

A AUTONOMIA DA VONTADE E O REGIME DE BENS

MICHELE ALMEIDA FRANCELINO DE SOUZA¹

SUMÁRIO: *INTRODUÇÃO. 1.0 CONCEITO E ASPECTOS HISTÓRICOS DOS CONTRATOS E DA AUTONOMIA DA VONTADE. 1.1. DO CONTRATO DE CASAMENTO. 2. OS REGIMES DE BENS DO CASAMENTO. 2.1. ASPECTOS GERAIS. 2.2. DO REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. 2.3 .DO REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. 2.4. DO REGIME DE PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS. 2.5. DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS. 3. DA ESCOLHA DO REGIME DE BENS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.*

Resumo: a presente pesquisa aborda, de maneira geral, a autonomia da vontade dos celebrantes e a necessidade de se respeitar a liberdade de se contratar. E, também, aborda de maneira geral os regimes de bens do casamento, com ênfase no regime de separação de bens eleito pelos nubentes. Conclui examinando a possibilidade de ser respeitada a vontade dos nubentes se houver fato impeditivo para a celebração do casamento.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de Família. Direito Civil. Regime de bens. Escolha dos cônjuges.

¹ Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da PUC-SP (COGEAE-PUC-SP). Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada. Contato eletrônico: michelealmeidas@gmail.com. Telefone: (11) 98272-3811.

THE FREEDOM OF CHOICE AND THE MATRIMONIAL PROPERTY SCHEME

Abstract: It address the freedom of choices and the need to respect the freedom to contract.

It also address the marital property regimen, with emphasis on the regime of conventional separation of assets.

It concludes by examining the possibility of respecting the will of the bride and groom if there is an impediment to the celebration of the marriage.

Keywords: Family Law. Civil right. Asset regime. Choice of spouses.

INTRODUÇÃO

Por meio do presente artigo, busca-se analisar a autonomia de vontade das partes no momento da celebração dos contratos civis.

E, por ser o contrato de casamento um contrato civil, a legislação brasileira também garante autonomia de vontade aos celebrantes tanto na celebração do contrato, em si, como também na escolha do regime de bens.

Nesse sentido, o artigo 1.639 do Código Civil garante que os nubentes poderão livremente estipular as regras patrimoniais que vigerão durante o seu casamento. Contudo, quando se avança na análise dos regimes de bens, verifica-se que essa autonomia é bastante limitada, como se verá no presente estudo.

1. O CONCEITO E ASPECTOS HISTÓRICOS DOS CONTRATOS E DA AUTONOMIA DA VONTADE

O contrato é um pacto entre duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, por meio do qual estas estabelecem direitos e obrigações e se comprometem a cumprir seus termos.

O Código Civil brasileiro traz as normas gerais dos contratos, isto é, traz as regras gerais que rege todos os contratos e, ainda, estabelece regras específicas para determinados tipos de contratos.

O contrato tem origem no Direito Romano, que reconheceu o próprio contrato, o pacto e a convenção como uma estrutura de caráter rigoroso e sacramental.

No Direito Romano primitivo, os contratos nem sempre expressavam a vontade das partes, pois deviam obrigatoriamente obedecer a certas formas, pouco importando, para tanto, qual era a verdadeira vontade dos contratantes.

Somente na época de Justiniano é que o elemento subjetivo da vontade passou a se sobrepor ao formalismo; foi aí que o contrato foi unificado ao conceito de convenção. Assim, qualquer convenção poderia se tornar obrigatória se revestida das formalidades legais.

A preponderância da autonomia da vontade, isto é, o respeito às intenções das partes, só surge efetivamente no Código francês e no Código Alemão. A partir de então, o contrato foi tido como uma convenção paritária entre as partes, que decidem os termos do contrato de forma consensual.

O legislador brasileiro no Código Civil de 1916 baseou-se no código francês de 1804, que ainda está em vigor.

