ESTUDO SOBRE O REGIME LEGAL DE BENS BRASILEIRO

STUDY ON THE LEGAL REGIME OF BRAZILIAN

Yara Diwonko Brasil Chaves

RESUMO: O presente trabalho visa explicar o motivo da opção legislativa pela escolha do regime da comunhão parcial de bens para ser o regime legal no Brasil.

Palavras-chave: casamento; regime de bens; regime legal; regime subsidiário.

ABSTRACT: This paper aims to explain the reason for the legislative option for choosing the regime of partial communion of goods for the legal regime in Brazil.

Keywords: marriage; property regime; legal regime; subsidiary regime.

1. INTRODUÇÃO HISTÓRICA

Desde o século XIII, na França, o regime patrimonial entre os esposos era determinado por um contrato de casamento, por uma convenção antenupcial ou, na falta de ambos, pelo costume.

A Constituição francesa de 1791, dispôs sobre o nascimento (e não mais sobre o batismo), o casamento e o óbito como atos passíveis de registro, constatados por oficiais públicos, necessários a todos os habitantes.

O *Code* civil francês de 1804, nos artigos 34 a 101, consagrou a organização oficial e a sistemática sobre o registro de atos quanto ao estado civil. O contrato de casamento previa, no Código Civil francês de 1804, a comunhão universal como regime legal de bens.

Antes da revolução francesa, o que vigorava era o costume nas relações patrimoniais oriundas do casamento. Os costumes encerravam inúmeros regimes que podiam variar entre a separação de bens e a comunhão universal[1].

O Livro III, Título V, artigos 1387 a 1581 do atual Código Civil francês rege o contrato de casamento e os direitos dos cônjuges. O artigo 1387[2] dispõe que os

[1] Conf. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3a. Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

cônjuges podem celebrar o *contrat de mariage* ou convenção antenupcial em quaisquer termos, desde que não contrário aos bons costumes e de acordo com as disposições gerais estabelecidas pelo código.

Assim, o regime patrimonial dos cônjuges será aquele expresso na convenção por eles criada e apenas de modo supletivo, terá vigência o regime da comunhão legal.

As referidas convenções antenupciais, obrigatoriamente devem ser realizadas por escrito e na presença de um *notaire*[3], formando um contrato entre as partes não passível de modificação após o casamento."[4]

Em Portugal, até o século XIV, dois regimes de bens se destacaram: união de bens ou de arras e a comunhão geral. O regime de união de bens era composto pela entrega de arras à mulher, limitado a uma quantia máxima de acordo com o dote.

O segundo regime trazido para análise, comunhão geral de bens, foi muito utilizado no sul de Portugal. Muito semelhante à união de bens, nesse regime, os poderes de administração, da mesma forma, eram conferidos ao marido. Podia ele dispor dos bens móveis, mas necessitava de consenso para vender os imóveis.

---

[2] "*Article* 1387- *La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes moeurs ni aux dispositions qui suivent*." Código civil francês, Artigo 1387 – A lei não rege associação conjugal, quanto aos bens, que tiveram convenções especiais pelos cônjuges podendo fazer com eles o que julgarem adequado, desde que não seja contrário à boa moral nem às disposições que seguem. (tradução livre)

[3] "*Article* 1394- *Toutes les conventions matrimoniales seront rédigées par acte devant notaire, en la présence et avec le consentement simultanés de toutes les personnes qui y sont parties ou de leurs mandataires. Au moment de la signature du contrat, le notaire délivre aux parties un certificat sur papier libre et sans frais, énonçant ses nom et lieu de résidence, les noms, prénoms, qualités et demeures des futurs époux, ainsi que la date du contrat. Ce certificat indique qu'il doit être remis à l'officier de l'état civil avant la célébration du mariage. Si l'acte de mariage mentionne qu'il n'a pas été fait de contrat, les époux seront, à l'égard des tiers, réputés mariés sous le régime de droit commun, à moins que, dans les actes passés avec ces tiers, ils n'aient déclaré avoir fait un contrat de mariage."* Código civil francês, artigo 1394 - Todas as convenções matrimoniais serão redigidas por escritura pública, na presença e com o consentimento simultâneo de todas as pessoas que são parte ou de seus mandatários. No momento da assinatura do contrato, o notário dará às partes um certificado em papel livre e sem encargo, indicando seu nome e lugar de residência, os nomes, prenomes, qualidades e defeitos dos futuros cônjuges, e ainda a data do contrato. Esse certificado indica que ele deve ser entregue ao oficial do estado civil antes da celebração do casamento. Se o ato de casamento mencionar que não foi feito o contrato, os cônjuges serão, em relação à terceiros, reputados casados dob o regime de direito comum, a menos que, nos atos anteriores com esses terceiros, eles não tenham declarado ter feito um contrato de casamento. (tradução livre)

[4] "*Article* 1395- *Les conventions matrimoniales doivent être rédigées avant la célébration du mariage et ne peuvent prendre effet qu'au jour de cette célébration*."Código civil francês, artigo 1395- As convenções matrimoniais devem ser redigidas antes da celebração do casamento e não podem produzir efeitos até o dia desta celebração. (tradução livre)

As Ordenações Manuelinas, seguida pelas Ordenações Filipinas, elevaram o regime da comunhão de bens para regime supletivo do reino.[5]

Hodiernamente, o Código Civil português de 25 de novembro de 1966 organizou melhor os regimes de bens. O regime legal, conforme redação do artigo 1717[6], é o da comunhão de adquiridos.

