
DAS NOÇÕES GERAIS DOS REGIMES MATRIMONIAIS DE BENS

GENERAL CONCEPTS OF MATRIMONIAL PROPERTY REGIMES

Mariana Souza Delazari¹

Orientador: Prof.º Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior²

RESUMO

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

PALAVRAS-CHAVE: 1. Regime de bens 2. Casamento. Comunicabilidades 3. Incomunicabilidades 4. Princípios 5. Pacto antenupcial 6. Regime legal

ABSTRACT

This study aims to establish a study on property regimes in force between spouses during their marriage. The marriage, a legitimate way of constituting a family can not subsist without a property regime that governs the property relations between spouses and with the others. The contractors are free to choose the system that seems the best to them, among the four that the legislation puts at disposal besides the possibility of formulating its own rules. However, in their silence, the law imposes a partial property regime, being therefore the supplementary regime. In spite of the freedom of choice, not all of the intending spouses have this opportunity because the law imposes to them the separate property regime because they did not observe the suspension causes before getting married, or for all those who depend on the court's supply or even for the ones with more than sixty years. In the same way, this study aimed to establish the provisions relating to everyday situations that involve marriage and therefore the property regime adopted by the spouses.

¹ Graduada em Direito (Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM /Marília-SP). Estudante. E-mail: mariana.delazari@yahoo.com.br

² Professor do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM (Marília-SP).

KEYWORDS: 1. Property regimes 2. Marriage 3. Communicability 4. Incommunicability. Principles 5. Covenant marriage contract 6. Statutory regime

INTRODUÇÃO

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

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

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

Código Civil Brasileiro lhes confere grande valor.

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

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CARACTERIZAÇÃO

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

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

Fora os bens particulares da mulher

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

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

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

O atual Código, já sob a égide da Constituição Federal de 1988, que

equiparou homens e mulheres em direitos e deveres, suprimiu o regime dotal, mas manteve os outros três (comunhão universal, comunhão parcial, separação) e inovou com a participação final nos aquestos.

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

1.1 Conceito

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

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

sendo adotado o da comunhão parcial caso de nada disponham os contraentes. Assim nos ensina Arnaldo Rizzardo:

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

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

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

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

Do exposto, notamos na doutrina um conceito pacificado e objetivo acerca do regime de bens e, por conseguinte, concluímos ser o estatuto que regula os

interesses patrimoniais dos cônjuges, tanto entre eles como em relação a terceiros, que vigorará na constância do casamento.

1.2 Princípios Fundamentais

1.2.1 Princípio da vigência imediata

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

1.2.2 Princípio da autonomia da vontade ou Princípio da livre estipulação

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

É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II - da pessoa maior de sessenta anos;

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

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

1.2.3 Princípio da variedade de regimes

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

Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código

regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.

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

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

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

1.2.4 Princípio da mutabilidade motivada

Anteriormente, pelo Código de

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

O Código Civil de 2002 inovou ao prever o contrário, a mutabilidade motivada conquanto haja consenso entre os cônjuges e não prejudique a terceiros, no parágrafo segundo do art. 1.639 estabelecendo que “é admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”.

1.3 Disponibilidade do Patrimônio e sua Administração

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

1.3.1 Atos praticados livremente

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

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

I - praticar todos os atos de disposição e de administração necessários ao desempenho de

sua profissão, com as limitações estabelecida no inciso I do art. 1.647;

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

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

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

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

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

No pensamento de Paulo Nader “o casamento não deve ser uma camisa-de-força a impedir o trabalho, as atividades fora do lar, iniciativas no âmbito profissional, pelo homem ou pela mulher.” E ainda completa,

“há interesse social na ausência de barreiras ao exercício da profissão.” (2006, p. 446).

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

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

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

Para Fábio Ulhoa Coelho, aval “é o ato cambiário pelo qual uma pessoa

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

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

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

totalmente a fiança emprestada.
Recurso desprovido.

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

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

AVALISTA - Outorga uxória
- Com o novo Código Civil o aval válido de pessoa casada necessita da autorização prévia do outro cônjuge - Mas o aval não se equipara à fiança; não é nulo o aval de pessoa casada sem consentimento do outro cônjuge
- Pode ser invalidado pelo outro

cônjuge que não deu consentimento para o aval (exceto se o casamento deu-se pelo regime da separação absoluta de bens - art. 1.647, III, do novo Código Civil) - O avalista não pode pleitear a ineficácia do aval por falta de outorga uxória - Rejeitada a arguição de carência de execução em relação ao avalista.