Contudo, mesmo reconhecendo-se que a vontade das partes deve ser considerada, a liberdade de contratar nunca foi ilimitada, já que, embora possam livremente contratar, devem obrigatoriamente obedecer a algumas regras.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 disciplina que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato². Desse modo, as partes podem livremente acordar suas vontades, de modo consensual, com um propósito não defeso em lei e portando probidade e boa-fé.

1.1. Do contrato de casamento

Como se pode verificar no artigo 226 da Constituição Federal, o Estado considera a família a base da sociedade. Por essa razão, trata o casamento com regras imperativas e que são consideradas de ordem pública.

Leciona Rosa Maria de Andrade Nery³ que a Constituição Federal adota um sistema de segurança para a constituição da família e, por essa razão, estabelece que o casamento civil será paritário, monogâmico e oficial.

E é justamente com o intuito de oficializar as relações humanas que o legislador facilita a conversão da união estável em casamento.

² “Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.”

³ NERY, Rosa Maria de Andrade. Manual de direito civil: família. 1. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Quando duas pessoas decidem se casar, a elas são impostos diversos requisitos, que devem ser respeitados sob pena de não ser possível celebrar o contrato de casamento. São tantos requisitos que, como bem leciona Maria Berenice Dias, “(...) *quase dá para considerar o enlace conjugal um verdadeiro contrato de adesão, em que a vontade dos noivos fica subordinada à lei (...)*”.⁴

O contrato de casamento é um negócio jurídico celebrado entre duas partes, de forma consensual e que deve obedecer a uma solenidade específica.

Ao disciplinar as regras do casamento, o Código Civil impõe diversos deveres e obrigações aos cônjuges a partir de seu artigo 1.565. Da análise desses dispositivos legais percebe-se que o casamento não é apenas uma união de afeto, que vai criar uma família. Mas sim um verdadeiro contrato, com regras bem definidas que devem ser cumpridas pelas partes.

Essas regras disciplinam não só a comunhão de vida entre os cônjuges, mas também o patrimônio do casal. Desse modo, antes de celebrarem o contrato de casamento, os nubentes devem decidir como será a relação patrimonial entre eles, como será a vida financeira de cada um deles e como será a propriedade dos bens que eles vierem a adquirir na constância do casamento.

Para regulamentar essa situação financeira do casal, a legislação brasileira criou um conjunto de regras que estão dispostas no Código Civil e é chamada de regime de bens.

2. OS REGIMES DE BENS DO CASAMENTO

2.1. Aspectos gerais

No Código Civil de 1916, o regime legal do casamento era o da comunhão universal de bens, isto é, todos os bens eram do casal de forma igualitária, independente da origem desse patrimônio ou da época de sua aquisição. Havia também o regime dotal, no qual todos os bens da mulher eram entregues ao marido, para que ele fizesse a administração. E os frutos desses bens eram utilizados para atender às necessidades do lar do casal. Esse regime dotal foi pouquíssimo utilizado, motivo pelo qual não foi recepcionado pelo Código Civil de 2002, tendo sido, portanto, revogado.

⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. – 12 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. – Pág. 315.

Com a Lei do Divórcio, em 1977, o regime legal passou a ser o da comunhão parcial de bens, o que afasta a comunhão dos bens adquiridos antes do matrimônio.

Em 2002, com a publicação do novo Código Civil, foi excluído o regime dotal e foi criado o regime de participação final dos aquestos.

O referido diploma legal disciplina, ainda, que ao celebrar os contratos de casamento, os nubentes devem optar pelo regime de bens que regerá durante a união.

Tal regra está disciplinada no artigo 1.639 do Código Civil, que assim dispõe: “*é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.*”

Percebe-se da leitura do referido dispositivo legal que os nubentes têm a liberdade para escolher o regime que melhor atende às necessidades do casal. E, ainda, tendo optado por um deles, a legislação permite que os cônjuges alterem o regime durante a união, como será visto a seguir.