Compõem o rol de regimes tipo do Código Civil português, além da comunhão de adquiridos (artigos 1721 a 1731), a comunhão geral (artigos 1732 a 1734), a separação de bens (1735 a 1737) e o regime dotal (artigos 1738 a 1752).

Os cônjuges podem ainda, realizar por meio de pacto qualquer outra forma de regime patrimonial, conforme dispõe o artigo 1698, "os esposos podem fixar livremente, em convenção antenupcial, o regime de bens do casamento, quer escolhendo um dos regimes previstos neste código, quer estipulando o que a esse respeito lhes aprouver, dentro dos limites da lei".

Nessa senda, algumas restrições são impostas de acordo com o artigo 1699: "1. Não podem ser objeto de convenção antenupcial: a) a regulamentação da sucessão hereditária dos cônjuges ou de terceiro, salvo o disposto nos artigos seguintes; b) a alteração dos direitos e deveres, quer paternais, quer conjugais; c) a alteração das regras sobre administração dos bens do casal; d) a estipulação da comunicabilidade dos bens enumerados no artigo 1733 (bens incomunicáveis). 2. Se o casamento for celebrado por quem tenha filhos, ainda que maiores ou emancipados, não poderá ser convencionado o regime da comunhão geral nem estipulada a comunicabilidade dos bens referidos no n. 1 do artigo 1722 (bens próprios)".

2. REGIME LEGAL DE BENS NO DIREITO BRASILEIRO

O Brasil não foi estático no modo de reconhecimento das relações entre casais.

[5] Conf. Jonh Gilissen. **Introdução histórica ao direito**, cit., 2001.
[6] Código Civil Português, Artigo 1717- "Na falta de convenção antenupcial, ou no caso de caducidade, invalidade ou ineficácia de convenção, o casamento considera-se celebrado sob o regime da comunhão de adquiridos".

Após ter herdado o costume do reino e acompanhando algumas nações européias, modificou o regime legal até então usado, para um mais adequado às necessidades sociais atuais.

Enquanto reino e no Período de jovem República até pouco tempo atrás, mais especificamente 1977, admitiu-se o regime da comunhão universal de bens como regime legal. Experimentou-se por mais tempo o regime universal como subsidiário à escolha dos nubentes do que o atual de comunhão parcial de bens.

Não é incomum encontrar hoje em dia pessoas do povo, na rua, que não entendem como funciona direito a comunhão parcial, mas que sem pestanejar respondem as consequências do casamento sob o regime da comunhão universal.

O cenário econômico doméstico vem mudando paulatinamente e as mulheres têm ganhado cada vez mais espaço no mercado de trabalho, percebendo frutos e rendimentos dessa ação. O regime da comunhão parcial traz em si um sentimento de equilíbrio entre o homem e a mulher.

A mulher independente da atualidade trabalha e ganha seu próprio dinheiro, casa por amor, quando casa, e não admite ingerência marital sobre seu patrimônio.

O legislador talvez tenha sido visionário ao modificar o regime legal, fato é que a Lei do Divórcio liderou uma ampliação dos direitos femininos que culminou na igualdade dos sexos reconhecida pela Constituição Federal de 1988.

3. REGIME LEGAL PARA O CÓDIGO CIVIL DE 1916

Conforme o preceito descrito no Código Civil de 1916, artigo 256 - "É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.[7]" – permite-se aos cônjuges a escolha de qualquer convenção antenupcial para regulação de seus bens durante o matrimônio.

Essa liberdade apoiou-se em diversos direitos, dentre eles no Código Civil português[8], no Código Civil argentino[9], no Código Civil francês[10], no Código Civil

[7] Lei nº 3.071, de 1º. de janeiro de 1916, art. 256.
[8] Código civil português, "artigo 1717o (Regime de bens supletivo) Na falta de convenção antenupcial,

espanhol[11], dentre outros.

No Brasil, entretanto, essa liberdade é mitigada pela imposição do regime da separação obrigatória. Outrossim, muito mais restrito é o direito na Suíça, "onde os pactos antenupciais não existiam em muitos cantões uma vez que não era dado aos cônjuges a liberdade de derrogação do regime legal por um contrato. Havia, contudo, certa discricionariedade nessa imposição, pois os nubentes poderiam escolher entre a união de bens, a comunhão ou a separação para regência do patrimônio[12].

