio da autonomia da vontade do casal, consagrado no princípio da livre estipulação do pacto, de forma que não deve a Justiça ser por demais resistente no exame do requisito da motivação previsto no §2º do art. 1639 do Código Civil. Até porque, a esta exigência legal deve ser conferida uma conotação de ordem subjetiva, tendo em vista as inúmeras razões internas e externas que podem levar um casal a optar pela alteração do regime de bens. Ademais, não se pode olvidar que, quando da escolha do regime de bens por ocasião da celebração do casamento, não é exigido dos nubentes qualquer justificativa sobre o pacto eleito, motivo pelo qual, por mais esse fundamento, tal condição deve ser minimizada pelos julgadores”.¹⁷

Maior cautela do julgador, contudo, volta-se para a avaliação dos direitos de terceiros que podem ser alcançados com a alteração do regime. Em relação ao assunto, aprovou-se, na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça

¹⁵ Confira-se, em doutrina : “(..) o regime de bens entre os cônjuges passou a ser revogável? Parece que não. De início deve-se considerar que a lei admite a alteração *judicial* do regime. A vontade dos interessados é bastante para escolher o regime, ressalvadas à evidência as hipóteses do regime obrigatório, mas não para modificá-lo. Além disso, a modificação deve ser motivada, indicando que o juiz deve considerar as razões apresentadas pelos cônjuges, podendo, ou mesmo devendo, indeferir o pedido se não preenchidos os requisitos legais (Heloísa Helena Barboza, *Alteração do Regime de Bens e o Artigo 2.039 do Código Civil*, In *Revista Forense* n. 372, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 102). Há, ainda, críticas à mudança efetuada pelo Novo Código, ressaltando a possibilidade de um dos cônjuges aproveitar-se da boa-fé do outro. Este é o posicionamento de Rolf Madaleno: “Para evitar todos esses temores, seria muito mais adequado que a lei vetasse qualquer alteração do regime de bens que importasse uma restrição ou renúncia de direitos, como a substituição de um regime de comunhão parcial ou universal de bens, para vertê-la em completa e retroativa separação de bens que já eram comuns ao casal, cuja possibilidade é amplamente admitida pela jurisprudência para as relações de união estável” (*O Direito Adquirido e o Regime de Bens*, In *Revista Jurídica* n. 348, Porto Alegre: Nota Dez, 2006, p. 38).

¹⁶ Nesse sentido, TJRJ, Ap. Cív. 2007.001.13468, 2ª CC, Rel. Des. Maurício Caldas Lopes, julg. 11.4.2007: “A leitura do par. 2., do artigo 1.639, do Código Civil conduz, necessariamente, à conclusão no sentido de que a alteração do regime de bens do matrimônio, guarda certa excepcionalidade, vinculada que se encontra à relevância da respectiva motivação, sindicável pela autoridade judicial. Não fica ao exclusivo talante dos cônjuges, mas na dependência de motivação razoável, considerados os fins do matrimônio e do respectivo regime de bens. Não se confunde, em absoluto, com pedidos de homologação da vontade das partes, mas implica em juízo de valor a propósito das razões invocadas, tanto mais porque, eventualmente, importa em riscos a direitos de terceiros. Dessa forma, escusas de ordem pessoal tal como o equívoco no momento da celebração do matrimônio quanto à escolha do regime - com que se acena no caso destes autos - não se constituíam, " data maxima venia", em causa suficiente à respectiva alteração. Recurso provido”.

¹⁷ TJRS, Ap. Cív. 70012341715, 7ª CC, Rel. Des. Maria Berenice Dias, julg. 14.9.2005.

Federal, o Enunciado n. 113, que recomenda ampla publicidade para a autorização da mudança: “É admissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade”.¹⁸

Ao propósito, poder-se-ia entrever, de maneira prospectiva, linha de tendência a retirar da competência do Judiciário procedimentos que, como a alteração do regime de bem, poderiam ser levados a cabo diretamente pelas partes. Com a promulgação da lei n. 11.441 de 2007, que permite separação e divórcio consensuais, além de partilha por meio de escritura pública, deve-se cogitar da possibilidade de mudança legislativa que autorize a alteração extrajudicial do regime de bens, desde que assegurada, evidentemente, a proteção de terceiros, por meio de certidões negativas atinentes a dívidas e execuções em face dos cônjuges.

4. A aplicação do enunciado n. 377 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Outra controvérsia relevante diz respeito à persistência da eficácia da Súmula contida no Enunciado n. 377 do STF (3.4.1964), segundo a qual “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. O enunciado originou-se de interpretação dada pelo Tribunal ao artigo 259 do diploma anterior e objetivava reduzir os rigores do regime de separação legal.¹⁹

O preceito não foi reproduzido pelo legislador de 2002, havendo dúvidas quanto à aplicabilidade da Súmula após a promulgação do Código Civil. Há quem sustente a ineficácia do enunciado com base na revogação do art. 259 do Código Beviláqua e na vigência do atual art. 1.641, circunstância que, por si só, afastaria sua aplicação.²⁰ Trata-se de entendimento que encontra