Ainda, os nubentes podem optar por uma mescla de dois regimes de bens, isto é, podem escolher um regime para vigorar em determinada situação e outro regime para vigorar em outra. Nesse caso, constará no registro de casamento que o regime adotado por eles é “híbrido” ou “misto”.

E, caso não optem por nenhum regime, valerá entre eles o regime da comunhão parcial de bens, que será abaixo elucidado.

São 4 (quatro) os regimes de bens previstos no referido diploma legal: comunhão parcial de bens, comunhão universal de bens, participação final nos aquestos e separação de bens⁵. A seguir, o conceito de cada um deles.

2.2. Do regime de comunhão parcial de bens

O regime de comunhão parcial de bens está previsto no artigo 1.658 do Código Civil, e, como visto, é o regime de bens que se institui como padrão no direito de família brasileiro.

Para se casar sob esse regime, os nubentes podem apenas declará-lo no momento da habilitação do casamento, sendo desnecessário lavrar escritura pública de pacto antenupcial. Ou seja, se não houver manifestação dos nubentes, esse será o regime de bens aplicado entre

⁵ Importante pontuar que alguns doutrinadores entendem que a separação obrigatória de bens é um regime próprio, diferente da separação convencional. Contudo, as regras patrimoniais da separação de bens, tanto convencional quanto a obrigatória são as mesmas, diferenciando-se apenas no que se refere à sucessão e à aplicação da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal.

eles. Também será esse o regime válido no caso de ser declarado nulo ou ineficaz o pacto antenupcial celebrado entre eles.

Os cônjuges que optarem por se casar sob esse regime compartilharão todos os bens adquiridos de forma onerosa durante a vida comum. Como bem leciona Maria Berenice Dias, nesse regime há três blocos de bens: os particulares de um, os particulares do outro, e os bens comuns, adquiridos onerosamente após o casamento e que pertencerão a ambos. No que se refere aos bens móveis, presume-se que foram adquiridos na constância do casamento, salvo se houver prova no sentido contrário.

Importante salientar que, se a aquisição onerosa tiver sido no curso do matrimônio, pouco importa se apenas um dos cônjuges contribuiu para a aquisição do bem.

O mesmo ocorre em relação às obrigações: aquelas havidas por cada um dos cônjuges antes do casamento, serão devidas apenas por ele. Já aquelas adquiridas no curso do matrimônio, deverão ser adimplidas por ambos, isto é, o patrimônio comum dos dois responderá pelo seu cumprimento.

Convém destacar, também, que os bens de uso pessoal, os livros, instrumentos de profissão, proventos do trabalho pessoal de cada um deles, pensões, meios-soldos, montepios e rendas semelhantes, não se comunicam, conforme estabelece o artigo 1.659 do Código Civil.

Também não se comunicam os bens sub-rogados, isto é, aqueles adquiridos com valores provenientes de bens exclusivos de um dos cônjuges.

Em relação à administração dos bens, o artigo 1.663 do Código Civil prevê que qualquer um dos cônjuges poderá exercê-la. Esse mesmo dispositivo legal dispõe que os bens particulares do cônjuge administrador responderão pelos prejuízos que ele causar e, ainda, caso seja demonstrado em processo judicial que houve má-administração, o magistrado poderá acometer a administração apenas a um dos cônjuges.

E, para a alienação de bens comuns, sempre será necessária a participação do outro cônjuge.

Por fim, o legislador disciplinou que caso um dos cônjuges contraia dívidas na administração de seu bem particular, os bens comuns do casal não poderão responder por essas obrigações.

Caso o casamento chegue ao fim, cada um dos cônjuges ficará com seus bens particulares e com a metade do patrimônio comum.