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

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

uma união estável e não de um concubinato adúltero. Ao preceituar tempo da separação de fato em cinco anos, o inciso V contraria a norma regulamentadora da união estável que não estabelece tempo mínimo para sua constituição.

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

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

A referência é ao “concubino” ou ao “cúmplice” de relação adúltera, figuras que só existem durante a vigência do casamento. Pode-se concluir, assim, que somente as doações e transferências feitas antes da separação de fato é que estariam sujeitas à anulação. No entanto, a referência a bens comuns (CC 1.642 V) permite pensar que estão sujeitas a

desconstituição as liberalidades levadas a efeito depois da cessação da vida em comum mas antes da partilha de bens. Diga-se o mesmo quanto à referência ao “esforço do concubino” para a aquisição do bem, a evidenciar que se trata de bem adquirido depois da cessação da convivência conjugal, quando não mais cabe falar em “bem comum” (2007, p. 212).

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

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

É cedido na jurisprudência que os bens de cada um dos cônjuges (ou companheiros) não respondem

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

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

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

a preservação referente à metade
ideal do bem imóvel em questão.
Recurso parcialmente provido.

1.3.2 Atos que dependem da anuência do cônjuge

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

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

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

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

III - prestar fiança ou aval;

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

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

Assim sendo, é vedado ao cônjuge alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis, ainda que sejam bens particulares,

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

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

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

No entanto, conforme anteriormente mencionado, no exercício da profissão, a anuência do cônjuge é dispensada no intuito de não colocar obstáculos ao seu exercício e,

por esse motivo, temos no art. 978 do Código Civil que “o empresário casado pode, sem necessidade de outorga conjugal, qualquer que seja o regime de bens, alienar os imóveis que integrem o patrimônio da empresa ou gravá-los de ônus real”.

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

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

Por fim, é proibido que o consorte faça doação de bens comuns ou dos que possam integrar futura meação, não sendo remuneratória. As doações remuneratórias estão excluídas porquanto são consideradas uma contraprestação, pagamento. Igualmente ficam excluídas da regra, as doações realizadas em benefício dos filhos. Para Carlos Roberto Gonçalves, a regra contida

neste inciso abrange apenas os bens móveis já que aos imóveis foi reservado o inciso I (2005, p. 401).

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

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

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

A posterior aprovação do cônjuge que antes se negava a concedê-la válida o ato, porém, para tanto, deve ser feita através de instrumento público ou particular desde

que autenticado, nos termos do parágrafo único do art. 1.649.

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

1.3.3 Administração do patrimônio comum e particular

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

A lei aponta possíveis soluções para as hipóteses nas quais um dos cônjuges está privado de exercer a administração dos

bens do casal, bem como dos seus próprios, incumbindo ao outro esta tarefa, nos termos do art. 1.570:

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

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

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

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

usufrutuário, nem administrador.

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

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

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

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

1.4 Doações Antenupciais e Doações entre

os Cônjuges

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

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

Insta salientar que fica vedada a doação realizada pelo cônjuge adúltero ao seu concubino, de acordo com o inciso V do art. 1.642 do Código Civil, bem como a doação ao cônjuge se estes forem casados pelo regime da separação obrigatória de bens, pois desta forma estaria burlando a imposição legal do regime. Assim decidiu a Quarta

Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Cível nº 229.566-4/7-00, julgada em 09 de março de 2003:

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

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

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

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

ANULAÇÃO DE NEGÓCIO

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

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

A doação feita em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa, quer pelos

nubentes entre si, quer por terceiro a um deles, a ambos, ou aos filhos que, de futuro, houverem um do outro, não pode ser impugnada por falta de aceitação, e só ficará sem efeito se o casamento não se realizar.

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

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

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Doação com reserva de usufruto e cláusula de incomunicabilidade e reversão no tocante a duas donatárias - Falecimento da doadora - Jurisdição voluntária

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

1.5 Venda de Bens entre os Cônjuges

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

É estranha, mas não inviável, a compra e venda entre cônjuges. Com muita raridade se trata do

assunto. Em vista da conceituação cada vez mais contratualista que vai assumindo o casamento, a tendência é considerar isoladamente o patrimônio de cada cônjuge (2007, p. 686).

