

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Miqueline Corrêa

A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DE RAZÕES
PARA MUDANÇA DE REGIME DE BENS

Passo Fundo
2010

Miqueline Corrêa

A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DE RAZÕES
PARA MUDANÇA DE REGIME DE BENS

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do prof. Me. João Irineu Araldi Junior.

Passo Fundo
2010

Aos meus pais,
em especial a minha mãe, dedico esta obra, que reflete os anos da minha graduação e o
sobrepujante esforço de vida deles para fazer de mim e de minha
irmã cidadãs esforçadas e com valores imensuráveis.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, que me proporcionaram a oportunidade de
concretizar este sonho;

À minha filha, minha razão de viver e por ser a alegria da minha vida;

À minha irmã, pela disposição e apoio para a realização deste trabalho;

E ao meu marido, que me incentivou e não deixou de
acreditar no meu sucesso.

RESUMO

O presente estudo bibliográfico tem por objetivo apontar um questionamento acerca da exigência pelo magistrado quanto da apresentação de razões dos cônjuges como condição para homologação do pedido de modificação do regime de bens. O método utilizado na monografia foi o dedutivo, baseado em obras de direito privado com enfoque em direito de família e artigos publicados em revistas jurídicas. Com fundamento legal na Constituição Federal de 1988 e Código Civil de 2002. De início aborda-se o instituto do casamento, com a devida base e fundamentação, após expõe-se sobre a mudança do artigo, analisando todos os procedimentos, requisitos e causas legitimadoras que autorizam a mudança de regime durante o casamento. Justifica-se a abordagem do tema, em razão da mudança do artigo do Código Civil de 2002, que permitiu a modificação do regime de bens, na constância do casamento. Utilizando elementos basilares e constitucionais foi possível chegar à conclusão acerca da inconstitucionalidade do artigo, ao exigir a apresentação de razões dos cônjuges, de modo que essas motivações podem ser variadas e dotadas de um alto grau de subjetividade, ferindo princípios e direitos fundamentais resguardados pela Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Bens, Exigência. Inconstitucionalidade. Modificação de regime de bens. Regime de bens.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 O INSTITUTO DO CASAMENTO E OS REGIMES DE BENS	8
1.1 Casamento: conceito.....	8
1.1.1 Finalidade e natureza jurídica.....	9
1.1.2 Características e capacidades para casar.....	11
1.1.3 Direitos e deveres dos cônjuges.....	15
1.2 Regimes de bens e seus tipos.....	18
1.2.1 Do regime de separação de bens.....	19
1.2.2 Do regime de comunhão parcial de bens.....	21
1.2.3 Do regime de comunhão universal de bens.....	22
1.2.4 Do regime de participação final nos aquestos.....	22
1.3 A imutabilidade do regime de bens no Código Civil de 1916.....	24
2 ALTERAÇÃO DO ARTIGO 432 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E A NOVA REDAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002	26
2.1 Procedimentos, requisitos e causas legitimadoras.....	27
2.2 Intervenção do Ministério Público.....	29
2.3 Causas impeditivas.....	31
2.4 Alteração do regime de bens para casamentos celebrados sob a vigência do Código Civil de 1916.....	33
3 A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DO PEDIDO DE MOTIVAÇÃO PARA ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS	35
3.1 A violação dos princípios e direitos constitucionais.....	35
3.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	36
3.1.2 Do direito à liberdade.....	37
3.1.3 Princípio da intervenção mínima do Estado nas relações familiares.....	39
3.1.4 Do direito à intimidade ou à vida privada.....	40
CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS	45

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende questionar a constitucionalidade da exigência da apresentação de razões pessoais dos cônjuges para fazer o pedido de modificação do regime de bens durante o casamento, frente à Constituição Federal.

A problemática surgiu pela mudança do artigo 432, do então Código Civil de 1916, para o artigo 1.639, em seu parágrafo 2º, do Código Civil de 2002, em que prevê a possibilidade da alteração do regime de bens na constância do casamento.

O método utilizado na monografia foi o dedutivo, baseado em obras de Direito Privado com enfoque em Direito de Família e artigos publicados em revistas jurídicas, com fundamento legal na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002

Neste trabalho, questiona-se acerca da constitucionalidade da exigência de motivação pessoal no artigo do Código Civil de 2002, tendo em vista princípios e direitos fundamentais basilares da Constituição Federal de 1988.

Primeiramente, aborda-se o instituto do casamento, começando com a sua conceituação, pois os autores dão diversas definições para o casamento, e muitos deles consideram mais conveniente conceituá-lo pelos efeitos que dele decorrem como o de estabelecer comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Expõe-se sobre a finalidade, natureza jurídica, e as características do instituto que norteiam e são as vigas mestras do Direito de Família. Serão brevemente pontuados e diferenciados os Regimes de Bens cônjuges.

Adentrando o segundo capítulo, aborda-se o antigo artigo 432 do CC 1916, onde era impossível a mudança de regime de bens durante o casamento, que começava a vigorar na data da celebração e só se extinguia com a morte, e a mudança do artigo 1639 em seu § 2º no Novo Código Civil, sobre a qual será calcada a defesa do presente trabalho, onde foi feita a alteração possibilitando a mudança de regime na constância do casamento. Faz-se uma análise acerca do procedimento, causas legitimadoras, que possibilitam a mudança de regime de bens, os requisitos, à autorização judicial, à necessidade de intervenção do Ministério Público, e principalmente à ressalva de direitos de terceiros para obter a homologação da mudança.

Finalmente, no último capítulo do trabalho monográfico, demonstra-se o estudo dos princípios e direitos fundamentais que são violados com a mudança do artigo é de extrema

importância, começando pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana que tem como característica principal o respeito exigido de todos, do Estado e particular às condições do ser humano, do ser social, do ser cultural, do ser político, do ser profissional, ínsitas a qualquer indivíduo.

Adentra-se, também, no campo do princípio da Intervenção Mínima do Estado nas relações familiares, e no Direito à Intimidade e a Vida Privada que vão demonstrar a faculdade que cada indivíduo tem de obstar a intromissão de estranhos em sua vida privada e familiar, assim como de impedir o acesso a informações sobre sua privacidade, bem como impedir que sejam divulgadas informações sobre a sua privacidade e que sejam divulgadas informações sobre essa área da manifestação existencial do ser humano.

1 O INSTITUTO DO CASAMENTO E OS REGIMES DE BENS

O casamento é a união entre o homem e a mulher, com a finalidade de criarem seus filhos, ajudarem um ao outro e em acordo com a lei, para regularem suas relações.

Nesse contexto, este capítulo aborda o casamento, conceitualizações, natureza jurídica e caracterizações, bem como os direitos e deveres que concernem aos cônjuges. Aborda também o regime de bens que concernem ao casamento, verificando a sua imutabilidade no Código Civil de 1916.