No Código Civil argentino as permissões para alteração do regime legal vêem previstas na própria lei. Assim, conforme o artigo 1217, poderiam os cônjuges convencionar:

> *antes de la celebración del matrimonio los esposos pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: 1° La designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio; 3° Las donaciones que un futuro cónyuge hiciere al otro.*

Na Itália também há muita liberdade para escolha do regime de bens, tendo sido estipulado como regime subsidiário a comunhão de bens[13]. No México, o Código Civil, artigo 178, prevê apenas os regimes de sociedade conjugal e separação de bens[14]. No Peru existe o regime de sociedade, que é o subsidiário, e o

---

ou no caso de caducidade, invalidade ou ineficácia da convenção, o casamento considera-se celebrado sob o regime da comunhão de adquiridos."

[9] Código civil argentino, "artigo 159. (*Régimen legal aplicable al matrimonio) Las condiciones de validez intrínsecas y extrínsecas del matrimonio se rigen por el derecho del lugar de su celebración, aunque los contrayentes hubieren dejado su domicilio para sujetarse a las normas que en él rigen*."

[10] Código civil francês, "*article 1387 La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes moeurs ni aux dispositions qui suivent.*" Artigo 1387- A lei rege a associação conjugal, quanto aos seus bens, na falta de convenções especiais que o casal pode fazer como eles julgarem adequado, desde que elas não sejam contrárias às boas maneiras nem às disposições que seguem. (Tradução livre).

[11] Código civil espanhol, "*artículo 1315 (Del régimen económico matrimonial) El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código*."

[12] BEVILÁQUA, Clóvis. **Clássicos da literatura jurídica**. Direito de família. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 173.

[13] Código civil italiano, "art. 159 (*Del regime patrimoniale legale tra i coniugi) Il regime patrimoniale legale della famiglia, in mancanza di diversa convenzione stipulata a norma dell'art. 162, è costituito dalla comunione dei beni regolata dalla sezione III del presente capo*." (Artigo 159 – Do regime patrimonial legal entre os cônjuges – O regime patrimonial legal da família, na ausência de outro acordo celebrado nos termos do artigo 162, é a comunhão de bens regido pela seção III do presente capítulo. Tradução livre).

[14] Código civil mexicano, "*Artículo 178.- El contrato de matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal, o bajo el de separación de bienes*."

regime de separação de bens[15].

Apesar da diversidade de regimes que as legislações nacional e estrangeiras apregoam, o quadro se resume a duas: o da comunhão e o da separação. Todos os demais tipos são desdobramentos dessas duas formas.

O direito brasileiro optou pelo regime da comunhão como subsidiário à vontade das partes. O primeiro registro legal dessa opção legislativa data do Decreto n. 181 de 24 de janeiro de 1890 que instituiu os casamentos civis na ordem nacional.

O principal objetivo desse decreto era a legitimação da prole e proteção à família. O casamento era indissolúvel e tal regulamento somente permitia a separação de corpos em determinadas hipóteses.

A estreita ligação com o direito canônico reforçou a preferência do legislador para um só patrimônio, pois marido e mulher, com o casamento, transformavam-se em uma só pessoa. Comunhão de almas e comunhão de bens.

O amadurecimento legal e da sociedade demonstrou uma série de objeções a esse regime. Os primeiros raciocínios sobre o tema induziram que a mulher ficava demasiado desprotegida, à mercê do marido que administrava todos os bens, por direito de ser o chefe da sociedade. Além disso, a mulher na maioria das vezes ao final do casamento era desfalcada de seu patrimônio.

O regime da comunhão universal, por outro lado, é o mais representativo da união de vidas e interesses pautado na confiança plena e está viceralmente ligado a maioria dos países.

O seu início é atribuído ao direito germânico. Conforme SCHULTE[16],

> na Germânia, ao tempo do *mundium*, o marido tinha direitos de senhor sobre os bens da mulher, embora não fosse proprietário exclusivo; mas o rigor desse princípio, era abrandado pelo antiqüíssimo costume das mútuas doações. Com o desaparecimento

[15] Código civil peruano, "*Artículo 295.- Elección del régimen patrimonial*
Antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento. Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad. Para que surta efecto debe inscribirse en el registro personal. A falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales."

[16] SCHULTE, Joh Friedrich von; FOURNIER, Marcel; GLASSON, Ernest-Désiré. ***Histoire Du droit et des institutes de l'Allemagne***. Paris: Pedone-Lauriel, 1882, §§ 168-171.

> do *mundium*, os cônjuges foram considerados como uma unidade, ou como associados de direitos iguais sobre o patrimônio do casal. Desse princípio resultaram: a comunhão meramente administrativa do diretio saxônico e a comunhão real de outras estirpes, principalmente franca. Esta comunhão foi, dia a dia, acentuando-se no sentido de uma compropriedade efetiva.