¹⁸ Os requisitos comumente requeridos pelos Tribunais referem-se à publicação em edital e verificação do estado dos bens em nome do casal. Confirmam-se as seguintes decisões: “Apelação cível. Ação de alteração de regime de bens do casamento. Inconformidade dos apelantes quanto à determinação de publicação de edital dando ciência aos eventuais interessados da homologação da alteração. Recurso ao qual se nega provimento tendo em vista a necessidade de ampla divulgação da alteração” (TJRS, Ap. Cív. 70009999251, 8ª CC, Rel. Des. Alfredo Guilherme Englert, julg. 17.2.2005) e “(...) os documentos acostados aos autos revelam que os bens de propriedade do casal encontram-se livres e desembaraçados de quaisquer empecilhos que impliquem em prejuízos a eventuais direitos de terceiros” (TJDF, Ap. Cív. 20030110983515, 6ª T., Rel. Dês. Ângelo Passareli, julg. 13.12.2006).

¹⁹ Art. 259. Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento Confira-se o entendimento da época, que não traduziu – diga-se entre parêntesis – a unificação plena do entendimento jurisprudencial: “O regime legal da separação patrimonial não proíbe que os cônjuges se associem, e reunam os bens adquiridos por sua atividade comum” (STF, RE 8.984, Pleno, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julg. 8.11.1948).

²⁰ Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

- I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
- II - da pessoa maior de sessenta anos;
- III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.

defensores em doutrina²¹ e jurisprudência²². Em sentido contrário, afirma-se que, a despeito da revogação do art. 259, a Súmula 377 fundamenta-se nos princípios da solidariedade social e do enriquecimento sem causa: “Em se tratando de regime de separação de bens, os aqüestos provenientes do esforço comum devem se comunicar, em exegese que se afeiçoa à evolução do pensamento jurídico e repudia o enriquecimento sem causa, estando sumulada pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula 377). Impõe-se manter o entendimento jurisprudencial do STF substanciado na Súmula 377, segundo o qual no regime de separação legal de bens comunicam-se os bens adquiridos na constância da sociedade conjugal”.²³

Para se definir, no entanto, o espectro de incidência do enunciado em questão, há que se atentar para as distintas hipóteses de separação legal enumeradas nos três incisos do artigo 1.641: I - pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II - pessoa maior de sessenta anos; III - os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Se a *ratio* da construção jurisprudencial traduz, inegavelmente, preocupação com a prevalência do princípio da solidariedade, há de se vincular a incidência do enunciado às hipóteses em que a imposição do regime patrimonial perdure e seja merecedora de tutela. Assim sendo, em relação aos incisos I e III, o enunciado deve prevalecer enquanto persistirem os impedimentos legais. Ou seja: o enunciado n. 377 do STF aplica-se aos casos de pessoas que contraíram matrimônio em inobservância de causa suspensiva de celebração, ou de pessoas que dependam de suprimento judicial, *enquanto se verificarem as causas estabelecidas pela lei* para a aplicação do regime de separação total. Cessados os impedimentos ou incapacidades, mostra-se possível a alteração do regime de bens, tornando-se injustificada a comunicação dos aqüestos. Vale dizer: superado o impedimento ou

²¹ “Assim, pela análise global das regras propostas no novo Código, a Súmula nº 377 não sobrevive, impedindo a aplicação dos princípios da comunhão quando imposta a separação obrigatória nos casamentos realizados a partir da vigência do Código Civil de 2002 ” (Francisco José Cahali, *A Súmula nº 377 e o Novo Código Civil e a mutabilidade do regime de bens*, In *Revista do Advogado* n. 76, São Paulo: AADV, p. 29). Confira-se, ainda, Silmara Juny Chinelato, *Comentários ao Código Civil*, vol. XVIII, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 398.

²² “Na verdade, a súmula 377, editada antes da promulgação da Carta Constitucional de 1988, é fruto da interpretação pela Corte Constitucional do art. 259 do Código Civil de 1916, que se encontra, como é de sabença, ab-rogado. (...) Consequentemente, como nao se pode falar em revogação de súmula por ato legislativo, é evidente que a de nº 377, simplesmente, perdeu sua eficácia” (TJRJ, Ag. Instr. 2007.002.06080, 1ª CC, Rel. Des. Maldonado de Carvalho, julg. 29.5.2007).

²³ Ricardo Fiuza, *Relatório Geral da Comissão Especial do Código Civil*, apud, Silmara Juny Chinelato, cit., p. 291. Nesse sentido, confira-se a seguinte decisão: “Apelação cível. Partilha. Separação obrigatória de bens. Súmula 377 do STF. Ainda que o casamento tenha sido celebrado pelo regime da separação obrigatória de bens (art. 258, parágrafo único, inc. I, do CC/16), é devida a partilha igualitária do patrimônio adquirido na sua constância, com base no princípio da solidariedade e a fim de evitar a ocorrência de enriquecimento ilícito de um consorte em detrimento de outro. Aplicação da Súmula 377 do STF. Nesse passo, merece destaque o entendimento exposto pelo Superior Tribunal de Justiça, no primeiro julgado acima colacionado, em manifesta renovação da orientação contida na Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, referente aos casamentos celebrados pelo regime da separação legal de bens -, agora embasada, não só no princípio da vedação do enriquecimento ilícito, mas também no princípio da solidariedade, que deve nortear as relações familiares” (TJRS, Ap. Cív. 70019801034, 7ª CC, Rel. Des. Maria Berenice Dias, julg. 8.8.2007).

incapacidade, o regime da separação somente será mantido se expressar a vontade das partes, equivalendo ao regime de separação legal voluntária, hipótese em que, à evidência, não se justificaria a comunicação patrimonial coativa.