1.1 Casamento: conceito

O casamento é um negócio jurídico que estabelece relações pessoais e econômicas entre os cônjuges e interfere na relação destes com terceiros.

Diversas são as definições que podem ser consideradas para o instituto do casamento. Nesse sentido, para Pereira e Dias, é mais apropriado conceituá-lo pelos efeitos que dele decorrem, que é o de estabelecer comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges¹.

Para Bittar² o casamento é o acordo de vontades tendente à comunhão espiritual e material de pessoas de sexo oposto, dispostas a constituir família, nos termos da lei. É um contrato solene que opera a integração do homem e da mulher desimpedidos para a realização das finalidades individuais e sociais, de acordo com o direito aplicável. Também é considerado por parte da doutrina, um contrato de direito de família que tem como finalidade dar o impulso a união do homem e da mulher de acordo com a lei, com o intuito de regularem suas relações íntimas, cuidarem dos filhos e a prestação da mútua assistência. Dessa forma, o casamento é um contrato, estando subordinado às regras de direito de família.

¹ PEREIRA, Rodrigo Pereira; DIAS, Maria Berenice. **Direito de família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 1.

² BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de família**. 2. ed. São Paulo: Forense, 1993. p. 65.

Da mesma forma, conforme afirma Assef³, existe o entendimento de que o casamento é um ato de exteriorização da manifestação de vontade de duas pessoas de sexo opostos, que após o cumprimento de certas formalidades legais, assumem comunhão plena de vida, pressupondo-se a reciprocidade de atos entre os consortes para a assistência moral, espiritual e financeira, bem como o auxílio recíproco na resolução de interesses, individuais e na realização de interesses coincidentes.

É por isso que o atual Código Civil estabelece que o casamento seja uma comunhão plena de vida, abarcando o termo em todos os seus aspectos e implicações.

Monteiro⁴ conceitua o casamento como sendo “a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos”.

Dessa forma, o casamento é a primeira união entre duas pessoas com objetivos comuns, entre eles, o de formar uma família. Em decorrência deste ato, irão surgir compromissos para ambos os cônjuges. Desse negócio jurídico é que serão definidas as responsabilidades de seus entes entre si e para os que surgiram desta união. Sendo um contrato, impõe regras quanto à manutenção dos membros, em especial, os filhos.

1.1.1 Finalidade e natureza jurídica

Por se tratar de um contrato conjugal, o casamento tem seus fins estabelecidos em um negócio jurídico, com regras, trazendo, em seu bojo, direitos e deveres aos membros que constituem essa forma de entidade familiar.

Na acepção de Bittar⁵, as finalidades do casamento são a satisfação da vocação natural, o aperfeiçoamento pessoal e social, a realização da plenitude física e espiritual e outros ínsitos em seu contexto, significando a busca da formação da família, a geração e educação da prole, da comunicação e espiritual e econômica entre pessoas de sexos diferentes e a realização pessoal no plano sexual.

³ ASSEF, Tatiana Cunha Moscheta. **Direito de família e das sucessões**. São Paulo: Editora Harbra, 2004. p. 4.

⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito de família. 32. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 12.

⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de família**. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1993. p. 67.

Quanto à natureza jurídica do casamento, existem divergências. Afirma Bittar⁶ que existe uma preocupação constante com os valores que se abrigam no plano de família, suscitado sempre discussão da natureza do casamento e sendo muito debatido pela doutrina. Nesse viés, existem duas correntes, a institucionalista e a contratualista que, ao longo da evolução do pensamento, debatem-se em torno da matéria, conforme se volta o intérprete para a essência ou a função, ou as finalidades do casamento.

A teoria institucionalista, conforme destaca Bittar⁷, volta-se para uma visão global do fenômeno do casamento, definindo-o como complexo regido por normas de ordem pública que os nubentes devem respeitar no interesse da sociedade. É instituição social, que advém da conjugação de vontade dos nubentes, mas submete-se ao regime definido na lei, quanto a pressupostos, à formalização e aos efeitos. A disciplina legal da relação entre os cônjuges, confere, assim, caráter institucional ao matrimônio, aderindo os cônjuges ao regime pré-definido na lei. Já a teoria contratualista dirige-se mais para o casamento em si, encontrando-o como conjugação de vontade das partes, para a consecução dos fins referidos. Como acordo de vontades destinadas a criar e regular relação jurídica entre os interessados, constitui, pois, contrato, embora submetido a rígido regime legal.

Acrescenta Bittar⁸ que o contrato não lhe altera a natureza ou a essência, a exemplo do que ocorre com contratos de conteúdo integralmente regulados por lei ou por normas regulamentares próprias. Também não lhe atinge a essência a adesão mencionada, uma vez que pressupõe as declarações de vontade, que as partes livremente emitem, ou não, contraindo o vínculo como nos demais contratos, respeitando, o seu caráter especial. A intervenção da autoridade competente na celebração também não lhe modifica a natureza contratual, pois a participação se restringe ao simples testemunho do oficial do cumprimento das formalidades próprias, não se integrando, assim, o celebrante no contexto do negócio como parte, mas como mero representante da sociedade a atestar a união desejada pelos interessados.

Assim, no entendimento de Bittar⁹, casamento é espécie de contrato dotado de características peculiares porque resulta fundamentalmente de acordo livre de vontade de pessoas desimpedida. Executa-se pessoal e continuamente, mantendo-se sob o liame do *affectio maritalis*, sendo, no entanto, rompível à ausência ou à quebra desse fator, por vontade

⁶ BITTAR, *Direito de família*, p. 68.

⁷ BITTAR, *Direito de família*, p. 68.

⁸ BITTAR, *Direito de família*, p. 68.

⁹ BITTAR, *Direito de família*, p. 69.

das partes, observadas, no mais, as prescrições legais aplicáveis. Instituição é, na verdade, a família que dele se origina.

Conforme Assef¹⁰, no que se refere à natureza jurídica do casamento, em uma visão contratualista, o matrimônio é um contrato *sui generis*, pois embora seja vínculo jurídico criado pelas partes, não são aplicadas todas as normas básicas presentes nos contratos civis, cuja validação depende unicamente do consentimento das partes.

Já em outra percepção, segundo refere Assef¹¹, tem-se, sob a visão institucionalista, o casamento como célula básica da sociedade, sendo instituição social que se reflete em uma situação jurídica que surge da vontade dos contraentes, mas cujas normas, efeitos e formas encontram-se preestabelecidos por lei.

No entendimento de Diniz¹², o matrimônio, por essa teoria, não seria um contrato, pois as partes não têm liberdade de negociar as regras, que já se encontram previamente estabelecidas por lei.

