

Os limites da intervenção estatal na mudança do regime de bens: uma análise a partir da autonomia dos cônjuges

Vitor ALMEIDA*

“Esse matrimônio pertence a uma história na qual livre vontade e afetos foram dominados por uma outra ideia de matrimônio — aquela do matrimônio combinado, imposto, de interesse, dinástico, de classe, sobretudo controlado pelo interesse público”

– Stefano RODOTÀ**

RESUMO: Em nítido movimento de promoção da autonomia patrimonial dos cônjuges, o vigente Código Civil autoriza a alteração do regime de bens, nos termos do art. 1.639, § 2º, tendo flexibilizado a aplicação do princípio da imutabilidade do regime matrimonial, que vigorou de modo absoluto sob a égide da Lei Civil anterior. No entanto, a disciplina legal permite a forte presença do Estado, na medida em que a mudança do regime de bens depende de autorização judicial e da apuração da procedência das razões invocadas, além de resguardar os direitos de terceiros. Investiga-se, portanto, se a atual sistemática é compatível com os princípios constitucionais, em especial a mínima intervenção estatal nas relações familiares paritárias, a autonomia negocial dos cônjuges e a privacidade familiar. Neste sentido, o presente texto almeja analisar, em perspectiva crítica, por meio do método indutivo exploratório e pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, a configuração da disciplina de alteração do regime de bens à luz da mínima intervenção do Estado nas relações familiares e da promoção da liberdade dos cônjuges, em especial a partir do exame do julgamento do Recurso Especial n. 1.904.498 pelo Superior Tribunal de Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Regime de bens; mutabilidade; mínima intervenção; autonomia privada; privacidade familiar.

SUMÁRIO: 1. Notas introdutórias: estatuto patrimonial conjugal à luz do princípio da liberdade; – 2. A disciplina do regime de bens e sua mutabilidade; – 2.1. Os efeitos da decisão de modificação do regime de bens: entre a liberdade e a proteção dos direitos de terceiros; – 3. A mínima intervenção estatal na esfera conjugal e a mudança de regime de bens; – 4. Análise do Recurso Especial n. 1.904.498/SP: o Superior Tribunal de Justiça no trilho da promoção da autonomia patrimonial conjugal; – 5. Considerações finais; Referências.

1. Notas introdutórias: estatuto patrimonial conjugal à luz do princípio da liberdade

A comunhão de vida iniciada com o casamento provoca diversos efeitos patrimoniais entre os cônjuges, que nem sempre são previamente pensados e refletidos antes do enlace. A

* Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto do Departamento de Direito Civil da UERJ. Professor Permanente do Mestrado e Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. Professor do Departamento de Direito da PUC-Rio. Coordenador Adjunto do Instituto de Direito da PUC-Rio. Coordenador Assistente do Mestrado Profissional em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica da PUC-Rio. Associado do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil), do Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil (IBERC) e do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Advogado.

** Tradução de “Diritto all’amore”, de Stefano Rodotà, (Roma: Laterza, 2015) por Luciana Cabral.

rigor, o regime de bens escolhido pode ser determinante para o equilíbrio da vida a dois, eis que em muitas situações os regimes comunitários impedem um tráfego negocial mais fluído. O estatuto patrimonial conjugal deve atender às exigências individuais e, ao mesmo tempo, os propósitos da união afetiva. No entanto, nem sempre a escolha realizada é compatível com as transformações ao longo do tempo de convívio e com as particularidades profissionais e pessoais dos cônjuges durante a vigência do casamento. Importante inovação do vigente Código Civil, em nítido prestígio da autonomia intrafamiliar, foi a admissibilidade de alteração do regime de bens entre os cônjuges, nos termos do art. 1.639, § 2º,¹ flexibilizando a aplicação do princípio da imutabilidade do regime matrimonial, que vigorou de modo absoluto sob a égide da Lei Civil pretérita.²

Apesar da importante alteração, eis que a manutenção da imutabilidade, a um só tempo, desconsiderava a dinâmica da realidade e desrespeitava a autonomia dos cônjuges, que, por motivos diversos, desejam alterar o regime patrimonial durante o casamento, ainda assim a postura legislativa foi no sentido de manter forte presença do Estado, na medida em que a mudança do regime de bens depende de autorização judicial e da apuração da “procedência das razões invocadas”, bem como devem ser ressalvados os direitos de terceiros. Tal expressão genérica dá margem a uma atuação discricionária do magistrado, vez que permite uma análise subjetiva das motivações apresentadas pelos cônjuges.

Por sua vez, o Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) vigente disciplinou o procedimento de alteração do regime de bens do casamento, cujo requerimento deve ser assinado por ambos os cônjuges de maneira motivada e com a exposição das razões que justificam tal pedido. Como se percebe, o art. 734 da Lei Processual³ repisa com redação modificada os termos do dispositivo do Código Civil, o que reforça a intervenção estatal na mudança do regime de bens. A preocupação central do legislador processual reside na ampla publicidade da alteração do regime de bens pretendida por meio da publicação de editais ou de meios alternativos de divulgação, conforme os §§ 1º e 2º do referido enunciado legal,⁴ com o objetivo precípua de resguardar os direitos de terceiros.

¹ Código Civil: “Art. 1.639. [...] § 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”.

² O revogado Código Civil previa, em seu art. 230, o princípio da imutabilidade do regime de bens, segundo o qual: “O regimen dos bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável” (sic).

³ “Art. 734. A alteração do regime de bens do casamento, observados os requisitos legais, poderá ser requerida, motivadamente, em petição assinada por ambos os cônjuges, na qual serão expostas as razões que justificam a alteração, ressalvados os direitos de terceiros”.

⁴ “Art. 734. [...] § 1º Ao receber a petição inicial, o juiz determinará a intimação do Ministério Público e a publicação de edital que divulgue a pretendida alteração de bens, somente podendo decidir depois de decorrido o prazo de 30 (trinta) dias da publicação do edital. § 2º Os cônjuges, na petição inicial ou em petição avulsa, podem propor ao juiz meio alternativo de divulgação da alteração do regime de bens, a fim de resguardar direitos de terceiros”.

O apego à motivação e declaração das razões da alteração do regime de bens é um obstáculo à liberdade dos cônjuges na esfera patrimonial e revela um direito das famílias ainda marcado por forte presença estatal.⁵ A judicialização do procedimento de mudança do regime econômico já é um indicativo de uma postura paternalista do Estado na vida conjugal. Uma vez que a Lei assegura a liberdade dos nubentes na escolha do regime de bens, não há óbice para igual promoção da autonomia durante a vida conjugal, desde que resguardados os direitos de terceiros e eventual prejuízo de um dos cônjuges em casos de vulnerabilidade que justifique tal intervenção do Estado. Diante disso, a intimação do Ministério Público para atuar no procedimento, nos termos do art. 734, *caput*, é questionável na medida em que os cônjuges são plenamente capazes e, portanto, tal intervenção se mostra desarrazoada.

O atual movimento de desjudicialização⁶ e contratualização⁷ do direito das famílias preconiza uma maior autonomia dos cônjuges na autodeterminação da vida em comum em matéria existencial e patrimonial, o qual, inclusive, fortalece a reserva de privacidade da comunhão familiar conjugal. Por conseguinte, é indiscutível que a via judicial eleita

⁵ Segundo lição de Heloisa Helena Barboza: “Razoável concluir-se ter havido uma ‘flexibilização’ ou um ‘abrandamento’ do princípio, mas não sua rejeição, na medida em que a alteração do regime assume caráter de exceção, admitida uma vez atendidos os requisitos legais, não sendo suficiente para tal fim a vontade dos cônjuges” (BARBOZA, Heloisa Helena. Alteração do regime de bens e o artigo 2039 do Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 49-58, 2003, p. 51).