2.3. Do regime de comunhão universal de bens

Já no regime de comunhão universal de bens, previsto no artigo 1.667 do Código Civil, todo o acervo de bens dos cônjuges se comunica, sejam bens particulares ou comuns, adquiridos antes ou depois do casamento a qualquer título.

Caso os nubentes optem por se casar sob esse regime, deverão, obrigatoriamente, celebrar um pacto antenupcial.

Optando por esse regime, haverá uma fusão entre os bens dos dois cônjuges, formando uma única universalidade de patrimônio.

Nesse regime, não só o ativo dos nubentes se comunica, mas também eventuais dívidas que tenham contraído antes do casamento, desde que estejam relacionadas ao próprio casamento ou que se revertam em proveito comum.

Na comunhão universal, da mesma forma que na comunhão parcial de bens, não se comunicam os bens de uso pessoal, os livros, instrumentos de profissão, proventos do trabalho pessoal de cada um deles, pensões, meios-soldos, montepios e rendas semelhantes.

Também não se comunicam os bens recebidos por um dos cônjuges e que estejam gravados com a cláusula de incomunicabilidade. Ainda, não se comunicam os bens gravados com cláusula de fideicomisso e as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro.

Em relação à administração dos bens, aplicam-se as mesmas regras previstas para o regime da comunhão parcial de bens, isto é, qualquer um dos cônjuges poderá exercê-la e responderá pelos prejuízos que causar.

Cabe ressaltar que, nesse regime, sempre será necessária a participação dos dois cônjuges. Essa regra não pode ser afastada por pacto antenupcial e só não se aplica para os bens particulares que são excluídos da comunhão.

No divórcio ou se um dos cônjuges vier a falecer, vai ocorrer a divisão de todo o patrimônio do casal, independente de quem era o proprietário originário do bem.

2.4. Do regime de participação final nos aquestos

O regime de participação final nos aquestos, previsto no artigo 1.672 e seguintes do Código Civil, é um dos menos comuns no Brasil.

Em síntese, esse regime consiste em uma mescla dos regimes de comunhão parcial de bens e de separação total de bens. Sim, pois durante o casamento, os bens não se comunicam e os cônjuges permanecem na administração de seus bens particulares. Esses bens são os que

cada um possuía antes do casamento e os que adquiriram no curso da união. Ou sejam como não há uma comunhão de bens, cada bem adquirido será administrado individualmente por aquele que o adquiriu, mesmo que após o casamento. Mas, em que pese possa administrar seus próprios bens, o cônjuge precisará da concordância do outro para alienar um bem imóvel.

Há, dessa forma, três patrimônios: o que foi constituído após o casamento, chamado de aquestos, o que pertence exclusivamente a um dos cônjuges e o que pertence ao outro.

E, caso o casamento chegue ao fim, será necessário apurar o acréscimo de patrimônio ocorrido durante a união para que seja feita a partilha. Aí, então, haverá, de certa forma, uma comunhão de bens.

As regras desse regime são bem complexas e a apuração dos aquestos é bastante complicada, sendo necessária, às vezes, a realização de perícia para que seja apurado o ganho de cada um dos cônjuges. Sim, pois ao final do casamento, o cônjuge ficará com a totalidade dos bens que possuía antes do casamento, com a metade do que adquiriu em conjunto com o outro, com os bens particulares adquiridos durante o matrimônio e, ainda, fará jus à metade da diferença do valor dos bens que o outro adquiriu em nome próprio durante o casamento. E, a apuração de tais valores não se mostra algo simples.

A compensação será feita, preferencialmente, em dinheiro, para se evitar a constituição de condomínio.

A principal diferença entre o regime de participação final nos aquestos e a comunhão parcial de bens é que neste a comunhão dos bens ocorre de forma imediata, isto é, tão logo o bem seja adquirido, enquanto naquele a comunhão só ocorrerá se houver o fim do matrimônio.