Ainda existe a teoria eclética ou mista, na qual se observa que o casamento tem natureza jurídica diversificada, contratual em sua formação, pois depende do consentimento das partes, e institucional no seu desenvolvimento. Esse instituto, assim, exerce influência direta sobre os bens dos cônjuges e, daí, a importância da convenção matrimonial sobre aqueles.

1.1.2 Características e capacidades para casar

As características básicas do casamento são o aspecto monogâmico da união, a liberdade de escolha dos nubentes e de declaração formal, a solenidade da celebração, a perenidade e exclusividade da união e a plenitude de comunhão de vida dos cônjuges. Com isso, entende-se que o casamento se limita a uma pessoa só, e transgredir esse fato, constitui crime de bigamia.

¹⁰ ASSEF, **Direito de família e das sucessões**, p. 4.

¹¹ ASSEF, **Direito de família e das sucessões**, 2004, p. 4.

¹² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996, v. 5, p. 37.

Segundo salienta Assef¹³, no casamento, a liberdade dos interessados é absoluta não opondo a família ou qualquer outra pessoa, nenhum óbice, apenas orientação e conselhos. A declaração solene deve ser livre e consciente, para validar o enlace, protegendo-se a manifestação das formalidades previstas na lei. A união exclusiva, dessa forma, funda-se no respeito recíproco e volta-se para a conquista do entrelaçamento pleno do casal e da família, em torno das ligações espirituais e materiais que os cercam.

Além disso, conforme afirma Nunes¹⁴, implica o dever de fidelidade de cada um dos cônjuges com o seu parceiro, já que a violação desse dever constitui ilícito civil. A norma que prevê o dever de fidelidade recíproca tem caráter social, estrutural, moral e normativo. A transgressão do princípio traz sanções como a separação dos cônjuges com reflexos patrimoniais.

Com relação à união entre os cônjuges, a Constituição Federal de 1988 estabelece que o casamento só pode ser realizado entre o homem e a mulher, sendo vedada qualquer tentativa de matrimônio entre pessoas do mesmo sexo.

Já a capacidade nupcial, segundo refere Dias¹⁵, é aptidão para casar, ou seja, é a autoridade conferida pela lei a quem deseja casar. Essa capacidade não se confunde com a capacidade civil, pois essa é plena quando se completa 18 anos de idade. Assim, são requisitos para a validade do casamento a idade núbil, capacidade sexual, sanidade, consentimento íntegro e desimpedimento civil dos nubentes para o casamento.

Segundo relata Assef¹⁶, uma característica da capacidade é a de ser um atributo pessoal, ou seja, é inerente ao indivíduo considerado isoladamente. Já o artigo 1.517 do Código Civil de 2002 dispõe que é permitido ao homem e mulher de 16 anos casarem desde que haja consentimento dos pais ou dos representantes legais, enquanto não atingirem a maioridade civil. Excepcionalmente será permitido o casamento de quem não alcançou a idade núbil, para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal, no caso de gravidez.

Destaca Assef¹⁷ que, ainda assim, mesmo com 16 anos, os menores necessitarão da autorização dos pais, tutores ou curadores para a celebração do casamento. Se houver divergência entre os responsáveis legais do menor, qualquer um deles poderá recorrer ao juiz,

¹³ ASSEF, **Direito de família e das sucessões**, 2004, p. 4.

¹⁴ NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. **Direito de família**. São Paulo: Atlas, 2001.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice, **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 141.

¹⁶ ASSEF, **Direito de família e das sucessões**, p. 15.

¹⁷ ASSEF, **Direito de família e das sucessões**, p. 15.

buscando um suprimento judicial. A autorização para o casamento do menor poderá ser revogada até o momento da celebração.

Refere Diniz¹⁸ que, uma vez realizado o casamento dos menores de idade, seja com autorização dos representantes legais, seja pelo suprimento judicial, cessará para o nubente a incapacidade, ficando ele habilitado para a prática de todos os atos da vida civil, em conformidade com o artigo 5º, II, do Código Civil de 2002. Emancipado pelo casamento, o indivíduo, não mais retornará à menoridade, ainda que este venha ser anulado ou advenha separação ou viuvez.

Portanto, essa limitação legal é para aqueles que se encontrem nesta faixa etária. Se os pais não se entenderem com relação ao consentimento, poderão recorrer ao juiz para solução do desacordo.

Expõe Assef¹⁹ que a lei admite também que menores de 16 anos convoem núpcias em casos específicos, para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou, ainda, em caso de gravidez, desde que autorizado judicialmente, conforme determina o artigo 1.520 do Código Civil de 2002. Em se tratando da capacidade sexual, é imperiosa a constatação da aptidão física dos nubentes, ou seja, a capacidade para procriar (é por isso que o legislador estabelece uma idade núbil mínima) e da saúde dos cônjuges, vez que a existência de moléstia grave ou contagiosa anterior ao casamento, se desconhecida pelo outro nubente, pode vir a ser causa de anulação do casamento.

Ensina²⁰ Diniz ensina que, embora a ordem jurídica não impeça a realização de casamento entre pessoas idosas ou a beira da morte, inaptas a praticar relações sexuais, entende-se que, normalmente, os nubentes devem ser capazes de efetivar a conjunção carnal, admitindo-se a anulação do casamento nos casos de *impotentia coeundi*, ou impotência para o desempenho de funções sexuais, desde que interesse a mulher que antes do casamento ignorava esse defeito físico irremediável. Já a *impotentia generandi*, ou esterilidade não dá lugar à invalidade do casamento, pois a aptidão para procriar não está incluída entre as condições essenciais à sua validade.

Segundo refere Assef²¹, a sanidade dos nubentes é um terceiro requisito indispensável à validade do casamento e a saúde dos nubentes, pois sendo um deles portador de doença

¹⁸ DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro*, 1996, p. 54.

¹⁹ ASSEF, *Direito de família e das sucessões*, p. 18.

²⁰ DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro*, 1996, p. 54

²¹ ASSEF, *Direito de família e das sucessões*, p. 18.

contagiosa desconhecida de seu consorte, esse fato constitui erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge e passível de anulação do casamento. Nesse sentido, tem-se como exemplo o fato da exigência da comprovação da sanidade para a validade do casamento, no exame obrigatório para o casamento de parentes colaterais até o 3º grau, inclusive. A realização desse exame afirmará ser ou não conveniente, do ponto de vista de saúde de quaisquer dos nubentes e da prole, a realização do casamento.

O quarto requisito, conforme ensina Assef²², trata-se da aptidão intelectual, ou o consentimento íntegro, pois no casamento como nos demais negócios jurídicos, somente será válido se isento de vícios. E há questões atinentes à aptidão intelectual que podem viciar o consentimento e conseqüentemente prejudicar a livre manifestação de vontade dos contraentes.