Em relação ao inciso II, contudo, diverso há de ser o entendimento, já que não se justifica, axiologicamente, a restrição imposta pelo dispositivo aos maiores de 60 anos, daqui resultando, por maioria de razão, a inaplicabilidade do enunciado. De fato, o dispositivo legal estabelece injustificada restrição à liberdade pessoal do sexagenário, submetendo-o a verdadeira *interdição compulsória*, em despreço ao princípio da igualdade positivado no artigo 5º, *caput*, da Carta Constitucional. Daí a crítica veemente da doutrina: “das hipóteses em que a lei determina o regime de separação obrigatória de bens, a mais desarrazoada é a que impõe tal sanção aos nubentes maiores de 60 anos (CC. 1.641, II), em flagrante afronta ao Estatuto do Idoso. A limitação da vontade, em razão da idade, longe de se constituir uma precaução (norma protetiva), se constitui em verdadeira sanção”.²⁴

Sobre o tema, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, destaque-se o entendimento jurisprudencial capitaneado pelo então Desembargador Cezar Peluso, no sentido da perda de validade do preceito com o advento da Constituição de 1988: “o disposto no art. 258, § único, II, do Código Civil, refletindo concepções apenas inteligíveis no quadro de referências sociais doutra época, não foi recepcionado, quando menos, pela atual Constituição da República, e, portanto, já não vigendo, não incide nos fatos da causa. É que seu sentido emergente, o de que varão sexagenário e mulher quinquagenária não têm liberdade jurídica para dispor acerca do patrimônio mediante escolha do regime matrimonial de bens, descansa num pressuposto extrajurídico óbvio, de todo em todo incompatível com as representações dominantes da pessoa humana e com as conseqüentes exigências éticas de respeito à sua dignidade, à medida que, por via de autêntica ficção jurídico-normativa, os reputa a ambos, homem e mulher, na situação típica de matrimônio, com base em critério arbitrário e indução falsa, absolutamente incapazes para definirem relações patrimoniais do seu estado de família”.²⁵

²⁴ Maria Berenice Dias, *Manual de Direito das Famílias*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 229.

²⁵ TJSP, Ap. Cív. 007.512-4/2-00, 2ª CC, Rel. Des. Cezar Peluso, julg. 18.8.1998. E remata: “A *ratio legis*, que uníssonas lhe reconhecem a doutrina e a jurisprudência, vem do receito político, talvez compreensível nos curtos horizontes culturais da sociedade arcaica dos séculos anteriores, de que, pela força mecânica e necessária de certo número de anos, estipulado, sem nenhum suporte científico nem fundamentação empírica, de maneira diversa para cada sexo, assim o homem, como a mulher, poso que em idades diferentes, já não estariam aptos para, nas relações amorosas, discernir seus interesses materiais e resistir à cupidez inevitável do consorte. (...) Noutras palavras, decretou-se, com vocação de verdade legal perene, embora em assunto restrito, mas não menos importante ao destino responsável das ações humanas, a incapacidade absoluta de quem se achasse, em certa idade, na situação de cônjuge, por deficiência mental presumida *iuris et de iure* contra a natureza dos fatos sociais e a inviolabilidade da pessoa. Essa regra anacrônica e caprichosa argúi a consciência jurídica contemporânea, a qual não pode tolerar consagração nomológica de um preconceito injurioso e rebarbativo, mal dissimulado sob a aparência de presunção legal absoluta que, não correspondendo à verdade dos fatos ordinários nem comportando justificação autônoma, assume os contornos de ficção ilegítima, suscetível de invalidação judicial”. No mesmo sentido, já na vigência do atual Código Civil, confira-se: “Efetivamente, é a aplicação da regra do § 1º do art. 5º da Constituição Federal, que impõe a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, pois, como apontando pelo v. acórdão, a prática da

5. O alcance dos pactos antenupciais.

Autoriza o artigo 1.639 do Código Civil²⁶ aos nubentes a fixação prévia de normas relativas ao regime de bens, não havendo qualquer restrição ao estabelecimento de regimes híbridos ou mesmo de outra forma não prevista em lei.²⁷ Discute-se, no entanto, acerca dos limites impostos aos pactos antenupciais, ou seja, quais seriam as questões passíveis de regulação no acordo pré-nupcial.²⁸ As anotações comumente tecidas pela doutrina não se afiguram suficientes para solucionar os inúmeros problemas daí decorrentes, limitando-se a sublinhar: (i) a necessidade de levar o pacto a registro para que tenha eficácia perante terceiros²⁹; e (ii) a limitação genérica, muitas vezes tratada com superficialidade, que veda ao acordo antenupcial contrariar disposições legais.³⁰

Ao aprofundar-se no tema, indaga-se, em primeiro lugar, se o conteúdo do pacto antenupcial deve se limitar às relações patrimoniais ou se é lícito aos nubentes dispor sobre situações jurídicas existenciais.³¹ Para muitos autores, o

dispensa discriminatória por idade confrontou o princípio da igualdade contemplado no caput do art. 5º da Constituição Federal” (TST, Recurso de Revista 462.888/1998.0, julg. em 10.9.2003).