⁶ A Lei n. 11.441/2007 deu início ao processo de menor intervenção estatal ao prever a possibilidade de separação e divórcio consensuais por meio de escritura pública, diretamente no cartório de notas, desde que não tenham filhos menores ou incapazes e que estejam assistidos por advogados. Atualmente, com a entrada em vigor do vigente Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), o art. 733 permanece com a possibilidade de divórcio, separação e extinção da união estável consensuais através de escritura pública, desde que não haja filhos incapazes e a esposa esteja grávida e observados os requisitos legais. Em matéria de filiação, o Provimento n. 149, de 30 de agosto de 2023, atualmente em vigor, autoriza o reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoas acima de 12 anos perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais. Cabe registrar que de forma pioneira o Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017, dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva, sendo substituído pelo Provimento n. 83, de 14 de agosto de 2019 (Permita-se remeter a SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio; ALMEIDA, Vitor; FERNANDES, Manoela Gomes. A desjudicialização do direito de filiação e os direitos de crianças e adolescentes: notas sobre o Provimento nº 83 do Conselho Nacional de Justiça. *Revista Fórum de Direito Civil - RFDC*, v. 10, p. 57-80, 2021). Convém gizar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 1.167.478 (Tema 1.053 da Repercussão Geral), fixou o seguinte entendimento: “Após a promulgação da EC nº 66/2010, a separação judicial não é mais requisito para o divórcio nem subsiste como figura autônoma no ordenamento jurídico. Sem prejuízo, preserva-se o estado civil das pessoas que já estão separadas, por decisão judicial ou escritura pública, por se tratar de ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da CF)”.

⁷ Cf. BORRILLO, Daniel. *La famille par contrat: la construction politique de l’alliance et de la parenté*. Paris: PUF, 2018, *passim*. Em outra sede, já tivemos oportunidade de registrar: “O fortalecimento da autonomia privada em terreno familiar desagua, inevitavelmente, na ‘despublicização’ de parte das suas normas, sobretudo daquelas voltadas a pessoas adultas e capazes e com simetria de forças, o que impõe a não intervenção do Estado nas relações familiares baseadas em relações horizontais, portanto nas quais não se constata a existência de qualquer marcador de vulnerabilidade hábil a sujeitar um membro a outro dentro da estrutura de poder intrafamiliar. Um direito de família menos interventivo e voltado para as expressões, vontades e desejos dos seus integrantes molda-se às lentes constitucionais que promovem a autonomia e a dignidade da pessoa humana, sem descurar dos elos de solidariedade que amalgamam as relações intrafamiliares verticais e marcadas pela vulnerabilidade” (BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. *Contratualização das famílias e inexecução dos pactos antenupciais: admissibilidade e limites de cláusula penal*. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Orgs.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. v. 02, Rio de Janeiro: Editora Processo, 2021, p. 990-991).

para a alteração do regime de bens e as exigências de minuciosa descrição do acervo patrimonial do casal é marca da resistente e forte intervenção estatal em domínio da vida privada do casal.

Por isso, parece salutar e adequada uma compreensão que promova a liberdade dos cônjuges para a alteração do regime de bens no curso do casamento, tendo em vista que, não raras vezes, as dinâmicas pessoais e profissionais de cada cônjuge são substancialmente modificadas e demandam nova eleição de regras patrimoniais condizentes com o novo momento do relacionamento. É de se averiguar, inclusive, se a manutenção da via judicial para o procedimento de alteração do regime ainda é compatível com o princípio da mínima intervenção e da promoção da liberdade da vida conjugal,⁸⁻⁹ nos termos do § 7º, art. 226 da Constituição de 1988 e do art. 1.513 do Código Civil.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n. 1.904.498, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, entendeu que a “melhor interpretação que se pode conferir ao § 2º do art. 1.639 do CC é aquela no sentido de não se exigir dos cônjuges justificativas ou provas exageradas”, uma vez que devem ser observados os “limites impostos para garantia da dignidade da pessoa humana, dos quais decorrem a proteção da vida privada e da intimidade, sob o risco de [...] tolher indevidamente a liberdade dos cônjuges no que concerne à faculdade de escolha da melhor forma de condução da vida em comum”.¹⁰ Tal entendimento se coaduna com a necessária preservação da vida privada e da inviolabilidade do núcleo familiar, de modo permitir a alteração do regime de bens a partir das mais diferentes motivações de índole pessoal ou profissional, desde que preservados os direitos de terceiros.

⁸ Nesse sentido, defende abalizada doutrina: “Ao propósito, poder-se-ia entrever, de maneira prospectiva, linha de tendência a retirar da competência do Judiciário procedimentos que, como a alteração de regime de bens, poderiam ser levados a cabo diretamente pelas partes. [...] deve-se cogitar da possibilidade de mudança legislativa que autorize a alteração extrajudicial do regime de bens, desde que assegurada, evidentemente, a proteção de terceiros, por meio de certidões negativas atinentes a dívidas e execuções em face dos cônjuges. É a tendência que vem se desenhando de maior privatização da família, principalmente quando se trata de questões entre pessoas livres e iguais, tal qual os cônjuges” (TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Fundamentos do Direito Civil: Direito de Família*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 111).

⁹ De acordo com Maria Celina Bodin de Moraes e Renata Vilela Multedo: “A ideia de que o conteúdo da relação íntima é assunto exclusivo daqueles nela envolvidos – sendo cada casal visto como seu próprio legislador – supõe que os sistemas jurídicos eliminem progressivamente os conteúdos que outrora infligiam a todos, e que hoje devem estar sujeitos à negociação. Isso porque cônjuges e conviventes, ao espontaneamente escolherem realizar uma comunhão de vida, assumem compromissos entre si. Não são apenas os compromissos de natureza existencial de que se está falando. É fundamental que possam dispor de seu patrimônio da forma que lhes pareça mais aceitável, considerando o impacto que essas questões têm na vida familiar”. BODIN DE MORAES, Maria Celina; MULTEDO, Renata Vilela. A privatização do casamento. *Civilistica.com*, a. 5, n. 2, 2016, p. 19.

¹⁰ STJ, REsp. n. 1.904.498-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 04 mai. 2021, publ. 06 mai. 2021.

O presente artigo tem por objetivo analisar, em perspectiva crítica, por meio do método indutivo exploratório e pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, a configuração da disciplina de alteração do regime de bens à luz da mínima intervenção do Estado nas relações familiares e da promoção da liberdade dos cônjuges, em especial a partir do exame do julgamento do Recurso Especial n. 1.904.498 pelo Superior Tribunal de Justiça.

2. A disciplina do regime de bens e sua mutabilidade

Na linha do Código Civil pretérito, a atual codificação manteve a liberdade de escolha do regime de bens (art. 1.639 e 1.640, parágrafo único), podendo os nubentes optar por um dos quatro regimes típicos que disciplina, quais sejam: comunhão parcial, comunhão universal, participação final nos aquestos e separação convencional de bens. Manteve, após a modificação da Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77), a comunhão parcial como regime legal ou supletivo (art. 1.640) e a separação de bens como regime obrigatório nos casos que indica (art. 1.641).¹¹ Aos nubentes, portanto, lhes é lícito escolher, em princípio, o regime que lhes convenha, não estando sequer subordinados aos regimes típicos previstos no Código Civil, uma vez que é permitido combiná-los, formando um regime misto, desde que respeitadas as normas de ordem pública.

Na hipótese em que os nubentes não exercem a faculdade de escolha, prevalecerá o regime supletivo previsto no Código Civil (art. 1.640). Cuida-se de razoável intromissão legislativa na vida patrimonial do casal, na medida em que os efeitos econômicos são inevitáveis, ou seja, o regime de bens, ainda que não reflita uma opção deliberada dos cônjuges, ele está sempre presente. Caso a escolha seja diversa do regime supletivo, os nubentes devem celebrar um pacto antenupcial no qual estipulem o regime escolhido e os demais ajustes acordados, de natureza patrimonial ou existencial.¹²

Nesse sentido, o pacto antenupcial é facultativo, embora necessário caso os nubentes decidam adotar regime de bens diverso do legal. Infere-se, por conseguinte, que a

¹¹ Cabe destacar que o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, no julgamento do ARE n. 130.964, apreciando o tema 1.236 da repercussão geral, fixou a seguinte tese: “Nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoa maior de 70 anos, o regime de separação de bens previsto no art. 1.641, II, do Código Civil, pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes, mediante escritura pública”. Em perspectiva crítica, seja consentido remeter a ALMEIDA, Vitor; CALMON, Patrícia Novais. Regime de bens e etarismo presumido velado: breve análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no ARE 1.309.642. Disponível: ibdfam.org.br/. Acesso em 10 fev. 2024.