Esses vícios de consentimento aplicáveis ao casamento, de acordo com Assef²³ são o erro essencial e a coação. O erro essencial é o engano ou desconhecimento sobre determinada qualidade da outra parte, cujo conhecimento prévio teria evitado o casamento. É necessário que o erro seja tão substancial que torne insuportável a vida em comum.

Os erros essenciais, conforme Assef²⁴ capazes de ensejar a anulação do casamento são aqueles que dizem respeito à sua identidade, honra e boa fama, à ignorância de crime anterior ao casamento, de defeito físico irremediável ou de moléstia grave transmissível pelo contágio, mal hereditário capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge e de sua descendência, ou, ainda, ignorância de doença mental grave.

No entanto, destaca Bittar²⁵ para que o erro justifique a anulação do casamento, faz-se necessária a observância de pressupostos como a preexistência da circunstância, sobre o qual incidiu o erro, o desconhecimento do erro pelo cônjuge e a intolerabilidade da vida em comum após a descoberta da verdade.

Já quanto à coação, conforme ensina Bittar²⁶, é um constrangimento eficiente exercido sobre uma pessoa de maneira direta ou indireta, com a finalidade de impedir-lhe a livre manifestação da vontade. Pode ser física ou moral, assim como exercida por um dos cônjuges ou por uma terceira pessoa. Assim, será anulável o casamento em virtude de coação quando o consentimento de um ou de ambos os cônjuges houver sido obtido mediante fundado temor de

²² ASSEF, *Direito de família e das sucessões*, p. 18.

²³ ASSEF, *Direito de família e das sucessões*, p. 18.

²⁴ ASSEF, *Direito de família e das sucessões*, p. 18

²⁵ BITTAR, *Direito de família*, p. 68.

²⁶ BITTAR, *Direito de família*, p. 68.

mal considerável e iminente para a vida, a saúde e a honra do próprio consorte ou de seus familiares.

O último pressuposto para a validade do casamento, segundo refere Assef²⁷, são as condições de ordem moral e pessoal dos nubentes que os habilitam para o casamento, que são o desimpedimento civil; só poderão se casar as pessoas solteiras, viúvos e divorciados, bem como as pessoas com inexistência de impedimento pelo grau de parentesco. Por sua vez, não podem casar os parentes em linha reta até o infinito, e os parentes em linha colateral até o 3º grau; seja parentesco natural ou civil, consanguíneo ou afim. Já no que se refere ao impedimento moral, diz respeito ao fato de que não poderá casar o cônjuge que sobreviveu a um homicídio com aquele que foi condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra seu companheiro.

1.1.3 Direitos e deveres dos cônjuges

O casamento como um negócio jurídico decorrente de um contrato vem mesclado de direitos e deveres, acertados pelos cônjuges e que estão estabelecidos na lei.

Nesse sentido, de acordo com Assef²⁸, o artigo 1.511, do Código Civil de 2002, diz que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Essa expressão comunhão plena de vida pressupõe a reciprocidade de atos entre os consortes para a assistência moral, espiritual, e financeira mútuas, bem como o auxílio recíproco na persecução de interesses individuais e na realização de interesses comuns.

Acerca dos direitos facultados aos cônjuges, tem-se a possibilidade da adoção do sobrenome do outro, e a livre decisão do planejamento familiar. O atual Código Civil²⁹, em seu artigo 1.565 em seu parágrafo 1º, preleciona que qualquer dos nubentes se assim quiser, poderá acrescentar ao seu nome o sobrenome do outro. E diferentemente da legislação anterior, estendeu essa faculdade para ambos os nubentes.

²⁷ ASSEF, *Direito de família e das sucessões*, p. 19.

²⁸ ASSEF, *Direito de família e das sucessões*, p. 51.

²⁹ BRASIL, **(Leis, etc)** Constituição federal, código civil (2002/1916), código de processo civil, código penal, código de processo penal. 3. ed. São Paulo: Manole, 2004.

Beviláqua³⁰ entende que o fato de a esposa adquirir o nome do marido, não importa em ficar a sua personalidade absorvida. Antes de tudo, essa adoção de nome é um costume, a que deu a lei guarida, e deve ser entendido como exprimindo a comunhão de vida, a transfusão da alma dos dois cônjuges.

Já no que tange à livre decisão sobre o planejamento familiar, estabelece a artigo 1.565, parágrafo 2º, do Código Civil de 2002³¹, que “o planejamento familiar é de livre decisão do casal competindo ao Estado propiciar recursos educacionais a financeiros para o exercício desse direito, sendo vedado qualquer tipo de coerção por instituições privadas ou públicas”.

De acordo com Assef³², é vedado ao Estado impor aos cidadãos o número de filhos que cada casal deve ter, assim como é expressamente proibida a imposição de sanções para os casais que optarem por ter ou não filhos.

Gomes³³ entende que o casamento é a relação jurídica que compreende indeclináveis direitos e deveres preestabelecidos na lei. As relações pessoais e patrimoniais entre os cônjuges são disciplinadas, com efeito, por disposições imperativas.

Nesse sentido, Assef³⁴ refere que os deveres matrimoniais resultam de leis imperativas e como tais devem ser seguidos, sob pena de darem ensejo à dissolução à sociedade conjugal. Esse fato acontece porque com a celebração do casamento, homem e mulher passam a ser em igualdade de condições titulares de direitos e deveres, e estes são a fidelidade recíproca, a vida em comum no domicílio conjugal, a mútua assistência, o sustento, a guarda e educação dos filhos e o respeito e consideração mútuos.

Quanto à fidelidade recíproca, Rodrigues³⁵ expõe que o dever de fidelidade é uma resultante da organização monogâmica da família. A infração ao dever de fidelidade caracteriza o adultério, que constitui não só crime punido em lei, como também encontra sanção na órbita civil.

Isso porque, conforme afirma Assef³⁶, o dever de fidelidade está intimamente ligado à vedação que o legislador impõe ao consorte quanto à prática de relações sexuais com outra

³⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Alves, 1940. v. 2. p. 125.

³¹ BRASIL, (Leis, etc).

³² ASSEF, **Direito de família e das sucessões**, p. 52.

³³ GOMES, Orlando. **Direito de família**, 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 131.

³⁴ ASSEF, **Direito de família e das sucessões**, p. 53.

³⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil, direito de família**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 119.

³⁶ ASSEF, **Direito de família e das sucessões**, p. 53.

pessoa que não aquela com que se casou. No entanto, para que seja considerada infração ao dever de fidelidade, faz-se necessário que tenha havido conjunção carnal com terceira pessoa.