²⁶ Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

²⁷ “A liberdade de estruturação do regime de bens, para os nubentes, é total. Não impôs a lei a contenção da escolha apenas a um dos tipos previstos. Podem fundir tipos, com elementos ou partes de cada um; podem modificar ou repelir normas dispositivas de determinado tipo escolhido, restringindo ou ampliando seus efeitos; podem até criar outro regime não previsto na lei (...)” (Paulo Luiz Netto Lobo, *Código Civil Comentado*, vol. XVI, São Paulo: Atlas, 2003, p. 232).

²⁸ Esta não se constitui, de fato, a única discussão sobre a matéria. Debate-se, em jurisprudência, acerca da eficácia do pacto antenupcial que estabelece o regime de separação de bens, existindo decisões que, minoritariamente, desprezam o ajustado pelos nubentes, aplicando a Súmula 377 do STF, estabelecendo a comunhão dos bens adquiridos durante o casamento (Sobre este debate, confira-se interessante Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, em que se verificam dois posicionamentos distintos: STJ, REsp 404.088, 3ª T., Rel. Min. Castro Filho, Rel. P/ Acórdão Min Humberto Gomes de Barros, julg. 17.4.2007). Ressalte-se que, conforme afirmado anteriormente, o entendimento segundo o qual a Súmula n. 377 possui aplicação em casos de regime de separação escolhido pelos cônjuges deve ser afastado.

Outro debate que se coloca refere-se à eficácia ou não do pacto nupcial ajustado quando os nubentes não chegam a celebrar o matrimônio, mas estabelecem união estável, existindo decisões que o consideram eficaz (TJRS, Ap. Cív. 70016647547, 8ª CC, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, julg. 28.9.2006) e outras que entendem não ser aplicável à relação estabelecida (TJRS, Ap. Cív. 70018847160, 7ª CC, Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, julg. 13.6.2007).

Por fim, verifica-se que, muitas vezes, a jurisprudência relativiza os rigores das exigências formais legalmente estabelecidas para a eficácia do pacto, privilegiando a vontade das partes, conferindo eficácia à vontade manifestada pelas partes na certidão e não em pacto antenupcial registrado (TJRS, Ap. Cív. 70010644169, 8ª CC, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, julg. 17.2.2005) ou, considerando as circunstâncias fáticas preponderantemente ao ajustado no pacto (STJ, REsp 680.738, 4ª T., Rel. Min. Jorge Scartezini, julg. 16.12.2004.).

²⁹ É o que dispõe o art. 1.657 do Código Civil: “As convenções antenupciais não terão efeito perante terceiros senão depois de registradas, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges”.

³⁰ Art. 1.655. É nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei.

³¹ Leciona sobre o assunto o Professor Pietro Perlingieri: “De um ponto de vista objetivo, a situação é um interesse que, essencial à sua existência, constitui o seu núcleo vital e característico. Interesse que pode ser ora patrimonial, ora de natureza pessoal e existencial, ora um e outro juntos (...). No ordenamento dito privatístico encontram espaço sejam as situações patrimoniais e entre essas a propriedade, o crédito, a

pacto, por sua própria natureza, destina-se exclusivamente a regular os direitos patrimoniais dos cônjuges.³² Segundo esse entendimento, cláusulas que flexibilizem, suprimam ou estabeleçam deveres extraconjugais jamais se poderiam considerar válidas.³³

De outra parte, no entanto, sustenta-se inexistir óbice para o ajuste de matéria extra patrimonial, sendo esta a legítima vontade das partes. Como observado em doutrina, “nada impede que os noivos disciplinem também questões não patrimoniais. Ora, se a lei impõe deveres e assegura direitos ao par, não há qualquer impedimento a que estipulem encargos outros, inclusive sobre questões domésticas”.³⁴ De fato, não se verifica, como linha de princípio, impedimento para que se repute válidas cláusulas que estabeleçam regramento da vida espiritual dos cônjuges, que se valem do pacto para fixar aspectos que lhes pareçam relevantes para a vida em comum.

Maior dificuldade, contudo, resulta da análise de cláusulas que afastam deveres tradicionalmente considerados essenciais à vida conjugal.³⁵ No que tange aos deveres atinentes à solidariedade conjugal, como a mútua assistência, ou aos deveres decorrentes da autoridade parental, que alcançam a pessoa dos filhos, não há dúvida quanto à sua indisponibilidade. Mas no que tange às formas de vida a dois, especialmente quanto à fidelidade e à coabitação, há de se examinar, caso a caso, a seriedade do pacto, de modo que, caso não violem a dignidade da pessoa dos cônjuges e o princípio da isonomia, não parece haver, *a priori*, óbice na ordem pública para a sua admissão.