¹² Cf. MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Pacto antenupcial na hermenêutica civil-constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CICCO, Maria Cristina de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (coords.) *Direito Civil na legalidade constitucional*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

liberdade dos nubentes, desde o Código Civil de 1916 até o vigente, encontra livre espaço quanto à escolha do regime de bens, ou seja, do estatuto patrimonial aplicável à sociedade conjugal após o casamento. Na codificação anterior, como já explicitado, essa liberdade era restrita à fase pré-nupcial, uma vez que o regime uma vez adotado era considerado imutável.

Nos termos do art. 1.639, § 1º, do Código Civil, o regime de bens eleito passa a vigorar desde a data do casamento¹³ e produz diversos efeitos entre os cônjuges e perante terceiros. Sem dúvida, a introdução no direito brasileiro da possibilidade de mudança do regime escolhido pelos cônjuges, conforme reza o art. 1.639, § 2º, é sintomático tanto por corresponder às dinâmicas hodiernas dos enlaces conjugais¹⁴ quanto por revelar resquício da indissolubilidade do vínculo conjugal. Apesar da louvável disposição, a redação é reflexo da forte intervenção do Estado nas relações conjugais e fortemente restritiva.

O legislador indicou expressamente os requisitos necessários para a modificação do regime de bens, que deve ser feito conjuntamente, por ambos os cônjuges, através da via judicial, mediante motivo fundado e ressalvados os direitos de terceiros. Cuida-se de “exteriorização da vontade de ambos”,¹⁵ a revelar o consenso quanto à modificação. Como bem pontua Heloisa Helena Barboza, “admitir o pedido formulado por um só dos cônjuges, seria impor ao outro um novo regime, o que não seria razoável: o acordo de vontades que orientou a escolha original deve orientar a alteração, visto que apenas a lei pode impor um regime e o faz por causas entendidas justas pelo legislador”.¹⁶

Questão controvertida é o pedido de alteração do regime de bens por cônjuge submetido à curatela. Segundo abalizada doutrina, a declaração de incapacidade relativa do cônjuge “posterior ao casamento não deve impedir, por si só, a modificação do regime, já que

¹³ “Art. 1.639. [...] § 1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento”.

¹⁴ De acordo com Heloisa Helena Barboza: “Os ‘ponderosos motivos’ que sustentavam a irrevogabilidade do regime, refletiam o pensamento da época e não resistiram, de todo, ao tempo. Se ainda persiste a necessidade de respeito aos interesses de terceiros, não há mais que se cogitar de relações perpétuas e imutáveis, muito menos o casamento, hoje dissolúvel e sujeito, no aspecto patrimonial, às intempéries econômico-financeiras de um mundo dito ‘globalizado’ e de uma sociedade mutante”. BARBOZA, Heloisa Helena. Alteração do regime de bens e o artigo 2039 do Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 49-58, 2003, p. 51.

¹⁵ TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Fundamentos do Direito Civil: Direito de Família*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 107.

¹⁶ BARBOZA, Heloisa Helena. Alteração do regime de bens e o artigo 2039 do Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 49-58, 2003, p. 51.

sequer impede a dissolução da sociedade conjugal”,¹⁷⁻¹⁸ o que atrairia a aplicação do art. 1.576, parágrafo único, do Código Civil, diante da inexistência de dispositivo específico.¹⁹ No entanto, ressalva-se que “forte deve ser a motivação, a demonstrar, de modo cabal, benefício para o incapaz, sob pena de contrariar o espírito do instituto da interdição, ou seja, o de proteger o incapaz.”²⁰

Após a promulgação da Lei 13.146/2015, conhecida como Lei Brasileira de Inclusão ou Estatuto da Pessoa com Deficiência, indaga-se se é obrigatória a intervenção do curador em todas as hipóteses em que a pessoa curatela promover a alteração. Em outra sede, já se teve oportunidade de afirmar que, em regra, “não cabe, *a priori*, também a participação do curador nos casos de alteração do regime de bens”, uma vez que “[...] eventual pedido no qual um dos cônjuges ou ambos estejam curatelados impõe que o magistrado verifique a extensão dos poderes do curador e a capacidade de compreensão da pessoa curatela em promover o ato, de modo a evitar prejuízos ou abusos indevidos”.²¹ Por conseguinte, é imperioso verificar os limites da curatela de modo a compreender se a própria pessoa curatelada não pode pleitear diretamente a alteração do regime de bens ou se o curador definitivo possui legitimidade para requerer diante do caráter personalíssimo da ação, mas neste caso apenas se em benefício do incapaz, o que

¹⁷ BARBOZA, Heloisa Helena. Alteração do regime de bens e o artigo 2039 do Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 49-58, 2003, p. 51.

¹⁸ No julgamento do REsp. 1.645.612-SP, o Superior Tribunal de Justiça concluiu “não ser possível equiparar o curador provisório e o curador definitivo de modo que a melhor interpretação aos arts. 1.576, parágrafo único, e 1.582, caput, do CC/2002, é no sentido de, em regra, limitar a sua incidência exclusivamente ao curador definitivo, especialmente diante da potencial irreversibilidade dos efeitos concretamente produzidos com a eventual procedência da ação de dissolução de vínculo conjugal ajuizada pelo curador provisório, inclusive no que diz respeito a terceiros. Diante desse cenário, é possível concluir, em síntese, que: (i) a ação em que se pleiteia a dissolução do vínculo conjugal, por possuir natureza personalíssima, deve ser ajuizada, em regra, pelo próprio cônjuge; (ii) excepcionalmente, admite-se a representação processual do cônjuge por curador, ascendente ou irmão; (iii) justamente em virtude de se tratar de representação de natureza absolutamente excepcional, a regra que autoriza terceiros a ajuizarem a ação de dissolução de vínculo conjugal deverá ser interpretada restritivamente, limitando-se a sua incidência apenas à hipótese de curatela definitiva; (iv) em situações ainda mais excepcionais, poderá o curador provisório ajuizar a ação de dissolução do vínculo conjugal em representação do cônjuge potencialmente incapaz, desde que expressa e previamente autorizado pelo juiz após a oitiva do Ministério Público, como orientam os arts. 749, parágrafo único, do CPC/2015, e 87 da Lei n. 13.146/2015”. STJ, REsp 1.645.612-SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 16 out. 2018, publ. 12 nov. 2018

¹⁹ “Art. 1.576. [...] Parágrafo único. O procedimento judicial da separação caberá somente aos cônjuges, e, no caso de incapacidade, serão representados pelo curador, pelo ascendente ou pelo irmão”. Atualmente, o dispositivo necessita ser relido diante do entendimento do Supremo Tribunal Federal no qual a separação judicial não mais subsiste como figura autônoma no ordenamento pátrio, devendo ser aplicado aos casos de divórcio.

²⁰ “A aferição dos motivos deve ser feita de modo diferenciado, posto que indispensável atender os interesses soberanos daquele que não pode manifestar pessoalmente sua vontade”. BARBOZA, Heloisa Helena. Alteração do regime de bens e o artigo 2039 do Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 49-58, 2003, p. 51-52.

²¹ ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 311. Acrescenta-se, ademais, que a única hipótese em que se justifica a participação do Ministério Público nos procedimentos de alteração de regime de bens é diante da presença de cônjuge incapaz em razão de mandamento constitucional.

inclusive justificaria a via judicial e a procedência das razões invocadas na vara de família após autorização do juízo orfanológico.

Conforme já salientado, nos termos codificados, a alteração do regime de bens encontra limites, que podem ser agrupados em três feixes, a saber: (i) forma; (ii) conteúdo; e, (iii) direitos de terceiros.²² Em relação à forma já foram tecidas substanciais críticas em relação à exclusividade do recurso judicial, o que viola a liberdade e privacidade dos cônjuges, bem como impede a celeridade do ato. No que tange ao conteúdo referente à modificação do regime, doutrina abalizada entende que é vedado contrariar disposição absoluta de lei, razão pela qual “não poderá ser modificado o regime obrigatório da separação de bens (art. 1.641, do CC)”.²³ Atualmente, nos casos de pessoas septuagenárias, após o julgamento do ARE 1.309.642 (Tema 1.236), restou definido que podem alterar o regime legal por meio de autorização judicial no caso de casamento, ressalvando que a produção dos efeitos em relação à divisão do patrimônio não retroage.