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

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

Insta salientar que as regras relativas à venda de bens entre os cônjuges de igual forma são aplicadas aos companheiros, posto que a união estável pode adotar o regime da

comunhão parcial de bens ou mesmo regime diverso no contrato de convivência.

1.6 Sociedade Empresária entre os Cônjuges

Estabelece o art. 977 do Código Civil: “faculta-se aos cônjuges contratar sociedade entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória”. Referido artigo veda a sociedade empresária entre os cônjuges casados pela comunhão universal e separação obrigatória permitindo, portanto, àqueles casados sob a comunhão parcial, separação convencional e participação final nos aquestos. As vedações se justificam, no primeiro caso, em razão de que a massa patrimonial formada é única e, no segundo caso, porque permitiria a burla à lei.

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

Assim dispôs o art. 2.031 do Código Civil: “as associações, sociedades

e fundações, constituídas na forma das leis anteriores, bem como os empresários, deverão se adaptar às disposições deste Código até 11 de janeiro de 2007”.

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

MANDADO DE
SEGURANÇA - SOCIEDADE
REGULARMENTE
REGISTRADA NA JUNTA
COMERCIAL ENTRE MARIDO
E MULHER SUPERVENIÊNCIA
DO CÓDIGO CIVIL DE 2002
- ARTIGO 977 A PROIBIR
SOCIEDADE ENTRE
CASADOS NO REGIME DA
COMUNHÃO UNIVERSAL
OU NO DA SEPARAÇÃO
OBRIGATÓRIA - DIREITO
ADQUIRIDO DOS SÓCIOS
-SEGURANÇA CONCEDIDA
- APELO DA FAZENDA
DESPROVIDO CÓDIGO CIVIL
- ART. 977 DESNECESSIDADE
DE ADOÇÃO DE REGIME
DIVERSO DE CASAMENTO
- §20 DO ARTIGO 1639 DO
CC OU DE DESFAZIMENTO

DA SOCIEDADE OU DO
MATRIMÔNIO, PARA
CUMPRIR O PRECEITO DO
ARTIGO 977 – DIREITO
ADQUIRIDO DOS CÔNJUGES
QUEFORMARAMSOCIEDADE
ANTES DA VIGÊNCIA DO
NOVO CÓDIGO CIVIL - APELO
DA FAZENDA DESPROVIDO
– A vedação do artigo 977 do
CC não se aplica às sociedades
registradas anteriormente à
vigência da nova lei, mas incide
apenas para as sociedades a serem
constituídas após 11.1.2003. O
artigo 2031 do CC não incide
sobre sociedades entre cônjuges
cujos atos constitutivos sejam
anteriores ao advento da nova
normatividade, pois a eles socorre
o direito adquirido de índole
fundante e de ênfase explicitada
na Constituição de 1988, a partir
da alteração topográfica do
capítulo dos direitos e garantias
individuais.

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

1.7 Influência do Regime de Bens no Direito Sucessório

Não podemos confundir herança com meação pois, segundo Venosa (2003, p.

104), “a meação do cônjuge, não é herança. Quando da morte de um dos consortes, desfaz-se a sociedade conjugal”.

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

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PARTILHA. REGIME DE BENS. INEXISTÊNCIA DE MEAÇÃO SOBRE BEM CLAUSULADO. REGIME DE SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS.

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

No entanto, de acordo com o disposto no art. 1.830, o cônjuge sobrevivente apenas terá direito à herança do seu consorte falecido se no momento da morte deste último não estivessem separados judicialmente e tampouco separados de fato há mais de dois anos, ressalvada a prova neste caso de que a convivência tinha se tornado impossível sem culpa do sobrevivente. Para Carlos Roberto Gonçalves, “não se faz mais necessária, portanto, a separação judicial, para o afastamento do cônjuge sobrevivo, da relação sucessória”. E ainda completa, “podem os demais herdeiros, demandar

tal afastamento se comprovarem que os cônjuges estavam separados de fato há mais de dois anos” (2008, p. 162).