Ensina Assef³⁷ que a vida em comum no domicílio conjugal consiste no fato de que o dever de compartilhar um domicílio comum está intrinsecamente ligado ao dever do débito conjugal, ou seja, a união carnal entre os consortes. Mas não é só isso, também configura o dever de assistência mútua, já que se um dos cônjuges estiver frequentemente fora do lar conjugal, não será possível o auxílio ao outro nos momentos de dificuldades ou adversidades. É preciso dizer que o domicílio conjugal será escolhido por um por ambos os cônjuges, não havendo mais a predominância da vontade do marido sobre a da esposa como no antigo Código Civil de 1916. Escolhido o domicílio, ali será estabelecido o lar conjugal.

Por sua vez Dias³⁸ destaca que a mútua assistência consiste na ajuda e nos cuidados recíprocos empregados por ambos os cônjuges na constância da sociedade conjugal. É o dever mais nobre do casamento, por ser o elemento espiritual que rege o vínculo, consistindo na ajuda mútua aos consortes nos momentos difíceis na vida, nos períodos de adversidade e enfermidades.

Também o sustento, a guarda e educação dos filhos é um dever acima de tudo, constitucional, e não um dever que resulta unicamente da celebração do casamento e consequente nascimento dos filhos.

Nesse passo, o artigo 227 da Constituição Federal de 1988³⁹ dispõe que

é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito a vida, a saúde, a alimentação a educação, ao lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, ao respeito, a liberdade, e a convivência familiar comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, violência, crueldade e opressão. [...].

O artigo 229 da Constituição Federal de 1988⁴⁰ estabelece que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência, ou enfermidade”.

³⁷ ASSEF, *Direito de família e das sucessões*, p. 55.

³⁸ DIAS, *Manual de direito das famílias*, p. 141.

³⁹ BRASIL, *(Leis, etc)*.

⁴⁰ BRASIL, *(Leis, etc)*.

Já o artigo 1.568 do Código Civil de 2002⁴¹ dispõe que “os cônjuges são obrigados a concorrer na proporção de seus bens e rendimentos do trabalho, para o sustento da família e da educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial”.

Assim, aos pais incumbe sustentar e educar os filhos, de acordo com as suas possibilidades. A negligência ou o não cumprimento desse dever sujeitará o inadimplente à suspensão ou a perda do poder familiar.

Segundo expõe Wald⁴², o respeito e consideração mútuos nada mais são do que uma junção de todos os outros deveres. Isso porque o faltoso quanto ao dever de fidelidade, de coabitação, assistência mútua ou de colaboração no sustento, guarda e educação dos filhos estará automaticamente, infringindo o dever de respeito e consideração mútuos.

Essa inovação, segundo Dias⁴³, foi trazida pelo legislador para tentar coibir os tratamentos desrespeitosos entre os cônjuges. Isso porque não são poucos os casos em que os consortes, apesar de cumprirem aqueles deveres do casamento, não se tratam de maneira civilizada, ou pelo menos de maneira como se espera em relacionamento desse tipo.

Havendo essa expressa determinação legal quanto ao dever de respeito e consideração mútuos, terá o cônjuge prejudicado, motivo que ensejaria a propositura de eventual separação judicial pelo desrespeito dos deveres conjugais.

1.2 Regimes de bens e seus tipos

Ao organizar as relações econômicas das pessoas que se casam, tanto no que concerne a si e a terceiros, o regime de bens é um complexo de normas que regulamentam bens trazidos com o casamento bem como adquiridos no seu decorrer.

Depois de realizado o casamento, surge para o casal direitos e obrigações recíprocos. Com relação à pessoa e aos bens patrimoniais do casal. Para isso, é necessário que antes do casamento, os dois optem por um regime patrimonial de bens, que é a regulamentação das relações pecuniárias oriundas da associação conjugal, embora não abranja todos os aspectos da vida conjugal.

⁴¹ BRASIL, (Leis, etc).

⁴² WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 102.

⁴³ DIAS, Maria Berenice. *Direito de família e o novo código civil*. 3. ed. São Paulo: Del Rey, 2003, p. 96.

Para Wald⁴⁴, o regime matrimonial não inclui os direitos assegurados pela lei como o direito de alimentos e a possibilidade de suceder em todo ou em parte ao esposo pré-morto. A regulamentação patrimonial se impõe na sociedade conjugal, pois a vida em comum tem repercussões no campo material. Por mais que se queiram separar os patrimônios dos cônjuges, surge a necessidade de estabelecer normas especiais para reger as suas relações jurídicas no plano econômico.

Uma vez realizado o casamento, surgem para os consortes direitos e obrigações recíprocos, seja em relação à pessoa, seja em relação aos bens patrimoniais do cônjuge. Para que isso aconteça é necessário que antes da celebração do casamento os nubentes optem pelo regime patrimonial dos bens a ser adotado, salvo se por expressa disposição legal tiverem de submeter a um determinado regime, não lhes cabendo escolher outro.

Expõe Assef⁴⁵ que a escolha do regime patrimonial de bens será feita no processo para habilitação para o casamento. Se a opção for pelo regime parcial de bens reduzir-se-á a termo. Se a opção for por um dos demais tipos de regime de bens (comunhão universal, separação total ou participação final nos aquestos) haverá a necessidade da lavratura de um pacto antenupcial.

Nesse sentido, têm-se os tipos de regimes, tais como, o da separação de bens, com a separação obrigatória de bens e o da separação de bens por convenção dos nubentes; o da comunhão parcial de bens; o da comunhão universal de bens; o da participação final nos aquestos.

1.2.1 Do regime da separação de bens

O Código Civil de 2002 dispõe sobre o regime da separação de bens. Nesse sentido, segundo Dias⁴⁶, estabelece o Código para se referir tanto àquele imposto por expressa disposição legal (regime de separação obrigatória) como aquele convencionado entre as partes, antes a celebração do casamento, para a qual a lei exige o pacto antenupcial (regime de separação convencional de bens).

⁴⁴ WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**, p. 103.

⁴⁵ ASSEF, **Direito de família e das sucessões**, p. 93.

⁴⁶ DIAS, **Manual de direito das famílias**, p. 145.

No regime de separação de bens, como o próprio nome diz cada consorte conserva para si, com exclusividade, o domínio, a posse e a administração de seus bens particulares, presentes e futuros, bem como a responsabilidade pelos débitos anteriores e posteriores ao casamento.

O regime da separação de bens é o gênero do qual se tem a separação obrigatória e a separação convencional como espécies. Assim, na separação obrigatória dos bens, em algumas hipóteses, o legislador impõe o regime da separação obrigatória de bens, retirando deles a liberdade de escolher outro regime.