Em relação aos cônjuges, a alteração do regime de bens pode alterar a concorrência sucessória, o que configuraria violação à norma de ordem pública, na visão de parcela da doutrina. Nesse sentido, Heloisa Helena Barboza entende que, “dada a natureza da matéria, o regime não pode ser alterado com o fim *exclusivo* de retirar o requisito que habilita o cônjuge sobrevivente a concorrer com os descendentes (art. 1829, I, do CC) do cônjuge falecido”.²⁴ Um dos principais argumentos para tal vedação consiste na possibilidade mascarar “uma ‘renúncia antecipada’ à herança, afrontando o disposto no art. 426, do Código Civil. Se inadmissível a renúncia, por igual seu simulacro”.²⁵

Ponto nodal da questão é que o Código Civil de 2002, ao mesmo tempo, em que introduziu a possibilidade de alteração do regime de bens, igualmente vinculou a concorrência sucessória ao regime escolhido, nos termos do art. 1.829, inciso I. Em outros termos, cada regime patrimonial escolhido pelos consortes possui efeitos sucessórios, o que implica automática modificação da concorrência sucessória em razão

²² BARBOZA, Heloisa Helena. Alteração do regime de bens e o artigo 2039 do Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 49-58, 2003, p. 53.

²³ BARBOZA, Heloisa Helena. Alteração do regime de bens e o artigo 2039 do Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 49-58, 2003, p. 54.

²⁴ BARBOZA, Heloisa Helena. Alteração do regime de bens e o artigo 2039 do Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 49-58, 2003, p. 54.

²⁵ BARBOZA, Heloisa Helena. Alteração do regime de bens e o artigo 2039 do Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 49-58, 2003, p. 54. Nesse sentido, ainda sinaliza abalizada doutrina “não ser admitida a alteração do regime de bens com o objetivo de fraudar as regras de sucessão” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme à Constituição da República*. Vol. IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 262).

da alteração do regime de bens, o que, *a priori*, pode inevitavelmente ensejar fraude sucessória. Cabe sublinhar que não há expectativa de direito à herança, por conseguinte, é o regime de bens em vigor no momento do falecimento que regerá os efeitos sucessórios para fins de concorrência. Salvo cabal demonstração de fraude sucessória, não há que se falar em afronta ao art. 426 da Lei Civil, uma vez que tal compreensão acabaria por limitar fortemente o direito dos cônjuges à alteração do regime de bens.

Logo após a promulgação do Código Civil de 2002 instaurou-se acesa controvérsia quanto à aplicação da disposição do art. 1.639, § 2º aos casamentos celebrados em data anterior a sua vigência, sobretudo em razão da redação do art. 2.039, segundo o qual “o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido”. A rigor, a interpretação mais consentânea à luz de todo ordenamento jurídico caminha no sentido de prestigiar a autonomia dos cônjuges, com ampla liberdade para regularem suas relações patrimoniais, independentemente da data na qual o casamento tenha sido realizado, desde que preserve os interesses de terceiros.²⁶ Desse modo, não há óbice e nem encontraria respaldo no ordenamento a vedação da alteração do regime de bens para os casamentos celebrados em datas anteriores à promulgação do Código Civil vigente.

Constata-se, portanto, que a trajetória histórica da liberdade conjugal no Brasil tem sido conquistada de forma vagarosa, na medida em que as resistências são minadas paulatinamente. O próprio Código Civil ao introduzir a possibilidade de mutabilidade do regime de bens o fez de forma extremamente cautelosa e ainda interventiva em nome da proteção dos cônjuges e de terceiros, mas, a rigor, tais exigências mais refletem os resquícios do perfil institucional, solene e autoritário do casamento.

²⁶ Heloisa Helena Barboza leciona, ainda, em reforço aos argumentos favoráveis o seguinte: “Essa última linha, de aplicação da nova lei aos casamentos anteriores, franqueando a alteração do regime de bens, encontra reforço na Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual a lei em vigor tem efeito imediato e geral (art. 6º), respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Por conseguinte, em princípio, a lei nova deve ser aplicada a todos os casamentos, portanto, inclusive aos anteriores a janeiro de 2003. [...] Segue-se, desse modo, a orientação contida no artigo 2.035, segundo o qual a validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor da nova lei, obedece ao disposto na lei anteriores, mas seus efeitos, produzidos após a vigência do Código de 2002, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. O artigo 2.039 especializa, pelas razões apresentadas, a regra de transição no que se refere ao regime de bens que é o estabelecido no Código Civil de 1916, na forma acima aludida”. BARBOZA, Heloisa Helena. Alteração do regime de bens e o artigo 2039 do Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 49-58, 2003, p. 56. Cf. tb. TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Fundamentos do Direito Civil: Direito de Família*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 107-108. O tema foi objeto do Enunciado n. 260 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “A alteração do regime de bens prevista no § 2º do art. 1.639 do Código Civil também é permitida nos casamentos realizados na vigência da legislação anterior”.

2.1. Os efeitos da decisão de modificação do regime de bens: entre a liberdade e a proteção dos direitos de terceiros

A preocupação com as repercussões na esfera jurídica de terceiros em razão da alteração do regime de bens revela a necessária atenção ao princípio da boa-fé objetiva, em especial à confiança despertada nos credores, bem como ao resguardo dos objetivos comuns dos cônjuges e à realidade fática, de modo a evitar prejuízo a um dos consortes, sobretudo nos casos de vulnerabilidade acentuada de gênero. Por isso, alerta-se sobre a necessidade de valoração casuística da “legitimidade da retroatividade convencional da alteração de regime”, uma vez que este “representa a lei aplicável às relações patrimoniais do casal”.²⁷ Por isso, “há que se preservar o ato jurídico perfeito e o direito adquirido na constância do regime de bens em vigor no momento da constituição de direitos pelos cônjuges”.²⁸

De fato, observa-se forte cautela em relação aos direitos de terceiros que porventura venham a ser alcançados com a alteração do regime de bens, o que exige a devida publicidade da pretendida modificação.²⁹ O art. 734, em seus §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, estabelece que a decisão somente pode ocorrer decorrido o prazo de 30 (trinta) dias da publicação do edital ou de meio alternativo de divulgação da alteração do regime de bens, com o fito de resguardar os direitos de terceiros. Apesar de tal disposição, sustenta-se que é “de todo dispensável a publicação de edital para emprestar publicidade à mudança”.³⁰ A rigor, uma vez que tanto o Código Civil quanto o Código de Processo Civil ressalvam expressamente os interesses de terceiros, tal providência se mostra pouco útil em seu objetivo de ampla publicização e revela mais uma restrição desarrazoada por parte do Estado.

Desde a entrada em vigor do Código Civil, a doutrina diverge a respeito do termo inicial da alteração do regime de bens, sobretudo em relação à retroatividade ou não da alteração do regime de bens após o trânsito em julgado da decisão judicial.³¹ O eloquente

²⁷ TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Fundamentos do Direito Civil: Direito de Família*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 110.

²⁸ TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Fundamentos do Direito Civil: Direito de Família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 110-111.

²⁹ Neste sentido, o Enunciado n. 113 da I Jornada de Direito Civil: “É admissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade”.

³⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 335.

³¹ Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes advogam que os efeitos da alteração do regime de bens têm natureza *ex nunc*, na medida em que “os atos realizados na vigência do regime anterior terão seus efeitos por ele regidos. Da mesma forma, os atos realizados na vigência do novo regime observarão a nova disciplina jurídica”. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme à Constituição da República*, vol. IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 261.

silêncio legislativo é o festim perfeito para a acirrada controvérsia a respeito do tema, uma vez que duelam a segurança jurídica e a boa-fé de terceiros e a autonomia dos cônjuges. Fundamental, no entanto, distinguir os destinatários dos efeitos relativos à alteração do regime de bens, na medida em que a interpretação do art. 1.639, § 2º, do Código Civil parece autorizar a retroatividade em relação aos cônjuges, que em legítimo exercício da autonomia patrimonial podem arquitetar os efeitos desejados, enquanto que o mesmo dispositivo, por outro lado, projeta a opção legislativa da inafastável proteção dos direitos de terceiro, o que conduz à inafastável irretroatividade, ou seja, com efeitos apenas para o futuro.³² Há, ainda, quem defenda que a eficácia da decisão judicial depende da efetiva ampliação da garantia dos credores,³³ sendo vedada a retroatividade *in pejus*.