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

SUCESÕES. INVENTÁRIO. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. DIFERENÇA DE TRATO LEGISLATIVO ENTRE UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A PRECEITOS OU PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. 1.

A capacidade sucessória é estabelecida pela lei vigente no momento da abertura da sucessão. Inteligência do art. 1.787 do Código Civil. 2. O art. 226 da Constituição Federal não equiparou a união estável ao casamento civil, apenas admitiu-lhe a dignidade de constituir entidade familiar,

para o fim de merecer especial proteção do Estado, mas com a expressa recomendação de que seja facilitada a sua conversão em casamento. 3. Tratando-se de institutos jurídicos distintos, é juridicamente cabível que a união estável tenha disciplina sucessória distinta do casamento e, aliás, é isso o que ocorre, também, com o próprio casamento, considerando-se que as diversas possibilidades de escolha do regime matrimonial de bens também ensejam sequelas jurídicas distintas. 4. O legislador civil tratou de acatar a liberdade de escolha das pessoas, cada qual podendo escolher o rumo da sua própria vida, isto é, podendo ficar solteira ou constituir família, e, pretendendo constituir uma família, a pessoa pode manter uma união estável ou casar, e, casando ou mantendo união estável, a pessoa pode escolher o regime de bens que melhor lhe aprouver. Mas cada escolha evidentemente gera suas próprias sequelas jurídicas, produzindo efeitos, também, no plano sucessório, pois pode se submeter à sucessão legal ou optar por fazer uma deixa testamentária. 5. É possível questionar que a regulamentação do direito sucessório no Código Civil vigente talvez não seja a melhor, ou que a regulamentação posta na Lei nº 9.278/96 talvez fosse a mais adequada, mas são discussões relevantes apenas no plano acadêmico ou doutrinário, pois existe uma lei regulando a matéria, e essa lei não padece de qualquer vício, tendo sido

submetida a regular processo legislativo, sendo devidamente aprovada, e, como existe lei regulando a questão, ela deve ser cumprida, já que se vive num Estado democrático de direito. Recurso provido, por maioria, vencido o Relator.

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

1.8 Regime de Bens no Casamento de brasileiros realizado no Exterior

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

Assim, ainda que sejam brasileiros os cônjuges, se residirem em outro país, celebrando ali seu casamento e estabelecendo o seu domicílio, estão sujeitos à lei local. Da

mesma forma, estabelece o referido artigo que se os cônjuges, antes de celebrado o casamento, tiverem domicílios distintos, o regime de bens será regido pelas leis da localidade em que pretendem fixar seu domicílio conjugal. Nas palavras de Arnaldo Rizzardo:

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

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

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

Igualmente, é vedado aos cônjuges,

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

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

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

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

art. 7º da LICC supracitado.

2 BENS ADQUIRIDOS DURANTE A SEPARAÇÃO DE FATO

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

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

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

APELAÇÃO CÍVEL.
ANULAÇÃO DE PARTILHA.
SEPARAÇÃO DE FATO.

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

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

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

2.1 Reconciliação dos separados judicialmente

Os separados judicialmente podem reconciliar-se a qualquer momento, é o que estabelece o art. 1.577 do Código Civil Brasileiro: “seja qual for a causa da separação

judicial e o modo como esta se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer, a todo tempo, a sociedade conjugal, por ato regular em juízo” e seu parágrafo único dispõe que “a reconciliação em nada prejudicará o direito de terceiros, adquirido antes e durante o estado de separado, seja qual for o regime de bens”.

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Divórcio - Partilha de Bens - Agravante e agravada que foram casados entre 1.965 e 1.980 sob o regime de comunhão universal de bens – Separação Judicial homologada em 1.980 – Posterior reconciliação formal do casal em 1.994 (averbada no registro civil), com nova separação em 2.008. A reconciliação havida em 1.994 ocorre da mesma forma e sob o mesmo regime de bens do casamento (comunhão universal de bens) - Os bens amealhados por ambos os cônjuges no período