De acordo com Assef⁴⁷, nesses casos, serão nulas de pleno direito as convenções em contrário, prevalecendo a determinação legal, por regra imperativa. Contudo, isso não significa dizer que os consortes casados sob o regime da separação obrigatória de bens não possam ter bens em comum, basta que adquiram conjuntamente quaisquer bens para que sejam co-proprietários deles.

Nesse sentido, o artigo 1.641 do Código Civil de 2002⁴⁸ estabelece que é obrigatório o regime da separação de bens do casamento: das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento, da pessoa maior de 60 anos, para evitar os chamados golpes do baú, e de todos aqueles que dependerem para casar de suprimento judicial.

Ressalta também Dias⁴⁹ que o regime da separação de bens não vigora apenas por expressa disposição legal. Pode ser que os nubentes, por meio de pacto antenupcial percebam que o regime adotado em seu casamento será o da separação de bens. Assim uma vez convencionalizada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos consortes.

Afirma Assef⁵⁰ Esse tipo de regime é absoluto, quando não houver comunicação de quaisquer bens, podendo cada um dos consortes que deles forem proprietários, aliená-los ou gravá-los de ônus real, sem que haja outorga do outro cônjuge. É relativo pelo regime da separação convencional relativa de bens, podendo os cônjuges estabelecer que o regime seja o da separação de bens enquanto não tiverem filhos. Após regerà o casamento pela comunhão parcial.

⁴⁷ ASSEF, *Direito de família e das sucessões*, p. 93.

⁴⁸ BRASIL, *(Leis, etc)*.

⁴⁹ DIAS, *Direito de família e o novo código civil*, p. 101.

⁵⁰ ASSEF, *Direito de família e das sucessões*, p. 98.

Ainda que os dois tenham optado pela separação convencional de bens, os cônjuges serão obrigados a contribuir na proporção dos rendimentos de seu trabalho, e de seus bens, para as despesas do casal, salvo se estipularam o contrário em pacto antenupcial.

1.2.2 Do regime da comunhão parcial de bens

O regime da comunhão parcial de bens é considerado pelo legislador o regime legal de bens, pois o Código Civil de 2002⁵¹ dispõe em seu artigo 1.640 que em “não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial”.

No regime da comunhão parcial de bens, cada cônjuge conserva para si os bens particulares que trouxe para o casamento e comunicam-se os bens adquiridos na constância da sociedade conjugal, com exceção daqueles cuja aquisição tenha por título uma causa anterior ao casamento.

Nesse sentido, segundo Assef,⁵² são bens os recebidos por doação ou sucessão e os sub-rogados em seu lugar, os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares, as obrigações anteriores ao casamento, as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo se revertidas em proveito do casal, os bens de uso pessoal, os livros e os instrumentos de profissão, os proventos do trabalho de cada cônjuge, as pensões os meios soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Da mesma forma refere Rodrigues⁵³, a lei prevê hipóteses nas quais haverá comunhão dos bens onde e que se tem para comunhão os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que no nome de um dos cônjuges; por fato eventual com ou sem concurso de trabalho ou despesa anterior; por doação, herança ou legado em favor de ambos os cônjuges; as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge; os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a união.

⁵¹ BRASIL, (Leis, etc).

⁵² ASSEF, *Direito de família e das sucessões*, p. 98.

⁵³ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil, direito de família*, p. 179.

1.2.3 Do regime da comunhão universal de bens

O regime da comunhão universal de bens importa na comunicação de todos os bens, presentes e futuros de ambos os cônjuges, bem como suas dívidas passivas, constituindo um só todo.

Segundo Diniz⁵⁴, com o regime da comunhão universal de bens, instaura-se o estado de indivisão, passando a ter cada cônjuge o direito à metade ideal do patrimônio comum. Antes da dissolução da partilha não há meação, mas tão somente metade ideal de bens e dívidas comuns. Há comunicação do ativo e do passivo, pois há na comunhão universal de bens uma espécie de sociedade disciplinada por normas peculiares.

Entretanto, mesmo que exista a previsão de comunicação de todos os bens dos consortes presentes e futuros, a lei põe a salvo alguns deles, seja por suas próprias naturezas, seja por seus efeitos personalíssimos.

Assim, conforme destaca Assef⁵⁵, excluem-se da comunhão universal: os bens doados ou herdados com cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seu preparativo ou reverterem em proveito comum; as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com cláusula de incomunicabilidade; os bens de uso pessoal, os livros e os instrumentos de profissão, os proventos de trabalho pessoal de cada cônjuge, pensões, meio soldos, montepios, ou outras rendas semelhantes.

A incomunicabilidade dos bens não se estende aos frutos, quando estes são percebidos ou vencidos durante o casamento.

1.2.4 Do regime da participação final nos aquestos

O regime da participação final nos aquestos, tratado, expressamente pelo Código Civil de 2002, em seus artigos 1.672, e seguintes, prevê a hipótese em que os consortes vivem

⁵⁴ DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro, direito de família*, p. 145.

⁵⁵ ASSEF, *Direito de família e das sucessões*, p. 101.

como se fossem casados pelo regime da separação de bens sendo que, no momento da dissolução da sociedade conjugal, dividirão por igual os bens adquiridos onerosamente, na constância do casamento.

Madaleno⁵⁶ ensina que a eficácia desse regime de bens, quanto à efetiva participação final nos aquestos, só surge com o fato jurídico da dissolução da sociedade conjugal. Antes disso o casal vive sob o regime da separação de bens. Na constância da sociedade conjugal, tudo o que os cônjuges adquirirem integrará o patrimônio de cada um. No momento da dissolução, serão apurados os bens adquiridos na constância da sociedade conjugal, a título oneroso, e divididos pela metade de cada um dos cônjuges.

Para Rodrigues⁵⁷, o princípio da incomunicabilidade dos aquestos teve a sua rigidez entibiada pela idéia de que entre os cônjuges, embora casados pelo regime da separação absoluta de bens, estabelecia-se uma sociedade de fato, e os bens havidos em comum pertenciam à comunidade.

O Código Civil em vigor tratou expressamente do regime de participação final nos aquestos, dispondo que, neste regime, cada cônjuge possui patrimônio próprio e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos, a título oneroso, na constância do casamento. Assim, os cônjuges manterão patrimônio próprio durante a constância da sociedade conjugal e dividirão o patrimônio adquirido, onerosamente, no momento da dissolução.

Segundo refere Madaleno⁵⁸, a divisão dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento será feita pela metade, excluindo a soma dos patrimônios próprios de cada consorte, quais sejam os bens anteriores ao casamento e os que ao seu lugar se sub-rogaram os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberabilidade, e as dívidas relativas a esses bens.