A trajetória da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito do assunto começou a se delinear a partir do julgamento do Recurso Especial n. 730.546/MG, de relatoria do Ministro Jorge Scartezini, no qual se entendeu como razoável:

[...] não considerar o art. 2.039 do CC/2002 como óbice à aplicação de norma geral, constante do art. 1.639, § 2º, do CC/2002, concernente à alteração incidental de regime de bens nos casamentos ocorridos sob a égide do CC/1916, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido, não havendo que se falar em retroatividade legal, vedada nos termos do art. 5º, XXXVI, da CF/88, mas, ao revés, nos termos do art. 2.035 do CC/2002, em aplicação de norma geral com efeitos imediatos.³⁴

Por sua vez, no julgamento do Recurso Especial n. 821.807/PR, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, no qual se analisou a possibilidade de alteração do regime da separação obrigatória para o regime da comunhão parcial em razão da cessação da incapacidade civil que constituía causa suspensiva. Na mesma linha, se entendeu que “mostra-se necessária a distinção no que se refere aos fatos anteriores e os efeitos pretéritos do regime anterior, que permanecem, por certo, sob a regência da lei antiga. Todavia, a partir da alteração do regime de bens, passa o CC/02 a reger a nova relação do casal. Por

³² Na lição de Heloisa Helena Barboza: “Cabe lembrar que o regime de bens produz efeitos entre os cônjuges e entre estes e terceiros. Há, portanto, duas gamas de atos que seriam atingidos, indiscriminadamente, pela lei, podendo gerar situações de perplexidade, em razão das peculiaridades de cada regime”. BARBOZA, Heloisa Helena. Alteração do regime de bens e o artigo 2039 do Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 49-58, 2003, p. 56.

³³ “Quanto ao início dos efeitos, a regra a ser observada é a seguinte: a alteração de regime de bens apenas valerá para o futuro, não prejudicando os atos jurídicos perfeitos; a mudança poderá alcançar os atos do passado se o regime adotado (exemplo: substituição de separação convencional por comunhão parcial ou universal) beneficiar terceiro credor, pela ampliação das garantias patrimoniais”. LÔBO, Paulo. *Direito civil*: volume 5: famílias. 8. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 153.

³⁴ STJ, REsp. 730.546/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini, julg. 23 ago. 2005, publ. 03 out. 2005.

isso, não há se falar em retroatividade da Lei Civil, vedada pelo art. 5º, inc. XXXVI, da CF/88, e sim em aplicação de norma geral com efeitos imediatos”.³⁵

Por ocasião do julgamento do REsp. 1.300.036/MT, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que a mutabilidade do regime de bens tem efeito *ex nunc* diante da ausência de disposição legal sobre o assunto e com o objetivo de preservação dos interesses dos cônjuges e de terceiros, tendo reformado o acórdão que fixou entendimento no sentido da retroação dos efeitos da modificação com base na unicidade de regime de bens durante toda a vigência do casamento.³⁶

Em caso peculiar, o Superior Tribunal de Justiça foi instado a se manifestar a respeito da possibilidade de retroatividade na hipótese de pedido dos cônjuges para a alteração do regime da separação convencional para o da comunhão universal de bens. Nas instâncias ordinárias, a modificação foi autorizada, mas o termo inicial foi fixado com o trânsito em julgado da sentença. Diante da singularidade do caso, a Corte entendeu que, em razão da própria natureza do novo regime e ressaltados os interesses de terceiros e dos cônjuges, é admissível a retroatividade dos efeitos, tendo em vista a intenção manifesta dos cônjuges de comunicação plena dos bens pretéritos e futuros e o reforço da garantia de eventual satisfação do crédito, nos termos do art. 1.667 do Código Civil.³⁷

Conforme se vê, o panorama da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em matéria de eficácia da modificação do regime de bens é no sentido da irretroatividade, ou seja, os bens adquiridos e os negócios jurídicos já celebrados antes do trânsito em julgado da decisão autorizativa devem permanecer sob o pálio do regime anterior, sendo a nova opção dos cônjuges destinada para os futuros atos praticados. No entanto, parece acenar a Corte Superior que a modulação dos efeitos depende da aferição em concreto da própria natureza do regime escolhido e da inexistência de prejuízos à terceiros, o que supera o entendimento estanque dos efeitos sem uma análise das circunstâncias do caso concreto.

Segundo Heloisa Helena Barboza, a “produção de efeitos se dá: entre os cônjuges, após o trânsito em julgado da decisão que deferir o pedido; perante terceiros: após a averbação

³⁵ STJ, REsp. 821.807/PR, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, julg. 19 out. 2006, publ. 13 nov. 2006.

³⁶ STJ, REsp 1.300.036/MT, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 13 mai. 2014, publ. 20 mai. 2014. No mesmo sentido, cf. REsp 1.533.179/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 08 set. 2015, publ. 23 set. 2015; REsp 1.947.749/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, julg. 14 set. 2021, publ. 16 set. 2021.

³⁷ “Assim, repise-se, a hipótese do presente recurso é diversa, na medida em que as partes casaram-se pelo regime da separação eletiva de bens e, valendo-se da autonomia de vontade, optam agora por alterá-lo para o regime da comunhão universal de bens (o que supera, portanto, a comunhão parcial), manifestando, expressamente, a intenção de comunicar todo o patrimônio, inclusive aquele amealhado antes de formulado o pedido de alteração” (STJ, REsp 1.671.422/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, julg. 25 abr. 2023, publ. 30 mai. 2023).

da sentença nos cartórios do Registro Civil das Pessoas Naturais e do Registro de Imóveis”.³⁸ Desse modo, a alteração do regime de bens do casamento somente produz efeitos a partir do trânsito em julgado da decisão judicial que a homologou – portanto, tem eficácia *ex nunc* –, o que tem por fim resguardar os interesses de terceiros. Sublinhe-se, no entanto, que, em relação aos cônjuges, “é possível admitir-se a eficácia *ex tunc* da sentença, na medida em que se trata de direito disponível”,³⁹ bem como já ressalvados os direitos de terceiros.

Nessa linha, nada impede que os efeitos da mudança do regime sejam retroativos em relação aos bens adquiridos antes do pedido de alteração ou mesmo antes do casamento, desde que a eficácia se limite aos cônjuges. Conforme já salientado, “a mudança pode atingir bens comuns ou particulares, bens já existentes ou bens futuros. A retificação pode ter efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, a depender da vontade dos cônjuges, contanto que não prejudique terceiros”.⁴⁰ Ao garantir os direitos de terceiros reforça-se a possibilidade de retroatividade dos efeitos da alteração do regime de bens, caso contrário seria dispensável tal preocupação. Por isso, o pedido de alteração para o regime da comunhão universal implica, por óbvio, a retroação. Em outro giro, a adoção na constância do casamento da separação convencional de bens igualmente necessita de efeitos retroativos, sendo inclusive necessária a partilha de bens, caso existam.

Indispensável compreender que a alteração do regime de bens reflete a escolha do casal na condução da vida econômica, sendo de todo relevante, inclusive, para a permanência da convivência. No que tange à eficácia entre os cônjuges, a modulação dos efeitos é válida se decorrer da vontade do casal e desde que não prejudique um dos cônjuges economicamente vulnerável. Por sua vez, há que se assegurar que a proteção dos terceiros de boa-fé de modo a evitar práticas fraudulentas, de todo repugnadas pelo Direito.

3. A mínima intervenção estatal na esfera conjugal e a mudança de regime de bens

A trajetória do direito das famílias descortina uma crescente busca pela diminuição da intervenção do Estado, especialmente, nas relações conjugais, eis que, em regra, são compostas por sujeitos paritários e em condições de autodeterminar as regras da

³⁸ BARBOZA, Heloisa Helena. Alteração do regime de bens e o artigo 2039 do Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 49-58, 2003, p. 53.