Em relação às dívidas, o artigo 1.677 do Código Civil prevê que será necessário verificar se o valor foi utilizado ou não em proveito do casal. Se em proveito de ambos, constituirá o passivo comum dos cônjuges. Caso contrário, será de responsabilidade integral daquele que a contraiu.

Em caso de falecimento de um dos cônjuges, a meação do cônjuge sobrevivente será feita considerando os aquestos e a herança será partilhada na forma estabelecida pelo Código Civil.

2.5. Do regime de separação de bens

Por fim, o regime de separação de bens, disciplinado pelos artigos 1.687 e seguintes do Código Civil. Por meio de um pacto antenupcial, os nubentes poderão optar por esse regime, no qual há a total ausência de comunicabilidade de bens.

Cada um dos cônjuges poderá livremente administrar seu patrimônio, isto é, podem gravá-lo com ônus reais, ou aliená-lo sem que seja necessária a autorização do outro. E, do mesmo modo que o ativo não se comunica, as dívidas não se comunicam também. Contudo, por força dos artigos 1.643 e 1644 do Código Civil, as dívidas contraídas por um dos cônjuges para a manutenção da economia doméstica se comunicam. Isso se dá porque os cônjuges devem contribuir para as despesas do casal e prestar mútua assistência.

3. DA ESCOLHA DO REGIME DE BENS

O direito patrimonial de família está baseado em três princípios: i) o da variedade de regime de bens; ii) o da liberdade de escolha; e iii) o da mutabilidade de regimes.

O princípio da variedade de regimes permite que os nubentes optem entre quatro regime de bens: comunhão universal, comunhão parcial, separação total e participação final nos aquestos. Além de escolher entre esses quatro regimes, os nubentes ainda podem mesclar as regras dos regimes acima mencionados.

Já o princípio da mutabilidade está previsto no artigo 1.639, parágrafo 2º do Código Civil. Esse dispositivo legal assegura que os cônjuges possam alterar o regime de bens escolhido após o casamento, para se adequar à realidade do casal.

Essa alteração deve ser judicial, isto é, deve ser autorizada pelo magistrado. Ainda, os cônjuges devem provar que o pedido é consensual e que não haverá danos a terceiros. Para tanto, deverão juntar certidões provando a inexistência de dívidas ou processos judiciais em seus nomes.

Por fim, o princípio da liberdade de escolha garante que os nubentes escolham o regime de bens do casamento livremente, mediante a lavratura de pacto antenupcial.

Todavia, essa liberdade de escolha é limitada, isto é, em que pese a legislação brasileira permita que os cônjuges escolham dentre os regimes acima apontados e até mesclem regras de um e de outro, fato é que nem sempre eles terão sua vontade respeitada.

Explica-se: o Código Civil disciplina todas as regras do casamento e aponta, de forma expressa em seu artigo 1.521⁶, quais serão os casos em que o casamento não poderá ser realizado.

Nesses casos específicos, o casamento não terá qualquer validade no mundo jurídico e, caso as pessoas naquele dispositivo legal vivam em um relacionamento de união estável, ele não será equiparado e jamais poderá ser convertido em casamento.

Há, entretanto, algumas hipóteses em que o legislador aponta que os nubentes não devem se casar, não porque há algum fato impeditivo, mas sim porque há algum fato que suspenda a realização do casamento naquele momento. Confira-se o teor do artigo 1.523:

“Art. 1.523. Não devem casar:

I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

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

Veja-se que, nesses casos, os pretendentes não devem se casar. Como se tratam de causas suspensivas do casamento, preferencialmente o ato deve ficar suspenso até que a causa

⁶ “Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Art. 1.522. Os impedimentos podem ser opostos, até o momento da celebração do casamento, por qualquer pessoa capaz.

Parágrafo único. Se o juiz, ou o oficial de registro, tiver conhecimento da existência de algum impedimento, será obrigado a declará-lo.”

que gera a suspensão cesse. Por exemplo, realizada a partilha dos bens de seu casamento anterior, cessa a causa suspensiva e o divorciado poderá contrair novas núpcias.