ROTH[17], aprofunda-se na questão e atribui o início do regime de comunhão universal ao direito franco. Assim,

> o regime de bens no casamento, segundo o direito franco, tem como ponto de partida , a comunhão dos aquestos, que, já no século IX se manifesta entre os francos ripuários. O costume de obter a mulher por *Morgengabe*, uma parte dos bens adquiridos (*tertia collaborationis*), transforma-se, com o correr dos tempos, em um direito da mulher a uma parte dos mesmos bens, em todos os casos em que a não foi tomada outra deliberação por contrato antenupcial. Enquanto pela comunhão de administração, a disposição do marido em referência aos seus bens próprios, de modo algum era dependente de consentimento da mulher, o antigo direito franco dava a esta uma garantia, para que o marido não a prejudicasse, em sua parte nos adquiridos, por uma disposição unilateral de seus próprios imóveis. Essa garantia consistiu em exigir que o marido pedisse a outorga de sua mulher para a alienação dos bens imóveis, quer fossem seus, quer trazidos por ela. Logo, porém, firmou-se o princípio de que nenhum dos cônjuges podia, durante o casamento, dispor de seus imóveis por ato unilateral, e a consequência natural dele foi a aceitação de uma comunhão da propriedade imóvel a qual encontrara sua expressão no costume, já anteriormente estabelecido, de inscreverem-se os bens de raiz nos livros públicos, sob o nome de ambos os cônjuges.

Portugal e Espanha também construíram o regime de comunhão com base no direito germânico, contudo, foram os visigodos os responsáveis pela inseminação do instituto naquelas áreas.

Dessa forma,

> dos visigodos passou essa instituição aos espanhóis e aos portugueses. Começara por ser, entre os visigodos, simples comunhão de adquiridos, com fundamento na mútua colaboração, e ainda sob esta forma consagra-a, moderadamente, o Código Civil espanhol. Em Portugal, porém, o instituto assumiu um desenvolvimento mais completo, arraigando-se nos costumes, consolidando-se, dia a dia, alargando-se numa expansão de pujante florescência. As *Ordenações Afonsinas* referem-se à comunhão universal, como uso penetrado, inteiramente, nas populações, que a faziam vigente pelo simples fato da entrada na vida conjugal, em algumas partes, e, por convenção, deixou vestígio indelével na

[17] ROTH, Paul Rudolf von. ***System des Deutschen Privatrechts***. Lübingen: Elibron Classics, 1881, theil II, §101, p. 59-60.

> dualidade de expressão usada pelo Código Filipino: - segundo o costume do reino; por carta de ametade. As *Ordenações Manuelinas* determinaram que a comunhão fosse o regime legal, sempre que as partes não estipulassem outra coisa.[18]

De Portugal chegou ao Brasil esse conceito de união de bens. A receptividade do instituto explica-se pela empatia à união conjugal existente na época, bem como à índole dos indígenas brasileiros convertidos à civilização.

É verdade que,

> entre os selvagens brasileiros, entre os tupis, menos broncos que os tapuias, permitam-me usar destes nomes consagrados, as famílias viviam promiscuamente em suas ocas, como se formassem um só todo, de modo que a caça por uma delas obtidas era devorada, irmãmente, por todos os parceiros. Isto, dir-se-á, nada mais é do que um costume comum a todos os povos no estado de cultura, em que se achavam os tupis. Certamente; mas o que se quer dizer é que ele corroborado, além disso, por certas notas de psicologia étnica especial, preparou os espíritos a receberem a comunhão de bens no casamento. Os outros regimes não disfarçam a dose de egoísmo e desconfiança que os engendrou; o da comunhão é francamente altruísta.[19]

Extremamente bem ambientada, a comunhão universal de bens naturalmente ganhou o lugar de regime preferencial do povo, tornando óbvia sua escolha para ser o regime legal subsidiário à vontade das partes no casamento.

4. LEI DO DIVÓRCIO N. 6.515/77 – ARTIGO 50

Antes do advento da Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977 que regulou os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, o regime subsidiário que vigorava era o da comunhão universal.

O objetivo primeiro da referida lei não era influenciar no regime de bens, mas sim permitir a dissolução do casamento. Até aquele momento só havia permissão legal para o desquite.[20]

---

[18] BEVILAQUA, Clóvis. **Clássicos da literatura jurídica**, cit., p.193.
[19] Id. Ibid, cit., p.194.
[20] BRASIL. **Lei nº 3.071**, de 1º. de janeiro de 1916, art. 315. "Artigo 315 A sociedade conjugal termina: I. Pela morte de um dos conjuges. II. Pela nulidade ou anulação do casamento. III. Pelo desquite, amigável ou judicial."