³⁹ TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Fundamentos do Direito Civil: Direito de Família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 111.

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 254-255.

comunhão de vida. Almeja-se, decerto, como já afirmado, que o “fortalecimento da autonomia privada em terreno familiar deságua, inevitavelmente, na ‘despublicização’ de parte das suas normas, sobretudo daquelas voltadas a pessoas adultas e capazes e com simetria de forças, o que impõe a não intervenção do Estado nas relações familiares baseadas em relações horizontais”, ou seja, naquelas em que “não se constata a existência de qualquer marcador de vulnerabilidade hábil a sujeitar um membro a outro dentro da estrutura de poder intrafamiliar”.⁴¹

Nesse cenário, impõe-se a demarcação de espaços de não intervenção, ou seja, de não regulamentação, de modo a permitir que os próprios integrantes do arranjo familiar criem suas próprias regras, fincando limites para a heteronomia estatal. Por outro lado, há zonas que a proteção de vulneráveis desafiam uma tutela mais enérgica voltada à promoção da igualdade substancial e da não-discriminação. Por isso, defende-se um “direito de família menos interventivo e voltado para as expressões, vontades e desejos dos seus integrantes molda-se às lentes constitucionais que promovem a autonomia e a dignidade da pessoa humana, sem descuidar dos elos de solidariedade que amalgamam as relações intrafamiliares verticais e marcadas pela vulnerabilidade”.⁴²

Diante desse cenário, o direito das famílias, hoje, enfrenta o desafio de proteger os sujeitos vulneráveis ao mesmo tempo em que preconiza a redução da intervenção estatal por meio de uma regulamentação compatível com o direito de decidir a respeito das escolhas íntimas e pessoais. Nesse viés, a tutela das relações familiares oscila entre a primazia do princípio da liberdade nas relações simétricas ou de aceitável paridade e o reforço da solidariedade familiar nas situações em que a vulneração e as violências de diferentes formas emergem. Por isso, visualiza-se um direito das famílias bifronte – mínimo nas relações conjugais e convivências, em regra, e máximo nas relações desiguais.

A pluralidade das entidades familiares, constitucionalmente estabelecida no art. 226, além de permitir que arranjos não fundados no casamento fossem igualmente merecedores de tutela no ordenamento jurídico brasileiro, igualmente descortinou a genuína vocação da teia familiar como *locus propício* e adequado para o desenvolvimento

⁴¹ BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Contratualização das famílias e inexecução dos pactos antenupciais: admissibilidade e limites de cláusula penal. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Orgs.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. v. 02, Rio de Janeiro: Editora Processo, 2021, p. 990-991.

⁴² BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Contratualização das famílias e inexecução dos pactos antenupciais: admissibilidade e limites de cláusula penal. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Orgs.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. v. 02, Rio de Janeiro: Editora Processo, 2021, p. 991.

da personalidade e realização pessoal de cada um de seus membros. Embora sua estrutura e função tenham sido profundamente modificadas, a disciplina familista ainda é marcada por normas rígidas e impositivas, que pouca liberdade confere aos cônjuges e conviventes⁴³, sobretudo para autorregulação da condução da vida comum. Nesse cenário, visualiza-se um estatuto familiar-conjugal predominantemente composto de disposições de ordem pública, que ainda impõe limites à autonomia conjugal para fins de regulamentação dos desígnios de condução da vida a dois, inclusive no âmbito patrimonial, no qual a forte presença do Estado na modificação do regime de bens é um exemplo emblemático.

Nessa linha, preconiza-se uma regulamentação minimalista nas relações conjugais ou convivenciais, nas quais há presunção de simetria, que, por óbvio, pode ser afastada diante de circunstâncias que demonstrem a vulneração de uma das partes. Nessa direção, defende-se que tal disciplina jurídica contenha “apenas um arcabouço mínimo de direitos-deveres, com a finalidade de traçar regras supletivas para aqueles que decidam formalizar sua união civil perante o Estado, de modo a deixar as pessoas livres para estabelecerem suas próprias formações familiares”.⁴⁴

A ainda persistente intervenção do Estado, especialmente, nas relações patrimoniais de família revela dose de paternalismo incompatível com os desígnios constitucionais, que, em seu pilar central, se volta à promoção da autodeterminação individual. Por isso, a judicialização do procedimento de alteração do regime de bens, a participação do Ministério Público, a exigência de enunciação dos motivos e da detalhada descrição e inventário dos bens do casal demonstram que a inviolabilidade da vida privada familiar e a reserva de intimidade do casal são frontalmente violados.

João Batista Vilela já defendia sob a égide do Código Civil revogado, em homenagem à liberdade no ambiente conjugal, que:

[...] na área patrimonial vê-se limitar a relativa rigidez dos modelos por maior poder de auto-regulação (sic), devolvendo-se ao casal a faculdade de imprimir, ele próprio, o perfil econômico do seu projeto de vida. Certas tendências contrárias, ao nível da definição do regime de bens, seriam de explicar antes

⁴³ Cabe registrar que a análise da alteração do regime de bens na união estável escapa aos estreitos limites do presente trabalho. Seja consentido remeter a ALMEIDA, Vitor; ABREU, Luciana. Alteração extrajudicial do regime de bens na união estável: autonomia e segurança dos conviventes. Disponível em: www.migalhas.com.br/. Acesso em 18 fev. 2024.

⁴⁴ BODIN DE MORAES, Maria Celina; MULTEDO, Renata Vilela. A privatização do casamento. *Civilistica.com*, a. 5, n. 2, 2016, p. 10.

e sobretudo, pelo imanente propósito de apoiar, também da gestão patrimonial, o princípio da igualdade entre os cônjuges, pelo que, se são, sob certos aspectos, restritivas de liberdade, visam, por outro, a garanti-la no marco de valores mais relevantes.⁴⁵

Nessa linha, questiona-se se a forte intervenção estatal na esfera patrimonial dos cônjuges atende ao postulado da igualdade conjugal e à autodeterminação na condução da vida econômica do casal. Não é de hoje que já se salientou um “curioso paradoxo” na disciplina do regime de bens adotado na Lei Civil anterior, eis que assegurava “aos nubentes a mais ampla liberdade de estabelecer o estatuto econômico de seu casamento, podendo levá-los ao capricho pessoal (art. 256)”, enquanto tornou “irreversível, após o casamento, o regime adotado, qualquer que seja ele (art. 230)”.⁴⁶ A perspicaz observação de João Batista Villela já revelava que a imutabilidade da alteração do regime de bens “não tem a menor razão de ser”, uma vez que os argumentos que se invocavam eram de “incontestável fragilidade”, posto que baseado em visão “conspiratória” do casamento.⁴⁷

A rigor, a limitação à autodeterminação dos cônjuges em relação à mudança do regime de bens funda-se em dois principais argumentos. Em primeiro lugar, arvoram-se as teses que defendem a fraqueza de um dos cônjuges e eventual proveito exclusivo do outro, o que destoa francamente da atual concepção baseada na comunhão de afetos, em superação da visão do casamento-providência celebrados em prol de uma suposta segurança econômica⁴⁸. A vulnerabilidade nas relações conjugais, sem dúvida, é um marcador quase sempre presente, sobretudo em razão dos traços patriarcais e sexistas tão arraigados em nossa sociedade; no entanto, presumir que pessoas adultas e capazes em relacionamentos afetivos são necessariamente mais frágeis e submissas afronta a autodeterminação individual e de forma insidiosa solapa com o direito de escolha. Além disso, revela incoerência na medida em que antes do casamento o ordenamento não restringiu a escolha do regime de bens.

Acrescenta-se, ainda, a segurança de terceiros (*rectius*: credores) como outro argumento desfavorável à possibilidade de alteração do regime de bens. Não há dúvida que a garantia do crédito reclame uma efetiva tutela em prol do interesse do credor,

⁴⁵ VILLELA, João Baptista (Relator). Liberdade e família. In: *Comunicação à VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, Tese n. 32, pp. 657-687, 1980, p. 660-661.