No campo das relações patrimoniais, controvérsia delinea-se quanto às cláusulas que prevejam indenizações para o caso de infidelidade de um dos cônjuges ou para o caso de término da união. Também aqui não parece persistir impedimento legal apriorístico para tal avença, como observado em

empresa, a iniciativa econômica privada; sejam aquelas não patrimoniais (os chamados direitos da personalidade) às quais cabe, na hierarquia das situações subjetivas e dos valores, um papel primário” (Pietro Perlingieri, *Perfil do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil-Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 106).

³² “O pacto tem um conteúdo eminentemente patrimonial. Recaindo sobre o patrimônio, não apenas deve constar a escolha do regime, como pode também conter outras disposições patrimoniais (...)” (Luiz Edson Fachin, *Direito de Família: Elementos críticos à luz do Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 187). No mesmo sentido Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, vol. VIII, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 241: “É nula a cláusula: I) Que contenha ilicitude ou imoralidade, isto é, que seja contra bonos mores, pois o ser contra direitos conjugais ou paternos não esgota a lista, às vezes instável, do ilícito e do imoral. Cabe ao juiz auscultar a ordem jurídica, apreciando o ato ou a cláusula, conforme as concepções dominantes no seu círculo social”.

³³ “Em primeiro lugar, fazendo lavrar pacto antenupcial, devem os nubentes ater-se, tão-somente, às *relações econômicas*, não podendo ser objeto de qualquer estipulação os direitos conjugais, paternos e maternos” (Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*, vol. II, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 193).

³⁴ Maria Berenice Dias, *Manual de Direito das Famílias*, cit., p. 217.

³⁵ “Da mesma forma, será ineficaz a previsão que contenha liberação dos cônjuges do dever de fidelidade ou coabitação”. Silvio Rodrigues, cit., vol. 6, p. 139. No mesmo sentido: “Assim seriam ineficazes quaisquer cláusulas ou contratos matrimoniais que admitissem a infidelidade conjugal, que dispensasse os principais deveres conjugais, como a mútua assistência, o sustento, a guarda e a educação dos filhos, o respeito e a mútua consideração (...)” (Rolf Madaleno, *O Direito Adquirido e o Regime de Bens*, cit., pp. 30-31).

doutrina: “Descabido, outrossim, não se reconhecer válida cláusula em que se estabeleça indenização que um companheiro deva ao outro, no fim do relacionamento comum, o que tanto se poderá determinar com fundamento no simples fato da separação, querido por um dos parceiros, quanto no de sua culpa por ela. Em qualquer caso, não sendo a cláusula contrária aos bons costumes, à ordem pública ou aos princípios gerais de direito, estando as partes capacitadas a contratar, nenhuma razão existe a obstar que assim disponham”.³⁶

A definição quanto à validade dessas e outras cláusulas, formuladas por iniciativa das partes, seja no âmbito do casamento, seja em pactos atinentes a outras formações familiares, deve levar em consideração a função instrumental da família no desenvolvimento da pessoa humana. Serão merecedoras de tutela as cláusulas que promovam a dignidade de cada integrante da família à luz dos princípios constitucionais da solidariedade e da igualdade, os quais devem informar as comunidades intermediárias, de modo que o pluralismo de escolhas traduza a liberdade fundamental de cada um, como expressão de sua individualidade, a organizar a sua vida comunitária.³⁷

Note-se, de outra parte, em uma análise mais ampla, que o Código Civil instituiu vedação a qualquer tipo de interferência externa à família.³⁸ Essa proibição deve ser compreendida de forma ampla, possibilitando ao ordenamento a tutela das mais variadas formas de constituição da família, desprovida de preconceitos de qualquer tipo. Não é dado ao Estado impor a estrutura familiar que julgar acertada, sob pena restringir ilegítimamente a esfera de liberdade dos indivíduos.

Na esteira de tal raciocínio, cogita-se, inclusive, do reconhecimento das chamadas ‘famílias simultâneas’: “não cabe ao direito imiscuir-se na comunhão de vida constituída pela família, sendo lícito encetar os arranjos afetivos que atendam à dignidade intersubjetiva dos seus componentes; de outro, porém, se é dever do Estado proteger a família na pessoa de cada um de seus membros, impõe-se ao direito uma tutela que contemple uma dimensão coexistencial, em que não se proteja somente na esfera do desejo de um dos sujeitos, mas, sim, na dignidade intersubjetiva que deve constituir o *leitmotiv* de todas as relações humanas”.³⁹

³⁶ Antônio Carlos Mathias Coltro. Referências sobre o contrato de união estável. In: Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves (orgs.), *Questões Controvertidas no Novo Código Civil*, vol. 4, Rio de Janeiro: Método, 2005, p.

³⁷ Nesta direção, na perspectiva de tutela dos Direitos Humanos, Rodrigo da Cunha Pereira considera a aceitação das diversas formas de constituição da unidade familiar como corolário do direito individual à liberdade e do desenvolvimento pleno da pessoa, visando à inclusão de todos os seres humanos na sociedade (*Família, Direitos Humanos, Psicanálise e Inclusão Social*, In *Revista Brasileira de Direito de Família* n. 16, Porto Alegre: Síntese – IBDFAM, 2003, pp. 5 – 11). Para o autor, o paradigma há de se deslocar para o afeto: “A verdadeira liberdade é aquela em que os Sujeitos de Direito não estejam assujeitados aos ordenamentos jurídicos excludentes das diferentes e diversas formas de constituição de famílias, ou nos ordenamentos jurídicos que sobrepõem a forma à essência e ainda não consideram o afeto como norteador e condutor da organização jurídica sobre a família”.