Para Assef⁵⁹, o cônjuge prejudicado ou seus herdeiros, quando da partilha de bens adquiridos na constância do casamento sob o regime de participação final nos aquestos poderão pleitear no momento da dissolução da sociedade conjugal, a anulação do ato praticado sem a sua outorga, reivindicado o bem de terceiro que possua, e declarar seu valor no monte partilhável, valor este que será equivalente ao da época da dissolução.

⁵⁶ MADALENO, Rolf. **Direito da família, aspectos polêmicos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, v. 6, p. 171.

⁵⁷ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil, direito de família**, p. 169.

⁵⁸ MADALENO, **Direito da família, aspectos polêmicos**, p. 171.

⁵⁹ ASSEF, **Direito de família e das sucessões**, p. 109.

Sendo assim, incorpora-se ao monte o valor dos bens alienados em detrimento da meação, salvo se houver preferência do cônjuge lesado, ou dos seus herdeiros em reivindicá-los.

1.3 Imutabilidade do regime de bens no Código Civil de 1916

O Código Civil de 1916 acolhia em seu artigo 230 o princípio da imutabilidade do regime de bens entre os cônjuges que “o regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento e é irrevogável”.

Afirma Chilenato⁶⁰ que, por força deste preceito, uma vez celebrado o casamento sob determinado regime legal, não era possível alterá-lo até que se dissolvesse a sociedade conjugal, pela morte ou separação. No caso de separação de corpos, seguida da reconciliação do casal era possível restabelecer o regime anterior, não restaurá-lo.

Mesmo que a escolha tivesse decorrido de erro ou equívoco dos nubentes, era inviável a alteração do regime de bens depois de celebrado o casamento. Essa imutabilidade do regime de bens, durante o casamento era defendida principalmente pelo fato de que essa proibição conferia maior segurança jurídica aos cônjuges e a terceiros.

De acordo com Yoshikawa⁶¹, também era alegada a necessidade de proteção à mulher, que seria a cônjuge mais frágil, sujeita a ser influenciada pelo marido a renunciar aos benefícios que lhe foram conferidos pelo regime do casamento.

O artigo declarava ser totalmente impossível a alteração de regime de bens durante o casamento, pois se acreditava que uma vez escolhido um determinado regime de bens, a mudança deste para um outro regime poderia causar prejuízo aos cônjuges.

No que tange à defesa dos interesses de terceiros, Pereira⁶² destaca que, na constância do casamento, poderiam conduzir um dos consortes a alterar o regime econômico do matrimônio, com graves riscos para os próprios créditos e para com terceiros. Eventuais credores que tinham na meação de uma de comunhão universal, ou mesmo na partilha apenas

⁶⁰ CHINELATO, Silmara. **Comentários ao código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 18, p. 282.

⁶¹ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Ação de modificação de regime de bens**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 37.

⁶² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 5, p. 116.

dos aquestos, a expectativa de recebimento do seu crédito, podiam ver frustrada a quitação de seus haveres pela maliciosa migração dos cônjuges para o regime da completa separação de bens.

No mesmo sentido, conforme expõe Venosa⁶³, foi erigido o princípio da imutabilidade do regime de bens como garantia aos próprios cônjuges e para o resguardo de direitos de terceiros.

Ressalva-se apenas que a irrevogabilidade do regime tendia, em regra, para proteger a mulher casada, pois em outra esfera cultural brasileira ela era tida como dotada de menor experiência na parte das riquezas econômicas do casamento, que quase sempre eram administradas pelo marido.

⁶³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil.** São Paulo: Atlas, 2001, v. 5, p. 150.

2 A ALTERAÇÃO DO ARTIGO 432 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E A NOVA REDAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O antigo texto do artigo. 432 do Código Civil de 1916 estabelecia que “o regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento e é irrevogável”. Por força deste artigo, uma vez celebrado o casamento sob determinado regime de bens, não era possível alterá-lo, até que se dissolvesse a sociedade conjugal, pela morte ou pela separação

Já, no caso de separação de corpos, seguida de reconciliação do casal era possível restabelecer o regime anterior, mas não alterar o antigo regime. Mesmo que a escolha tivesse decorrido de erro ou equívoco dos nubentes, seria inviável a sua alteração depois de celebrado o casamento.

A imutabilidade, assim, era invocada por acreditar o legislador que a proibição conferia maior segurança jurídica aos cônjuges e a terceiros. Tal entendimento, atualmente, encontra-se superado.

Na acepção de Gomes⁶⁴, não haveria razão para proibir a modificação do regime de bens que foi livremente escolhido pelos nubentes. Haveria, sim, a necessidade apenas de se controlar o exercício deste direito, de modo a evitar abusos. Nesse viés, a mudança somente deve ser autorizada se requerida por ambos os cônjuges, justificadamente. Seu acolhimento deverá depender de decisão judicial, verificando o juiz se o pedido manifestado livremente e se motivos plausíveis aconselham seu deferimento. Finalmente só é de ser acolhido se não for feito com o propósito de prejudicar, cujos interesses em quaisquer hipóteses e ressalvam para o que se deve exigir a publicidade necessária através da obrigação de transcrever a sentença no registro próprio. Protege-se, desse modo, o interesse de quem quer tenha contra qualquer dos cônjuges um direito cujo título seja anterior ao registro da mudança do regime.

Tal entendimento foi acolhido pelo Código Civil de 2002⁶⁵, com o teor do artigo 1.639 que, assim, refere:

⁶⁴ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 166.

⁶⁵ BRASIL, (Leis, etc).

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

§1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data de seu casamento.

§ 2º É admissível alteração de 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.

Essa alteração, conforme destaca Yoshikawa⁶⁶, depende de autorização judicial, e atende ao pedido conjunto das partes, tratando-se de um procedimento de jurisdição voluntária.

Este capítulo, nesse sentido, trata, inicialmente dos procedimentos que dizem respeito à alteração do regime de bens, bem como os requisitos e as causas que os legitimam. Trata ainda da intervenção do Ministério Público e das causas impeditivas.

2.1 Procedimentos, requisitos e causas legitimadoras

Procedimentos de jurisdição voluntária são processos sem lide. Nesse sentido, Mesquita⁶⁷ refere, nesses processos não há partes, apenas interessados, cuja constituição de novas situações jurídicas conforma-se à ordem preestabelecida ou a restauração do interesse público lesado fica dependente de sentença.

A tutela pleiteada consiste na alteração por sentença do regime de bens, de natureza constitutiva. Tem-se, assim, a legitimidade *ad causam*, que são partes legítimas para propor a demanda os dois cônjuges, conjuntamente. O caso é de litisconsórcio necessário e unitário, em razão da incidibilidade de seu objeto. Ante a necessidade de consenso entre os cônjuges, a legitimidade é necessariamente conjunta.