⁴⁶ VILLELA, João Baptista (Relator). Liberdade e família. In: *Comunicação à VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, Tese n. 32, pp. 657-687, 1980, p. 674.

⁴⁷ VILLELA, João Baptista (Relator). Liberdade e família. In: *Comunicação à VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, Tese n. 32, pp. 657-687, 1980, p. 674.

⁴⁸ VILLELA, João Baptista (Relator). Liberdade e família. In: *Comunicação à VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, Tese n. 32, pp. 657-687, 1980, p. 674.

especialmente nos casos de fraude, o que, no entanto, não exige a irrevogabilidade do regime. Como já afirmado, a publicidade do ato de modificação é indispensável para a oponibilidade *erga omnes*, que depende de registro ou demonstração inequívoca da ciência por parte de terceiro⁴⁹, em nome da boa-fé objetiva e da tutela da confiança. Ademais, como visto, em regra, a eficácia *ex nunc* igualmente visa a proteção dos interesses dos credores, na medida em que eventual esvaziamento patrimonial ou intuito fraudulento não surte efeitos perante o terceiro, com fins a subtrair bens à ação dos credores. Mais uma vez, recorre-se às lições de João Baptista Villela, no sentido de não ser razoável o legislador projetar teorias conspiratórias⁵⁰ na regulamentação do casamento, sob pena de sua genuína vocação de comunhão familiar restar desfigurada.

4. Análise do Recurso Especial n. 1.904.498/SP: o Superior Tribunal de Justiça no trilho da promoção da autonomia patrimonial conjugal

Em caso submetido ao Superior Tribunal de Justiça, casal se insurgiu contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que confirmou sentença que determinou a apresentação de rol discriminado do patrimônio amealhado durante a convivência conjugal para fins de autorização da alteração do regime de bens. Dentre os motivos recursais, afirmaram que o Código Civil não prevê tal requisito como obrigatório para a mudança do estatuto patrimonial conjugal, bem como eventuais credores de boa-fé não seriam atingidos pela modificação pleiteada, uma vez que a decisão judicial, como visto, possui efeitos não retroativos. O tribunal paulista, sob o fundamento de “evitar riscos patrimoniais a terceiros”, manteve decisão de primeira instância que determinou que fossem juntadas ao processo certidão de casamento atualizada, certidões de distribuição cível e informações dos serviços de proteção ao crédito, bem como a relação dos bens que integram o patrimônio do casal, tais como “os documentos de propriedade dos bens do casal, notadamente os imóveis, com as respectivas matrículas atualizadas, incluindo-se os relativos a contas e investimentos em instituições financeiras, bem como a indicação de interessados na qualidade de credores e parceiros comerciais que possam ser prejudicados pela alteração do regime de bens, sob pena de extinção do feito sem resolução do mérito”.⁵¹

⁴⁹ VILLELA, João Baptista (Relator). Liberdade e família. In: *Comunicação à VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, Tese n. 32, pp. 657-687, 1980, p. 675.

⁵⁰ VILLELA, João Baptista (Relator). Liberdade e família. In: *Comunicação à VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, Tese n. 32, pp. 657-687, 1980, p. 674.

⁵¹ STJ, REsp. n. 1.904.498-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 04 mai. 2021, publ. 06 mai. 2021, p. 7-8.

O entendimento da Corte Superior, como visto, é no sentido de que os bens adquiridos (e os negócios realizados) antes da prolação de decisão judicial autorizativa da mudança devem permanecer sob os ditames do regime anterior, abarcando a nova opção dos cônjuges apenas os atos praticados posteriormente à sentença. Na linha da jurisprudência já consolidada, conforme exposto, permite-se a modificação do regime de bens escolhido pelo casal ainda que o casamento tenha sido celebrado na vigência da Lei Civil anterior. Nesse sentido, nos termos do voto da Ministra Relatora Nancy Andrighi, a intenção do legislador ao incluir o art. 1.639, § 2º, do Código Civil, se baseou na proteção de duas situações: “(i) evitar que a mudança de regime resulte em prejuízo para um dos cônjuges e (ii) impedir que os direitos de terceiros, com os quais o casal tenha mantido qualquer espécie de relação jurídica, sejam lesados”.⁵²

Uma vez que a eficácia da sentença que autoriza a modificação do regime de bens é *ex nunc*, nos termos do voto em comento, é inerente da sua função servir como garantia dos direitos de terceiros. Nesse sentido, afirmou-se que “a natureza prospectiva da própria sentença autorizativa da alteração do regime de bens o instrumento que atua para garantir a proteção dos direitos de terceiros, resguardando as relações negociais estabelecidas pelos cônjuges em conformidade com os efeitos inerentes a cada regime (o anterior e o posterior à decisão judicial)”.⁵³

Em síntese, o casal alegou como justificativa da alteração pleiteada que mantém relacionamento saudável, com vida econômica independente e situação financeira estável. Além disso, um dos recorrentes assumiu a gestão do patrimônio de seus pais e o regime da separação convencional de bens facilitaria tal atividade. Por fim, aduziram que os bens de cada um dos consortes já estão separados de fato. Percebe-se, portanto, que as motivações são mais do que razoáveis para a alteração pleiteada. Cabe registrar que o casamento foi celebrado em dezembro de 1989 sob o regime da comunhão parcial e que a postulação dos cônjuges, que culminou na análise pela Corte Superior se a apresentação da relação pormenorizada do acervo patrimonial do casal é requisito essencial para deferimento do pedido de alteração do estatuto patrimonial, consistiu na alteração para o regime da separação de bens.

A fundamentação do acórdão assentou, ainda, que “não houve qualquer apontamento objetivo, e relevante, no sentido de que a alteração do regime possa, de fato, causar alguma espécie de prejuízos a terceiros”, bem como não havia interesses de incapazes

⁵² STJ, REsp. n. 1.904.498-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 04 mai. 2021, publ. 06 mai. 2021, p. 10.

⁵³ STJ, REsp. n. 1.904.498-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 04 mai. 2021, publ. 06 mai. 2021, p. 11.

e nem é cabível presumir a fraude e a má-fé.⁵⁴ Em termos explícitos, o julgado consignou que, na apreciação do acervo probatório as instâncias inferiores, nenhum “elemento concreto capaz de ensejar o reconhecimento, ainda que de forma indiciária, de eventuais danos a serem suportados por algum dos consortes ou por terceiros, há de ser preservada a vontade dos cônjuges, sob pena de violação de suas intimidades e vidas privadas”.⁵⁵

Ao percorrer os fundamentos apresentados, restou consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça que:

[...] a melhor interpretação que se pode conferir ao § 2º do art. 1.639 do CC é aquela no sentido de não se exigir dos cônjuges justificativas ou provas exageradas, desconectadas da realidade que emerge dos autos, sobretudo diante do fato de a decisão que concede a modificação do regime de bens operar efeitos *ex nunc*. [...]

Isso porque, na sociedade conjugal contemporânea, estruturada de acordo com os ditames assentados na Constituição de 1988, devem ser observados – seja por particulares, seja pela coletividade, seja pelo Estado – os limites impostos para garantia da dignidade da pessoa humana, dos quais decorrem a proteção da vida privada e da intimidade, sob o risco de, em situações como a que ora se examina, tolher indevidamente a liberdade dos cônjuges no que concerne à faculdade de escolha da melhor forma de condução da vida em comum.⁵⁶

Caminhou, com acerto, a Corte na interpretação da norma autorizativa contida no art. 1.639, § 2º, do Código Civil, à luz dos ditames constitucionais de respeito à inviolabilidade da vida privada e familiar, bem como de mínima intervenção do Estado nas relações familiares simétricas e de natureza proeminentemente patrimonial, nas quais não há indícios de fraude ou prejuízo aos envolvidos. A rigor, a necessidade de apuração das motivações é destoante do papel do Estado nas relações privadas, como as conjugais, que devem admitir que qualquer motivação seja suficiente para a

⁵⁴ “Destarte, no particular, considerando a presunção de boa-fé que beneficia os consortes e a proteção dos direitos de terceiros conferida pelo dispositivo legal em questão, bem como que os recorrentes apresentaram justificativa plausível à pretensão de mudança de regime de bens e acostaram aos autos farta documentação (certidões negativas das Justiças Estadual e Federal, certidões negativas de débitos tributários, certidões negativas da Justiça do Trabalho, certidões negativas de débitos trabalhistas, certidões negativas de protesto e certidões negativas de órgãos de proteção ao crédito), revela-se despicienda a juntada da relação pormenorizada de seus bens” (STJ, REsp. n. 1.904.498-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 04 mai. 2021, publ. 06 mai. 2021, p. 2 e 12).