³⁸ Art. 1.513: É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

³⁹ Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, *Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 187. Em sede jurisprudencial, o reconhecimento de

A matéria, evidentemente, é polêmica. Mas não se pode deixar de enfrentar, nos dias que passam, a realidade dos arranjos afetivos e as inúmeras formas, sérias e estáveis, de constituição de entidades familiares aptas à realização da pessoa e a expressar suas próprias escolhas existenciais, cuja tutela e promoção encontram fundamento nos princípios da isonomia, da solidariedade social e da democracia.

6. O Novo Regime de Participação final nos aqüestos.

Interessante inovação do Código Civil de 2002, o regime de participação final nos aqüestos apresenta-se ainda desconhecido na experiência jurídica brasileira, que ainda não o incorporou na prática cotidiana dos casamentos, a despeito de representar, por suas características, solução extremamente vantajosa para a disciplina patrimonial dos cônjuges. Elaborado com o objetivo de harmonizar o reconhecimento do esforço comum dos cônjuges e a liberdade individual na gestão dos próprios bens, afirma-se em doutrina que se trata de regime híbrido, por associar à administração típica do regime da separação total a comunicação do saldo dos aqüestos efetuados durante a vigência da sociedade conjugal.⁴⁰ A idéia central do regime é conferir aos cônjuges a livre administração de seus bens, garantindo-se, por outro lado, na hipótese de extinção do vínculo conjugal, a participação de cada um deles sobre o patrimônio residual.

Na experiência comparada, dentre os diversos países que incorporaram o regime de participação final nos aqüestos destacam-se os regimes francês e alemão.⁴¹ O primeiro caracteriza-se por equiparar a administração dos bens no

efeitos às famílias simultâneas encontra alguma resistência, como se denota de decisão proferida no Superior Tribunal de Justiça: “Mantendo o autor da herança união estável com uma mulher, o posterior relacionamento com outra, sem que se haja desvinculado da primeira, com quem continuou a viver como se fossem marido e mulher, não há como configurar união estável concomitante, incabível a equiparação ao casamento putativo” (STJ, REsp 789.293, 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julg. 16.2.2006). Há, no entanto, vozes favoráveis a sua tutela: “De todo descabido é afastar do âmbito da juridicidade um relacionamento que atendeu a todos os requisitos legais, sob o fundamento de que mantinha o varão também relacionamento com outra pessoa. Essa tentativa de singelamente não ver a realidade, tentar apagá-la do âmbito do direito, revela-se nitidamente conservadora e preconceituosa” (TJRS, Emb. Infr. 70003896099, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Des. Maria Berenice Dias, Rel. P/ Acórdão José Carlos Teixeira Giorgis, julg. 10.5.2002).

⁴⁰ Nesse sentido, Silvio Rodrigues: “Representa um regime híbrido, ou misto, ao prever a separação de bens na constância do casamento, preservando, cada cônjuge, seu patrimônio pessoal, com a livre administração de seus bens (...)” (Direito Civil, vol. VI, cit., p. 194). Também João Baptista Villela anota ser a classificação do regime como híbrido corrente em doutrina (in *Natureza do Regime de Participação Final nos Aqüestos e Fins do Casamento*, Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1977, p. 2. O texto se encontra disponível em ambiente eletrônico: <http://www.gontijo-familia.adv.br/tex035.htm>).

⁴¹ Outros ordenamentos incorporaram o regime de participação final nos aqüestos, como o espanhol, no qual se constitui um dos regimes convencionais. De acordo com o Código Civil Espanhol, aplica-se na constância do matrimônio o regime de separação legal, permitindo-se aos cônjuges a livre administração de seus bens (art. 1.413). Ao final da união, computam-se os aqüestos, através da diferença entre o patrimônio inicial e final de cada um, incluindo-se neste tanto os bens alienados gratuitamente sem o consentimento do outro cônjuge (exceto as liberalidades de uso), como os atos praticados em fraude de seus direitos (arts. 1.423 e 1.424), mas apenas em caso de inexistirem bens suficientes para o pagamento do crédito torna-se possível ao cônjuge-credor impugnar essas alienações. Nesses casos, ficam resguardados eventuais terceiros de boa-fé e as alienações a título oneroso (art. 1.433), que não podem ser

regime de participação final nos aqüestos à disciplinada no regime de separação total.⁴² A apuração dos aqüestos opera-se por meio da comparação entre os patrimônios inicial e final de cada cônjuge (arts. 1.569 a 1572 do Código Civil Francês), de forma que o cônjuge que detiver menor acréscimo patrimonial torna-se credor daquele que obteve soma superior. A meação é paga em dinheiro, incorporando-se ao montante devido o valor dos bens doados sem o consentimento do outro cônjuge ou alienados fraudulentamente. A possibilidade de reivindicação surge somente no caso de insolvência do cônjuge-devedor, como forma de assegurar a meação ao cônjuge-credor no caso dos bens não se mostrarem suficientes para o pagamento da dívida.⁴³