No caso do inciso I do artigo 1.523, o legislador pretende proteger a família do viúvo e do falecido da confusão patrimonial que poderá ser gerada com o segundo matrimônio. Como é cediço, até a partilha, a herança defere-se como um todo unitário, independentemente da quantidade de herdeiros, como prevê o artigo 1.791 do Código Civil. E os bens dos filhos, que até a partilha são administrados pela mãe ou pelo pai, não podem se confundir com o patrimônio do novo casal.

Nesses casos, a fim de garantir maior segurança, a legislação civil, em seu artigo 1.489, determina que seja conferida hipoteca legal aos filhos de todos os imóveis do pai ou da mãe que passar a outras núpcias antes de finalizado o inventário do casamento anterior.

Já em relação ao artigo II do artigo 1.523, pretendeu o legislador também proteger o filho do primeiro matrimônio. Para tanto, dispõe que não deve se casar a mulher em até dez meses em que ficou viúva ou teve seu casamento anulado. Isso porque, conforme leciona Nelson Nery Junior, *“se presume do marido o filho nascido nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial (...) nulidade ou anulação do casamento”*⁷.

No que se refere o inciso III do referido dispositivo legal, pretende o legislador, novamente, evitar a confusão patrimonial entre o os bens do novo casal e do antigo matrimônio do cônjuge divorciado. Sim, pois se não finalizada a partilha de seu primeiro casamento, pode existir algum bem em seu nome que será submetido à partilha. E, contraindo novo matrimônio sem qualquer ressalva, esse mesmo bem poderia – equivocadamente – vir a constituir o patrimônio do novo casal.

Por fim, em relação ao inciso IV do artigo 1.523 do Código Civil, a legislação pátria impede o casamento do curatelado ou tutelado com o seu tutor/curador e seus familiares próximos. Isso porque, como é cediço, o tutor/curador é o gestor do patrimônio do tutelado/curatelado e deve prestar contas de sua gestão, anualmente. Desse modo, nesses casos, não deve ocorrer o matrimônio para que o patrimônio do tutelado/curatelado não se confunda com o de algum familiar de seu tutor/curador, o que pode lhe causar prejuízos.

Pois bem. Essas são as situações que o legislador determina que o casamento não ocorra, momentaneamente. Contudo, caso queiram seguir com o casamento mesmo ante à existência

⁷ NERY JUNIOR, Nelson. Código Civil comentado [livro eletrônico] / Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. – 1. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

de causa suspensiva, por se tratarem de interesses privados, o diploma civil permite que o ato seja válido, desde que respeitado o regime de bens imposto, qual seja, o da separação obrigatória. Nesse sentido, confira-se o artigo 1.641 do Código Civil assim dispõe:

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

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

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)

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

Percebe-se que o Código Civil disciplina que, em casos específicos, os nubentes somente poderão se casar pelo regime de separação de bens. Em outras palavras, as pessoas arroladas no referido dispositivo legal, se se casarem, não terão garantida a sua liberdade de escolha quanto ao regime, eis que ele será, obrigatoriamente, o da separação de bens.

Tem-se, assim, que há dois regimes jurídicos para a separação de bens: o convencional, visto acima, e o legal obrigatório, que vai vigorar nas hipóteses mencionadas no referido artigo 1.641 do diploma civil.

Alguns juristas entendem que essa norma tem caráter de ordem pública, enquanto outros entendem que é uma norma de caráter punitivo, isto é, os nubentes que, a despeito da orientação da legislação, optarem por efetivar a união, serão punidos com o regime de separação obrigatória de bens.

Dessa forma, desnecessário que os futuros cônjuges elaborem pacto antenupcial - o que é necessário no caso de regime de separação convencional, pois o regime existente entre eles sempre será o de separação obrigatória de bens.