O Código Civil de 1916 manteve a referência ao casamento como indissolúvel, mas fez previsão do desquite (hoje separação judicial), para determinadas situações. Eram separados os bens e os corpos, mas mantido o vínculo. O casamento era dissolvido apenas pela morte.

Era tão forte a união advinda do casamento que os cônjuges, no desquite, poderiam a qualquer momento restabelecer a sociedade conjugal[21], pois não perdiam o vínculo, vez que a sentença que autorizava a separação dos desquitados apenas aparentava o fim do regime de bens, como se o casamento fosse dissolvido[22].

Permitindo a dissolução da sociedade conjugal pela separação e pelo divórcio[23], a Lei 6.515/77 abriu nova era para o direito. Em 1977 através da emenda constitucional nº 09 foi abolido o princípio da indissolubilidade do matrimônio com a instituição do divórcio, regulamentado através da Lei Federal 6.515 de 26/12/1977 o qual foi garantido pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 226, parágrafo 6º bem como pelo novo Código Civil.

Não se coadunava, entretanto, com essa fase de liberdade a opção legal pelo regime de bens de comunhão universal. O legislador ao se posicionar de uma forma mais liberal, ajustou todos os sistemas que obliquamente eram atingidos, tanto que tratou nas disposições finais e transitórias sobre a alteração do regime legal[24].

A sociedade acompanhou essa mudança e confirmou a opção legal pelo regime da comunhão parcial de bens no Código Civil de 2002.[25] O novo retrato da família brasileira é constituído por marido e mulher trabalhando fora e sustentando o lar na medida de seus lucros. Assim, os resultados dessas duas forças devem ser partilhados ao meio quando da dissolução da união conjugal. De outra forma não

---

[21] Id. Ibid., artigo 323 - Seja qual for a causa do desquite, e o modo como este se faça, é licito aos conjuges restabelecer a todo o tempo a sociedade conjugal, nos termos em que fora constituida, contanto que o façam, por ato regular, no juizo competente."

[22] Id. Ibid., artigo 322 - A sentença do desquite autoriza a separação dos conjuges, e põe termo ao regime matrimonial dos bens, como se o casamento fosse dissolvido."

[23] BRASIL. **Lei 6.515/77**, artigo 2º. - A Sociedade Conjugal termina: I - pela morte de um dos cônjuges; II - pela nulidade ou anulação do casamento; III - pela separação judicial; IV - pelo divórcio."

[24] BRASIL. **Lei 6.515/77**, artigo 50 – "são introduzidas no Código Civil as alterações seguintes: n.7) Art. 258 - Não havendo convenção, ou sendo nela, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial."

[25] BRASIL. **Lei nº. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002, art. 1640 - "não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial."

haveria equilíbrio, podendo resultar em alguma injustiça.

5. O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A COMUNHÃO PARCIAL

A Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 é a mais nova expressão do direito civil brasileiro. A sua tramitação não foi um processo fácil, nos cabendo fazer um breve histórico a esse respeito.

O projeto do Código Civil n. 634-C/75, originou-se no anteprojeto elaborado por comissão constituída em 1969 composta por Miguel Reale (supervisor), José Carlos Moreira Alves, Agostinho Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clovis do Couto e Silva e Torquato Castro, tendo entrada no Congresso Nacional em 1975.

A Câmara aprovou sua redação após várias emendas e encaminhou ao Senado sob o n. 118/84. O projeto permaneceu arquivado no Senado até 1991, quando então houve a nomeação do Senador Josaphat Marinho como relator geral da comissão especialmente constituída para esse fim.

Novamente diversas emendas foram propostas, sendo 140 delas só no direito de família. Então, em 11 de dezembro de1997 foi publicado no Diário do Senado a redação aprovada do projeto. Ocorre que apesar do longo processo legislativo restaram na redação lapsos e inconstitucionalidades, retornando assim, o projeto, à Câmara do Deputados.

Nova comissão especial foi constituída, tendo o Deputado Ricardo Fiúza como relator geral. Realizou-se o exame de admissibilidade e do mérito da proposição inicial e das emendas aprovadas pelo Senado. O relator parcial Deputado Antonio Carlos Biscaia foi o responsável por sanar os defeitos de redação, lapsos e prejudicialidade de dispositivos, bem como, por adequar todo livro de direito de família à Constituição Federal.

A comissão especial da Câmara dos Deputados votou e aprovou os pareceres conclusivos em 29 de novembro de 2000, quando então o Relatório foi encaminhado

ao Senado Federal e submetido a Comissão de Constituição e Justiça para votação e aprovação final.[26]

O direito de família foi um dos mais modificados até a publicação do texto final. A alteração dos regimes de bens mereceu destaque, pois no Código Civil de 1916, havia quatro regimes tipificados, quais sejam: comunhão universal, comunhão parcial, separação de bens e dotal.