Assim como na França, no sistema alemão o regime da comunhão final nos aqüestos consubstancia-se no regime legal supletivo.⁴⁴ A comunhão apenas ocorre no fim da sociedade conjugal, pois, na constância do casamento, cada cônjuge possui patrimônio autônomo, administrando-o livremente. Restringe, contudo, o BGB (§§ 1.365 e 1.369) a liberdade do cônjuge quanto aos negócios jurídicos que envolvam a totalidade do patrimônio e os que se relacionem aos bens domésticos ou da economia doméstica a ele pertencentes, que componham o lar conjugal. O legislador germânico objetivou, assim, proteger a família, bem como o outro cônjuge, tornando ineficazes tais negócios jurídicos.⁴⁵ Estabelece, ainda, que os bens adquiridos em substituição a outros de uso doméstico que se deterioraram, perdendo seu valor, ou que não mais existem, tornam-se propriedade do cônjuge a quem pertencia os bens substituídos (§ 1.370). Ao final da sociedade conjugal, computam-se todos os aqüestos adquiridos na constância da relação, efetuando-se a compensação. No caso de morte de um dos cônjuges, contudo, a compensação realiza-se aumentando em $\frac{1}{4}$ o quinhão hereditário do cônjuge sobrevivente (§ 1.371, al. 1).

No Brasil, procurou-se, igualmente, conjugar as vantagens do regime de separação total de bens com os efeitos, no momento da extinção da sociedade conjugal, do regime de comunhão parcial. Algumas imperfeições legislativas, contudo, dificultam a assimilação do regime à prática jurídica.⁴⁶ Critica-se, em

atingidas pela ação do cônjuge prejudicado. Confirma-se, sobre a positivação do regime no ordenamento espanhol: Esther Algarra Prats, *El regimen económico-matrimonial de participacion*, Madri: La Ley, 2000.

⁴² Acerca do regime francês, confira-se: André Colomer, *Droit Civil: Regimes Matrimoniaux*, Paris: Litec, 1997, pp. 191 - 488.

⁴³ Assim dispõe o artigo 1.577 do Código Civil Francês: “*L'époux créancier poursuit le recouvrement de sa créance de participation d'abord sur les biens existants et subsidiairement, en commençant par les aliénations les plus récentes, sur les biens mentionnés à l'article 1573 qui avaient été aliénés par donation entre vifs ou en fraude des droits du conjoint*”.

⁴⁴ Sobre o sistema alemão, v. Wilfried Schüter, *Código Civil Alemão: Direito de Família*, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002, pp. 165 - 217.

⁴⁵ É o que anota a doutrina: “Com estas limitações do poder de disposição, deve ser, em primeira linha, evitado que um cônjuge possa privar a família da base de vida e do patrimônio; simultaneamente o outro cônjuge deve ser protegido da perda de futuras prerrogativas de compensação” (Wilfried Schüter, *Código Civil Alemão: Direito de Família*, cit., p. 169).

⁴⁶ Aliás, conforme aduz João Baptista Villela (*Natureza do Regime de Participação Final nos Aqüestos e Fins do Casamento*, cit.), a incorporação deste novo regime aos ordenamentos jurídicos acabou por descaracterizá-lo, prevendo-se figuras que não se coadunam com os objetivos teóricos que deram base à sua elaboração.

primeiro lugar, a forma de apuração dos aqüestos que, por envolver extensos cálculos contábeis, mostra-se assaz complexa, alcançando não somente os bens restantes no ato de dissolução, mas todos aqueles adquiridos na constância do casamento.⁴⁷

Faculta-se aos cônjuges, por outro lado, a livre administração de seus bens *móveis*, como se vivessem no regime de separação total, nos termos do art. 1.673, parágrafo único, do Código Civil. No que tange aos bens imóveis, no entanto, a liberdade de gestão é ameaçada seja pela interpretação a *contrario sensu* da norma acima aludida (art. 1.673, parágrafo único), seja pela regra do art. 1.647, inciso I, segundo a qual, à exceção do regime de separação absoluta, faz-se necessária a autorização do cônjuge para atos de alienação. Tal exigência revela-se infeliz e desnatura o regime, o qual se mostra útil justamente por permitir a liberdade de administração dos patrimônios individuais de cada cônjuge.

Mais grave ainda, o art. 1.675 autoriza a reivindicação, pelo cônjuge prejudicado, do bem doado pelo outro a terceiros durante a vigência da sociedade conjugal.⁴⁸ Trata-se de dispositivo amplamente criticado em doutrina, já que prevê a possibilidade de ingerência do cônjuge prejudicado na esfera jurídica de terceiros independentemente da verificação dos requisitos para a caracterização de fraude.⁴⁹ Registre-se, ainda, a atecnia na referência à reivindicação na medida em que, a rigor, a alienação se operou por quem se constituía efetivo proprietário do bem, sendo o cônjuge prejudicado, nesse caso, titular de mera expectativa de direito, não já meeiro. Em outras palavras, “se o ato de disposição se fez por quem era proprietário exclusivo, falar de ação reivindicatória aqui é manifestamente impróprio, já que falta então um de seus pressupostos mínimos: o domínio do autor”.⁵⁰

⁴⁷ Paulo Luiz Netto Lôbo, *cit.*, pp. 319 - 320.