Há que se esclarecer que qualquer declaração de vontade por meio de pacto que tenha como objetivo afastar essa regra não tem qualquer validade, haja vista que se trata de norma cogente.

Todavia, é importante pontuar que o pacto antenupcial pode ser firmado nesses casos com o fito exclusivo de se afastar a aplicação da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, que assim prevê:

“No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”

Explica-se: ao sumular o entendimento acima exposto, o Supremo Tribunal Federal criou, aparentemente, um regime de bens híbrido, já que a lei impõe que, no caso das pessoas acima arroladas, o regime seja obrigatoriamente o de separação de bens. Logo, o entendimento acima dispõe que, apesar desse regime imposto, os bens adquiridos na constância do casamento vão se comunicar, como se fosse um regime de comunhão parcial de bens, como bem leciona Nelson Nery Junior:

“(…) Isto quer dizer que os bens que os cônjuges casados sob o regime da separação legal possuíam antes do casamento não se comunicam (separação de bens), havendo, contudo, a comunicação dos bens que ambos adquirirem na constância do casamento. Na verdade o STF 377 equipara, em certa medida, os efeitos patrimoniais do casamento realizado sob o regime da separação legal, aos efeitos patrimoniais do casamento realizado sob o regime da comunhão parcial de bens.”

Assim, nesses casos, caso o casal cujo regime será obrigatoriamente o de separação de bens, queira estipular que, nem mesmo os bens adquiridos na constância do casamento se comuniquem, podem firmar um pacto antenupcial afirmando que não querem se sujeitar às consequências da referida súmula.

Ainda com o intuito de preservar o direito de terceiros, o Código Civil disciplina que, nos casos de separação obrigatória de bens, o cônjuge perde o direito à herança. Ou seja, caso estejam casados pelo regime da separação obrigatória de bens e um dos cônjuges vier a falecer, o cônjuge sobrevivente não ostentará a qualidade de herdeiro, nos termos do artigo 1.829⁸, do Código Civil.

Para Maria Berenice Dias, o legislador tentou, com a imposição do regime de separação obrigatória de bens, estabelecer sanções patrimoniais àqueles que desrespeitaram a lei e resolveram se casar a despeito de a legislação civil não permitir o casamento⁹.

⁸ “Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694)

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.”

⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. – 12 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. – Pág. 341.

Contudo, ao que parece, o objetivo foi proteger o patrimônio de terceiros, que poderia ser ameaçado com essa nova união.

Como visto acima, no caso dos casamentos ocorridos entre as pessoas que são impedidas de casar pelo artigo 1.523 do Código Civil, o que se pretende é proteger o patrimônio de terceiros.

Já no caso daqueles que dependem de suprimento judicial para se casar, o legislador pretendeu proteger o menor, que não tem idade núbil e necessita de autorização judicial, em que pese possa ter autorização de seus pais ou responsáveis. Nesse caso, evidente que o menor é incapaz e não tem maturidade e experiência para decidir acerca de questões patrimoniais tão relevantes que vão reger todo o seu relacionamento.

Em todos esses casos mencionados acima, cessada a causa que levou à imposição do regime de separação de bens, os cônjuges poderão ajuizar ação de alteração de regime de bens e escolherem outros, que melhor se adequar à realidade do casal. Ou seja, finalizado o inventário de seu casamento anterior, atingida a maioridade civil, cessada a tutela ou curatela, os cônjuges poderão alterar o regime de bens existente entre eles.

A exceção ocorre em relação ao nubente maior de 70 anos de idade, que jamais poderá alterar e escolher o seu regime.

Nesse caso, de fato, a regra parece ser bastante preconceituosa, pois a tutela ao mais idoso tem o aparente intuito de protegê-los de casamento por interesse. Ou seja, a lei trata o maior de 70 anos como incapaz ou, de certa forma, sem discernimento para se defender em relacionamentos.