O regime dotal foi excluído e em seu lugar foi criado o regime de participação final nos aquestos. A separação de bens ficou mais rígida, pois o artigo 259, do Código Civil de 1916, não foi recepcionado na nova ordem civil. A comunhão universal já não era mais o regime legal, mas graças a ação da Lei n. 6515/ 77. O novo Código Civil, por força própria, introduziu em seu bojo o artigo 1640 que institui o regime da comunhão parcial como subsidiário à vontade das partes.

Há total liberdade de escolha do regime matrimonial, devendo a opção ser consignada no pacto antenupcial. A dispensa só será prevista quando os cônjuges adotarem o regime legal. A comunhão parcial é um regime misto, formado em parte pela comunhão universal e pela separação de bens. É o mais igualitário e por isso melhor se coaduna a nova ordem constitucional de equiparação do homem e da mulher. Nos dizeres de PAULO LÔBO, "três são os mais importantes princípios constitucionais regentes das relações familiares: o da dignidade da pessoa humana, o da liberdade e o da igualdade".[27]

O regime da comunhão parcial foi consagrado como regime legal justamente pelo reconhecimento do trabalho que ambos os consortes desempenham para a construção do patrimônio do casal. Nesse regime existem três massas de bens compostas pelos bens comuns, pelos bens pessoais do marido e pelos bens pessoais da esposa. Assim sendo, em caso de dissolução do vínculo conjugal serão partilhados apenas os bens comuns.

[26] SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **O projeto de Código Civil e o direito da família**. Disponível em: <www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=176>. Acesso em: 30 de junho de 2015.
[27] LOBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Paulo%20Luiz%20Netto%20Lôbo>. Acesso em: 30 de junho de 2015.

Hoje em dia a maior parte das mulheres deixa o lar para trabalhar fora. Dessa maneira, nada mais justo que seja feita a partilha de cinquenta por cento desses bens conseguidos pelo casal. Andou bem o legislador ao manter a comunhão parcial como regime legal, pois esse é o regime que melhor compreende a sociedade atual.

6. COMPRA E VENDA: NECESSIDADE DE VÊNIA CONJUGAL

Para iniciar essas considerações necessário se faz explicar a amplitude da expressão *vênia conjugal* ou *outorga conjugal*. Trata-se da permissão ou consentimento dado a outrem para a prática de certos atos da vida civil.

No Código Civil anterior muito comum era a *outorga uxória* realizada pela esposa em favor do marido. *Uxoria* vem do latim *uxor*, *uxoris*, mulher casada.[28] Ocorria também, em menor escala, a *outorga marital* em que o varão concedia à mulher a permissão para determinados atos. Atualmente, essa permissão ou concordância se dá a ambos os cônjuges em virtude do regime de bens adotado pelo casal.

A compra de qualquer bem imóvel independe de anuência, por agregar ao patrimônio do casal. Pouco importa, nesse caso, o regime de bens adotado. Sendo um benefício, não requer aquiescência do outro consorte.

Exceção se faz a compra com alienação fiduciária, que RENAN MIGUEL SAAD conceitua da seguinte forma

> contrato de efeitos reais que visa à constituição de direito real acessório de garantia, segundo o qual se transferem ao fiduciário (credor) a propriedade resolúvel e a posse indireta de uma coisa, com a finalidade de assegurar o cumprimento da obrigação principal fiduciante (devedor) que se tornará possuidor indireto do aludido bem.[29]

Nessa hipótese, a compra do bem camufla uma venda, pois ato contínuo a sua aquisição há uma transferência da propriedade resolúvel ao fiduciário. Assim, o cônjuge terá que assinar o ato de compra concordando com a alienação fiduciária.

[28] R. Limongi França (Coord.r). **Enciclopédia saraiva do direito**, vol. 56, p. 406.
[29] SAAD. Renan Miguel. **A alienação fiduciária sobre bens imóveis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 82.

Da mesma forma, a venda pura e simples de um bem imóvel carecerá da assinatura de ambos os consortes.[30] Tanto na venda como na alienação fiduciária estarão isentos da outorga conjugal os casados sob o regime da separação absoluta de bens.[31]

Nesse ponto se instala uma discussão. Parte da doutrina, representada por CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, entende que são gêneros distintos a separação convencional de bens e a separação obrigatória. Outros, entretanto, estudam a separação de bens como gênero da qual são espécies separação legal e convencional. Assim, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, MARIA HELENA DINIZ, AFONSO CELSO F. DE REZENDE, CARLOS FERNANDO BRASIL CHAVES.

Essa diferença implica nova questão no sentido da comunicabilidade ou não dos bens adquiridos no regime da separação de bens. Explica BARROS MONTEIRO, "relevante alteração foi realizada no Código Civil, que possibilitou a livre alienação de imóveis, dentre outros atos atinentes a direitos reais, assim como a prestação de fiança, independentemente de outorga uxória, se adotado o regime da separação absoluta, por convenção ou por força de lei, nos termos do artigo 1647."[32]

Assim, entendendo a separação de bens como gênero, o artigo 1647, do Código Civil aplicar-se-ia à separação legal e convencional, ou seja, nos dois casos estaria dispensada a vênia conjugal.