compreendido entre a primeira separação judicial em 1.980 e o divórcio em 2.008 também integram o patrimônio comum por força do regime de bens adotado, que passou a vigorar novamente com a reconciliação - Decisão Mantida – Recurso Improvido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao pesquisar acerca das regras gerais atinentes a todos os regimes de bens, nota-se que seu conceito é ponto pacífico na doutrina, não havendo divergências a este respeito. O Código Civil elenca um total de quatro princípios a serem seguidos pelos nubentes quando da escolha do regime matrimonial de bens. O da vigência imediata constitui norma de caráter público e, por conseguinte, não pode ser alterado pela simples manifestação da vontade das partes. A livre estipulação confere autonomia aos nubentes para decidir qual dos regimes de bens elencados na legislação melhor lhes cabe bem como lhes permite estabelecer regras próprias; contudo, referidas regras não podem, de nenhuma maneira, contrariar as normas cogentes, estas últimas imodificáveis pelo bel-prazer das partes.

Pelo princípio da variedade de regimes, intimamente ligado ao princípio anterior, o Código Civil coloca à disposição dos contraentes quatro regimes de bens, cada

qual com suas características peculiares. Por fim, trata da mutabilidade motivada de regimes, atualmente permitida pela legislação civil uma vez presentes os requisitos.

Ao analisar a administração e disponibilidade do patrimônio, foram elencados dois tipos de atos: aqueles que dependem da anuência do consorte salvo, se casados pela separação total, e os que podem ser praticados livremente em qualquer que seja o regime adotado. No tocante aos primeiros, a lei conferiu maior importância às hipóteses de elevado valor econômico, protegendo dessa forma o patrimônio familiar constituído ao longo dos anos ao estabelecer atos que, para serem praticados por um dos cônjuges, devem ser consentidos pelo outro. Não obstante, negando-se de maneira injustificada um dos cônjuges a prestar sua anuência, pode o outro recorrer às vias judiciais no pleito do suprimento conferido pelo magistrado.

Relativamente aos atos praticados independente da outorga do cônjuge, temos que o intuito da lei foi o de não engessar as atividades da pessoa casada tais como no exercício de sua profissão ou quanto aos bens particulares, bem como possibilitar a prática de atos que se contrapõem aos interesses do consorte. A administração dos bens particulares cabe ao cônjuge proprietário de tais bens e quanto aos bens do casal, pode

ser realizada por qualquer dos cônjuges e, na impossibilidade de um deles, compete automaticamente ao outro.

Além das regras gerais foram examinados alguns pontos presentes nos casamentos e portanto em qualquer dos regimes de bens. A questão da doação entre os cônjuges deve levar em conta a proibição aos casados pela separação obrigatória uma vez que significaria tentativa de burla à lei assim como a ineficácia da doação aos casados pela comunhão universal, a menos que contenha cláusula de incomunicabilidade. Constata-se também que terceiros podem fazer doações em favor de um ou de ambos os cônjuges, neste último caso o doador deve ser expresso neste sentido. Muito embora incomum e criticada por sobressaltar um caráter meramente patrimonial no casamento ao passo que este pressupõe comunhão de vidas, pode haver venda de bens particulares entre os cônjuges ainda que casados pela separação obrigatória, posto que constitui transmissão onerosa de patrimônio. A exceção vale para os casados pela comunhão universal, uma vez que inexistente patrimônio particular.

É permitido aos casados que estabeleçam sociedade empresarial entre si se o regime for o da comunhão parcial, separação convencional ou participação final nos aquestos, ficando vedada nos outros casos. Assim sendo, é possível que

os cônjuges decidam por mudar o regime de bens para que possam estabelecer entre si a sociedade.

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

Os brasileiros que se casarem no exterior, desde que no consulado, terão quanto ao regime de bens as mesmas prerrogativas dos casamentos realizados no Brasil uma vez que a lei aplicada no consulado é a nacional. Igualmente, aos casamentos de estrangeiros realizado no território brasileiro aplicam-se as leis nacionais.

A doutrina mostra-se pacífica no tocante aos bens adquiridos durante

a separação de fato que, obviamente, pertencem ao adquirente posto que põe fim ao regime de bens. Neste mesmo sentido, a reconciliação dos separados judicialmente retoma o casamento nos moldes anteriores, inclusive quanto ao regime de bens. Caso desejem alterá-lo, devem proceder ao pedido junto ao magistrado, se presentes os requisitos.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5.

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

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BRASIL, **Código Civil. Lei 10.406/02**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2006. v. III.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5.