Perceba-se que, ao proibir que o maior de 70 anos escolha livremente o seu regime de bens, o legislador não visa defender o próprio nubente, mas sim o patrimônio de seus eventuais herdeiros. Em outras palavras, tem-se que o idoso maior de 70 anos não pode livremente dispor de seu patrimônio para que os bens que ele adquiriu em sua vida inteira possam ser garantidos aos seus descendentes.

Trata-se, portanto, de uma norma absolutamente discriminatória, já que pelo simples fato de a pessoa atingir determinada idade, o legislador a considera incapaz para escolher o seu regime de bens. Como bem observa Mairan Gonçalves Maia Junior, a *“Constituição Federal assegura ao maior de setenta anos a possibilidade de exercer profissão liberal ou atividade*

*comercial ou industrial (...) mas a Lei não lhe permite o direito de escolher o regime de bens do casamento (...)*¹⁰.

Ao analisar essa questão, Maria Berenice Dias, acertadamente, afirma que a imposição aos maiores de 70 anos é uma afronta ao Estatuto do Idoso, pois essa imposição “(...) *trata-se de presunção ‘juris et de jure’ de incapacidade mental para um só fim: casar.*”¹¹ Ou seja, o maior de 70 anos pode continuar celebrando todo tipo de contrato existente no ordenamento jurídico, exceto o de casamento, como se somente para este ato da vida civil ele não estivesse no pleno gozo de suas faculdades mentais.

Veja-se, portanto, que a regra em relação ao idoso maior de 70 anos mostra-se absolutamente descabida, de modo que a tendência é que, futuramente, o legislador reconheça o quão a norma é desarrazoada e altere o texto legal.

CONCLUSÃO

Conforme visto acima, o casamento é um contrato, com regras bem delimitadas e revestido de formalidade específica para ter validade no mundo jurídico.

E, embora os nubentes tenham, *a priori*, autonomia para optarem pelo regime de bens que melhor se adeque à realidade do casal, há na legislação pátria limitações de ordem pública.

Ao inserir na Constituição Federal a família como base da sociedade e trazer normas constitucionais para proteção da família, o legislador constituinte transformou o contrato de casamento em um contrato de direito público, de natureza indisponível.

Desse modo, a liberdade dos nubentes é bastante limitada, principalmente no que diz respeito ao patrimônio da família.

Como se verificou, em alguns casos, a limitação do exercício da autonomia privada para a escolha do regime de bens se mostra, de certa forma, necessária para evitar a confusão patrimonial entre os bens dos cônjuges e de terceiros, sejam seus filhos de primeiras núpcias, sejam curatelados ou tutelados sob a sua custódia.

Contudo, essa limitação se mostra preconceituosa e desarrazoada em relação aos maiores de 70 anos, que, embora possam estar em plena capacidade mental, têm tolhida a sua autonomia e não podem dispor livremente de seu patrimônio ao escolher um regime de bens.

¹⁰ MAIA JUNIOR, Mairan Gonçalves. A Família e a Questão Patrimonial: planejamento patrimonial, regime de bens, pacto antenupcial, contrato patrimonial na união estável. – 1. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

¹¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. – 12 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pág. 342.

Desse modo, conclui-se que a limitação da autonomia da vontade dos nubentes quando da escolha do regime de bens, na maioria das vezes, mostra-se necessária, mas, no caso de idosos, configura violação de direitos, de forma que não deveria subsistir e a sua vontade deve ser respeitada.

REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. – 12 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

GIANULO, Wilson. Direito de família. – Leme, SP: JH Mizuno, 2017.

MAIA JUNIOR, Mairan Gonçalves. A Família e a Questão Patrimonial: planejamento patrimonial, regime de bens, pacto antenupcial, contrato patrimonial na união estável. – 1. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. Código Civil comentado [livro eletrônico] / Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. – 1. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NERY, Rosa Maria de Andrade. Manual de direito civil: família. 1. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. – 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2005.