⁴⁸ Em dissertação de Mestrado, José Carlos Zebulum debruçou-se sobre o tema do regime de participação final nos aqüestos e ressaltou a importância da autorização nos casos de alienação gratuita, tendo em vista o escopo protetivo da família: “Portanto, diferentemente do que ocorre no regime de separação de bens, no regime de participação nos aqüestos, a prática de atos de disposição a título gratuito por um dos cônjuges pode acarretar efetivo prejuízo aos interesses do outro quanto à eventual compensação de aqüestos, sendo razoável, portanto, a exigência de outorga. (...) Tais limitações têm em vista a manutenção da dignidade da família, evitando-se que um dos cônjuges possa, por ato unilateral, privar a entidade familiar de parcela substancial do patrimônio do casal, ou mesmo de bens que se encontram afetados à manutenção das atividades básicas da família” (*O Regime de Participação Final nos Aqüestos*, Dissertação de Mestrado defendida pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2007, pp. 138 e 139).

⁴⁹ Mais uma vez anota Zebulum: “A atribuição, ao cônjuge prejudicado, da opção entre a recomposição fictícia do patrimônio do doador, e a reivindicação do bem, atenta, desnecessariamente, contra a segurança das relações jurídicas, uma vez que a via da reivindicação só se justificaria quando o patrimônio do cônjuge do doador se revelasse insuficiente para o pagamento dos aqüestos eventualmente devidos, que obviamente seriam acrescidos pela inclusão contábil do bem no patrimônio de onde fora alienado” (*cit.*, p. 253). No mesmo sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo: “A lei prevê uma estranha reivindicação de coisa futura. O cônjuge é apenas titular de um direito expectativo dependente de um evento futuro (dissolução da sociedade conjugal) e, todavia, pode reivindicar o que ainda não é seu. (...) Melhor andaria o legislador se ficasse adstrito à regra geral da nulidade do ato, pois, nesse caso, o outro cônjuge é titular de direito próprio, a saber, o de autorizar a doação de bem que integrará sua futura meação” (*cit.*, pp. 328 - 329).

⁵⁰ João Baptista Villela, *Natureza do Regime de Participação Final nos Aqüestos e Fins do Casamento*, *cit.*, p. 3. Procurou-se defender o dispositivo afirmando que os bens que menciona são, na verdade, comuns (Silmara Juny Chinelato, *cit.*, p. 375). No entanto, falar-se em bens comuns em um regime que se assemelha, enquanto vigente a sociedade conjugal, ao de separação total, parece impróprio.

De todo modo, a solução para tal equívoco parece ser a inclusão, no pacto, da prerrogativa conferida aos cônjuges pelo art. 1.656, *in verbis*: “No pacto antenupcial, que adotar o regime de participação final nos aqüestos, poder-se-á convencionar a livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares”. Assim sendo, uma vez estabelecida, por livre acordo entre as partes, a livre disposição dos bens imóveis, seja a título gratuito ou oneroso, tem-se por afastada tanto a vedação à alienação de bens imóveis sem a outorga conjugal – que se extrai da interpretação a *contrario sensu* do parágrafo único do art. 1.673, como acima aludido –, quanto a ameaça de reivindicação no caso de alienações gratuitas realizadas por um dos cônjuges, nos termos do art. 1.675.

Sublinhe-se, ao propósito, que, no sistema francês, a segurança das relações com terceiros é prestigiada mesmo em hipóteses patológicas, prevendo o art. 1.573 do *Code* a participação fictícia dos bens doados sem o consentimento do outro cônjuge ou alienados fraudulentamente na apuração dos aqüestos.⁵¹ Assim sendo, os valores de tais bens são incorporados à meação, constituindo essa incorporação a única consequência da doação ou alienação sem consentimento. A possibilidade de reivindicação surge somente quando se caracteriza a insuficiência dos bens do cônjuge-alienante para o pagamento dos créditos resultantes da apuração dos aqüestos, ou seja, quando se verifica a insolvência do cônjuge-devedor. Essa hipótese extrema assemelha-se ao previsto no Código Civil Brasileiro como fraude contra credores.⁵²

⁵¹ Art. 1.573 : “Aux biens existants, on réunit fictivement les biens qui ne figurent pas dans le patrimoine originaire et dont l'époux a disposé par donation entre vifs sans le consentement de son conjoint, ainsi que ceux qu'il aurait aliénés frauduleusement. L'aliénation à charge de rente viagère ou à fonds perdu est présumée faite en fraude des droits du conjoint, si celui-ci n'y a consenti”.

⁵² Prevê o Código Civil Francês: “Art. 1.167. Ils [credores] peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. Ils doivent néanmoins, quant à leurs droits énoncés au titre ‘Des successions’ et au titre ‘Du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux’, se conformer aux règles qui y sont prescrites”.