Para CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, diversamente, a separação pura ou completa se daria apenas no regime de separação convencional de bens, conforme segue: "não sendo de ordem pública a disposição, o pacto antenupcial poderá estatuir diversamente", porque "diante da possibilidade de mudança de regime de

[30] Dessa mesma maneira prevê o estatuto das famílias n. 674/2007 - Art. 41. "Nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação: I - vender, doar, permutar, dar em pagamento, ceder ou gravar de ônus real os bens comuns; II - prestar fiança."

[31] BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002, artigo 1647 – "Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta"

[32] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 223.

bens, consideramos que deve prevalecer a vontade dos cônjuges ao fixarem regras no pacto antenupcial".[33]

E, ainda, sobre a análise da Súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal: "note-se que a referida Súmula se impõe no regime legal de separação para reconhecer a colaboração e o esforço comum entre os cônjuges".[34] Extrai-se desse pensamento que sendo gêneros distintos a separação convencional e a legal, na primeira operar-se-ia a absoluta separação dos patrimônios, caso em que se aplicaria a regra do artigo 1647, do Código Civil, com a dispensa da outorga conjugal. Na separação legal, todavia, por incidência da Súmula n. 377 da Corte Máxima, haveria de comunicar-se os aquestos, necessitando dessa maneira de vênia conjugal para os casos previstos nos incisos do citado artigo.

Sobre a aplicação dessa Súmula, a jurisprudência vêm entendendo que pouco importa se o regime é de separação convencional ou legal, tendo havido esforço mútuo para construção do patrimônio, sobreleva-se o princípio da vedação do enriquecimento sem causa, admitindo portanto a comunicação dos bens aquestos.[35]

7. NECESSIDADE DE ESCRITURA PÚBLICA

Principiando a questão necessidade de escritura pública no regime legal de bens, devemos conceituar o verbete *escritura pública*. É, sem mais delongas, "instrumento lavrado por oficial público, em livro próprio, de acordo com formalidades especiais prescritas em lei, por meio do qual se autentica e prova um ato jurídico, notadamente um contrato".[36]

O casamento também é em sua essência um contrato. Portanto, a regulação de transmissão de bens por ele originados deverá ser feita por um documento público. O artigo 108, do Código Civil, enuncia que "não dispondo a lei em contrário,

[33] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 238.
[34] *Id. Ibid.* p. 238.
[35] REGIME DA SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS. COMUNICAÇÃO DE AQUESTOS. SUMULA 377 DO STF. APL 9147456542007826 SP 9147456-54.2007.8.26.0000; Relator(a):Antonio Vilenilson; Julgamento:26/04/2011; Órgão Julgador:9ª Câmara de Direito Privado; Publicação:26/04/2011
[36] R. Limongi França (Coord.). **Enciclopédia saraiva do direito**. São Paulo: Saraiva, vol. 33, 1977, p. 172.

a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País."

Independente do valor ou ainda que não existam bens a transferir no momento do casamento, o pacto antenupcial deve ser realizado uma vez que regula um direito futuro. A transmissão de bens será concretizada apenas no momento do rompimento do vínculo conjugal. Não se pode assegurar que o casal, durante toda sua vida em comum nunca adquira qualquer bem imóvel. Dessa forma, o pacto antenupcial resguarda um direito eventual e futuro.

O casamento é um modo de aquisição da propriedade. É certo que no momento do fatídico *sim* ninguém pensa se está transferindo bens, mas fato é que o está. Quando essa transmissão de bens especialíssima diverge daquela prevista pelo legislador (comunhão parcial), será necessário pacto antenupcial para resguardo de todos os pormenores específicos dessa decisão.

Ao eleger a comunhão parcial como regime legal, automaticamente o legislador cedeu a necessidade de pacto, pois sabia que a maioria da população optaria por ele. O povo em geral escolhe o regime legal por pensar que esse é o melhor regime ou o menos complicado e confia que se a própria lei o coloca em posição privilegiada é porque deve ser o adotado. O homem médio não faz maiores reflexões, nem se atém a discussões pontuais de partilha de bens. O que acontece na maior parte das vezes em que se faz a partilha do regime legal é um apego emocional e não financeiro.

Há vezes, contudo, que mesmo sendo escolhido o regime legal, os nubentes preferem realizar o pacto antenupcial para as situações que fogem da regra geral. Por exemplo, o casal assume o regime como é, mas ressalva que a casa adquirida em nome do marido antes do casamento entrará na partilha dos bens comuns. Isso se justifica porque muitas vezes o financiamento para compra do lar conjugal é realizado em nome de apenas um dos consortes, motivando a feitura do pacto antenupcial para inclusão desse bem no monte partilhável.