⁵⁵ STJ, REsp. n. 1.904.498-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 04 mai. 2021, publ. 06 mai. 2021, p. 12.

⁵⁶ STJ, REsp. n. 1.904.498-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 04 mai. 2021, publ. 06 mai. 2021, p. 12.

alteração do regime de bens,⁵⁷ apenas mantendo como requisito a inexistência de prejuízos ao cônjuge vulnerável e aos direitos de terceiros. Admitir que os cônjuges devem se tornar reféns de um estatuto patrimonial não condizente com a vontade de ambos e com as necessidades atuais da vida de comunhão é intolerável diante do respeito ao direito à vida privada do casal e do atual estágio em que o divórcio é um direito potestativo e sem prazo para a dissolução do casamento.

A conformação do estatuto econômico conjugal deve atender às exigências da vida a dois, que, em tempos hodiernos, possuem dinâmica mutável e, nessa perspectiva, a possibilidade de alteração do regime de bens é instrumento salutar na permanência da convivência harmônica do casal. Em outros termos, o regime escolhido no momento celebração do casamento não pode se transformar em óbice ao próprio relacionamento na medida em que as expectativas em relação ao tráfego negocial se modificam ao longo de relacionamento duradouros. Ressalte-se, ainda, que a mudança dos regimes comunitários, universal e parcial, para o regime da separação convencional de bens é medida salutar e corresponde aos anseios atuais de acervos patrimoniais distintos e sem as formalidades, tais como a outorga uxória, que àqueles exigem.

5. Considerações finais

A gramática matrimonial ainda revela forte apego ao seu caráter institucional e de índole religiosa. Por isso, soa familiar ainda a intervenção do estado, com tons paternalistas, que submetem os cônjuges às normas imperativas tão fortemente carregadas no Código Civil vigente. Ao mais íntimo espaço relacional afetivo foi usurpado a liberdade de conduzir a vida a dois, cabendo ao Estado estabelecer as regras e formatos. A forte atenção estatal ao matrimônio se expressa em suas regras de habilitação e celebração, marcadas por solenidades, mas também carrega em si uma desmedida liberdade de prever o futuro, por meio de escolhas fundamentais que regerão a vida econômica e afetiva do casal. De forma precisa, Stefano Rodotà observa que o “matrimônio não foi construído somente como um contrato, [...], mas foi também colocado em uma dimensão jurídica, aquela da família, cujos conotados excluía a relevância da autonomia das pessoas, tanto que se pode verificar o seu pertencimento não ao direito dos privados, mas àquele público”.⁵⁸

⁵⁷ De acordo com Maria Berenice Dias: “De todo injustificável que o pedido de alteração seja fundamentado. Ora, se os noivos têm a liberdade de escolher o regime de bens que quiserem, antes do casamento, a pretensão de alterá-lo não carece de qualquer modificação, até porque expressamente é ressalvado direitos de terceiros” (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 333).

⁵⁸ Tradução de “Diritto all’amore”, de Stefano Rodotà, (Roma: Laterza, 2015) por Luciana Cabral.

Após a dissolução do vínculo conjugal finalmente alcançado pela chamada Lei do Divórcio, é inegável que o Código Civil de 2002, finalmente, amparou importante conquista com a possibilidade de alteração de regime de bens, de feição irrevogável na codificação anterior, bem ao gosto dos casamentos indissolúveis. Apesar do avanço, a necessidade de submeter a vontade dos cônjuges à prévia apuração das razões pelo juiz competente não encontra respaldo na linha de promoção da autonomia conjugal. O legislador civil parece francamente cauteloso, ainda influenciado pela lógica da forte intervenção do Estado nas relações conjugais e preocupado mais com o patrimônio dos cônjuges do que com a própria autorrealização existencial dentro da vida conjugal, que, naturalmente, sofre mudanças, inclusive, na gestão do tráfego patrimonial, que, não raras vezes, se revela fundamental para a manutenção do casamento. Eis uma regra que ainda desperta a primazia do *ter* sobre o *ser*, em nítida subversão axiológica.

No âmbito processual, a rigor, operam-se as intervenções mais desarrazoadas e invasivas em relação à alteração de regime de bens. A obrigatoriedade da via judicial e a participação do Ministério Público mais do que usurpar a autonomia dos cônjuges, infantiliza-os, o que revela a função interventiva do Estado-Juiz sem o devido amparo das normas constitucionais. A legítima preocupação do legislador com os interesses do vulnerável cônjuge prejudicado e com os direitos de terceiros não autoriza severa intromissão estatal, uma vez que os instrumentos de proteção já são suficientes em nosso ordenamento, tais como a ineficácia em face de terceiros, os vícios de consentimento e a defesa e proteção dos direitos do credor.

Cabe assinalar que a mudança do regime de bens não é, em perspectiva jurídica, uma exceção, mas sim um direito que os cônjuges têm assegurado por força do legítimo exercício conjunto de sua autonomia com reflexos patrimoniais e existenciais. O modelo econômico que conduz a vida conjugal é peça fundamental na sua manutenção e autorrealização individual. Por isso, são descabidas as exigências de motivação, que são da reserva de intimidade do casal, o que não afasta eventual necessidade de apuração de intuito fraudulento ou prejuízo a terceiros, os quais dispõe de ferramentas específicas de contenção. Na legalidade constitucional, o respeito à autonomia dos cônjuges desafia a mínima intervenção do Estado nas relações conjugais, sobretudo com a necessária desjudicialização do procedimento de alteração de regime de bens, como forma de assegurar à inviolável privacidade familiar.

Referências

ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2021.

ALMEIDA, Vitor; ABREU, Luciana. Alteração extrajudicial do regime de bens na união estável: autonomia e segurança dos conviventes. Disponível em: www.migalhas.com.br/. Acesso em: 18 fev. 2024.

ALMEIDA, Vitor; CALMON, Patrícia Novais. Regime de bens e etarismo presumido velado: breve análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no ARE 1.309.642. Disponível: ibdfam.org.br/. Acesso em: 10 fev. 2024.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Contratualização das famílias e inexecução dos pactos antenupciais: admissibilidade e limites de cláusula penal. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Orgs.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios.*, vol. 02. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2021.

BARBOZA, Heloisa Helena. Alteração do regime de bens e o artigo 2039 do Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 16, p. 49-58. Rio de Janeiro, 2003.

BODIN DE MORAES, Maria Celina; MULTEDO, Renata Vilella. A privatização do casamento. *Civilistica.com*, a. 5, n. 2, 2016.

BORRILLO, Daniel. *La famille par contrat: la construction politique de l'alliance et de la parenté*. Paris: PUF, 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: volume 5: famílias*. 8. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Pacto antenupcial na hermenêutica civil-constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CICCIO, Maria Cristina de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (coords.) *Direito Civil na legalidade constitucional*. São Paulo: Editora Foco, 2021.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio; ALMEIDA, Vitor; FERNANDES, Manoela Gomes. A desjudicialização do direito de filiação e os direitos de crianças e adolescentes: notas sobre o Provimento nº 83 do Conselho Nacional de Justiça. *Revista Fórum de Direito Civil - RFDC*, v. 10, p. 57-80, 2021.

TEPEDINO, Gustavo; BODIN DE MORAES, Maria Celina; BARBOZA, Heloisa Helena. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República.*, vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Fundamentos do Direito Civil: Direito de Família*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022.

VILLELLA, João Baptista (Relator). Liberdade e família. In: *Comunicação à VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, Tese n. 32, pp. 657-687, 1980.

Como citar:

ALMEIDA, Vitor. Os limites da intervenção estatal na mudança do regime de bens: uma análise a partir da autonomia dos cônjuges. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 13, n. 2, 2024. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>>. Data de acesso.