Vale lembrar que a escritura pública é o único modo permitido por lei para a constituição do pacto antenupcial. A não obediência a essa forma torna o pacto

nulo.[37] O Código Civil espanhol, artigo 1327, também afirma a necessidade de escritura pública para a validade do pacto antenupcial: "*para su validez, las capitulaciones habrán de constar en escritura pública*".

O ato jurídico para ser perfeito deverá ser realizado por agente maior, capaz e sobre objeto lícito. No caso de casamento envolvendo menores, a eficácia do pacto ficará condicionada a aprovação de seu representante legal, exceção feita aos casos de regime obrigatório de separação de bens.[38]

Igualmente a qualquer outra escritura pública de transmissão de bens, o pacto antenupcial deverá ser registrado pelo Oficial de Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges para começar a produzir efeitos perante terceiros. Caso não se proceda ao registro haverá uma duplicidade de regimes. Assim, em relação aos cônjuges vigorará o regime escolhido por meio de pacto antenupcial e perante terceiros terá vigência a comunhão parcial de bens.[39]

Das linhas do artigo 1657, do Código Civil, extrai-se que "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." Portanto, a falta de registro torna o ato sem efeito, dando lugar ao regime legal.

Conclusão

Instituto que encontra disciplina em todas as legislações, o casamento tem especial importância na vida das pessoas e na organização social por meio da tutela

[37] BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002, artigo1653 – "É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento."
[38] *Id. Ibid.*, artigo 1654 – "A eficácia do pacto antenupcial, realizado por menor, fica condicionada à aprovação de seu representante legal, salvo as hipóteses de regime obrigatório de separação de bens."
[39] Apelação Cível n º 70040564981; Quinta Câmara Cível; Comarca de Santo Ângelo; Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. FALÊNCIA E CONCORDATA. EMBARGOS DE TERCEIRO. ARRECADAÇÃO. POSSIBILIDADE JURÍDICA. VERBA HONORÁRIA MANTIDA. Trecho do mérito do recurso em exame: "*A embargante XXXXX aduziu que se casou com XXXXXX, sócio da empresa falida, sob o regime da separação total de bens, em data de 07/12/2006, antecedendo-se ao matrimônio o pacto antenupcial em 13/07/2001. No entanto, inexistem nos autos quaisquer elementos de prova quanto ao registro do referido pacto junto ao Registro Imobiliário, exigência do art. 1.657 do Código Civil para que tal convenção tenha efeito perante terceiros.*
5. O Juiz pode determinar a constrição judicial sobre os bens da embargante com base no artigo 14, VI, do Decreto-Lei 7.661/45, aplicável ao caso em tela, a teor do que estabelece o art. 192 da Lei 11.101/2005."

estatal. Constitui-se como base da coesão social e figura como instrumento de pacificação e controle.

Para tanto, observou-se o casamento disciplinado em seus regramentos fundamentais nas legislações pátria e de direito comparado, havendo, em quase todos os países, verdadeiras formas de incentivo de natureza cultural, psicológica e mesmo jurídica, para que as pessoas a ele se filiem.

A disciplina patrimonial é parte fundamental do interesse estatal e dos cidadãos no casamento. Estabelecer previamente as consequências patrimoniais em caso de rompimento da sociedade ou do vínculo conjugal é reflexo da segurança buscada com a adesão dos nubentes ao instituto, bem como do Estado na verificação do destino dos bens, da partilha e, em última análise, do adequado recolhimento de tributo quando incidente na divisão do casal.

Diante de tantos fatores importantes engendrados pelo casamento e o regime patrimonial aplicado aos cônjuges, não poderia a tutela estatal deixar que o casamento, quando não houvesse escolha do regime diretamente pelo casal, ficasse sem disciplina de conteúdo patrimonial. Criou, dessa forma, o regime legal ou supletivo, aplicado aos casos em que o casal resta silente quanto à escolha do regime.

REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. **Clássicos da literatura jurídica**. Direito de família. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3a. Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Paulo%20Luiz%20Netto%20Lôbo>. Acesso em: 30 de junho de 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

R. Limongi França (Coord.). *Enciclopédia saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva.

ROTH, Paul Rudolf von. **System des Deutschen Privatrechts**. Lübingen: Elibron Classics, 1881.

SAAD, Renan Miguel. **A alienação fiduciária sobre bens imóveis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SCHULTE, Joh Friedrich von; FOURNIER, Marcel; GLASSON, Ernest-Désiré. **Histoire Du droit et des institutes de l'Allemagne**. Paris: Pedone-Lauriel, 1882.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. ***O projeto de Código Civil e o direito da família***. Disponível em: <www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=176>. Acesso em: 30 de junho de 2015.