Formulado o pedido por apenas um dos cônjuges, a petição inicial deverá ser indeferida conforme artigo 295, II do Código de Processo Civil, em razão da inadmissibilidade da demanda.

⁶⁶ YOSHIKAWA, *Ação de modificação de regime de bens*, p. 39.

⁶⁷ MESQUITA, José Ignacio Botelho. *A crise do judiciário e do processo*. São Paulo: RT, 2005, p. 27, v.I.

Nos casos excepcionalíssimos de litisconsórcio necessário ativo, se um dos sujeitos optar por não participar do litígio a consequência será a inadmissibilidade da demanda daquela que vier sem a companhia dele.

Cita-se também o interesse de agir, configurado na demonstração desse interesse a partir da necessidade de adequação da tutela jurisdicional, sem apresentar maior dificuldade, uma vez que a própria lei condiciona alteração à intervenção da autoridade judicial. Não foi adotada pelo legislador diante da possibilidade de modificação de regime de bens por escritura pública, como ocorre com a separação e o divórcio.

Já na possibilidade jurídica foi sendo substituído o artigo 230 do Código Civil de 1916 pelo parágrafo 2º do artigo 1.639, do Código Civil de 2002, passando a ser expressamente admitido pelo direito positivo do Brasil o pedido de modificação de regime de bens na constância do casamento.

Sendo admissível, em tese, formular tal pretensão, qualquer óbice ao seu acolhimento resultará não em impossibilidade jurídica, mas sim em improcedência do pedido.

A lei não veda que na constância do casamento seja formulado pedido de alteração de regime mais de uma vez, de tal sorte que eventual indeferimento ser precedido de exame do mérito da pretensão.

No que se refere ao valor da causa, Yoshikawa⁶⁸ afirma que, embora o regime de bens tenha como objetivo disciplinar as relações patrimoniais entre os cônjuges e terceiros, a ação em que se pretende obter a sua alteração não tem, de imediato um caráter patrimonial, muito semelhante às ações de separação e divórcio. O que confirma a predominância do seu caráter de ação de estado.

Para Venosa⁶⁹, a união pelo casamento almeja mútua cooperação, assim como assistência moral, material e espiritual. O casamento não deve possuir conteúdo econômico direto.

Nesse sentido, Yoshikawa⁷⁰ exemplifica o caso de um casal que deseja alterar o regime de comunhão universal ou separação total para comunhão parcial. Se acolhido o pedido, nenhum deles obterá de imediato nenhum proveito patrimonial. Ainda a mudança da comunhão parcial para comunhão universal, nesta situação, se não existirem bens particulares,

⁶⁸ YOSHIKAWA, *Ação de modificação de regime de bens*, p. 33.

⁶⁹ VENOSA, *Direito civil*, p. 169.

⁷⁰ YOSHIKAWA, *Ação de modificação de regime de bens*, p. 33.

anteriores ao casamento, a alteração também vai se mostrar irrelevante do ponto de vista patrimonial.

De qualquer maneira, sendo admitido que existam bens anteriores e que o valor dos patrimônios seja diferente ao acréscimo patrimonial de um dos cônjuges, será correspondido um igual acréscimo por parte do outro. Se uma das partes vai enriquecer e outra vai empobrecer na mesma medida, a soma final é igual para ambas as partes. O mesmo resultado é obtido no caso de mudança da comunhão parcial para separação de bens, cada um dos cônjuges receberá metade do patrimônio comum, não havendo o que se falar em acréscimo patrimonial. Dessa forma, o valor da causa poderá ser fixado em um valor simbólico.

Por sua vez a competência consubstancia a aceção de Yoshikawa⁷¹ que, na falta de regra expressa a respeito, a demanda deverá ser proposta no foro do domicílio do casal.

Nas comarcas em que existirem varas especializadas, a competência absoluta para o seu julgamento será a das varas de família.

2.2 Intervenção do Ministério Público

Por se tratar de procedimento de jurisdição voluntária envolvendo o estado das pessoas, é obrigatória a intervenção no processo do órgão do Ministério público, na qualidade de fiscal da lei, artigo 82, II do Código de Processo Civil⁷², podendo requerer a produção de provas e eventualmente interpor recurso contra sentença que acolher ou rejeitar o pedido. artigo 499, parágrafo 2º.

Não se admite, porém, a intervenção de terceiros no processo, pois a possibilidade de prejuízos a terceiros, em princípio justificaria a sua participação.

A causa, contudo, deve correr sob segredo de justiça, o que impede que terceiros tenham acesso aos autos e seu conteúdo, nos termos do artigo 155, II do Código de Processo Civil⁷³, ressalvado do direito de pedir certidão do dispositivo da sentença.

⁷¹ YOSHIKAWA, *Ação de modificação de regime de bens*, p. 33.

⁷² BRASIL, (Leis, etc).

⁷³ BRASIL, (Leis, etc).

De acordo com Yoshikawa⁷⁴, a própria lei ressalva o direito de terceiros, caso seja deferida a alteração. A decisão tem eficácia *ex nunc*, o que torna desnecessária a intervenção, pois o processo já conta com a supervisão do juiz e do Ministério Público.

Nesse sentido, é igualmente desnecessária a publicação de edital dando ciência da alteração e de eventuais interessados. A publicidade decorrente da averbação da decisão de registro já se afigura suficiente.

O parágrafo 2º do artigo 1.639 do Código Civil de 2002⁷⁵ dispõe que o casal deverá expor ao juiz as razões pelas quais pretende modificação do regime originário, ou do atual em caso de novo pedido de modificação, cabendo ao magistrado apreciar a procedência das razões dos cônjuges.

Nessa interpretação, existe na jurisprudência uma posição em defesa do fato do cabimento ao juiz de julgar as razões alegadas pelos cônjuges e que justificariam a mudança requerida, a conveniência da ação.

Para Yoshikawa⁷⁶ não é correto este entendimento, pois da mesma forma que não cabe ao tabelião julgar as razões que levaram o casal a escolher este ou aquele regime de bens, embora possa e deva informá-los das características, vantagens e desvantagens de cada um, nos termos do artigo 1528 do CC, não pode o juiz ser transformado em censor das conveniências do casal.

As razões que levam os nubentes a requerer a alteração do regime de bens podem ser muito variadas, inclusive, dotadas de um alto grau de subjetividade. Nesse passo, dizendo a lei apenas que o pedido deve ser motivado, apurada a procedência das razões, encontra-se no permissivo legal uma regra aberta, um conceito vago, de fundamentação livre e abrangente.

Conforme refere Yoshikawa⁷⁷, sendo manifestado o desejo do casal, ao contrário de se invadir a privacidade e intimidade das relações patrimoniais no plano subjetivo, a ponto de se questionar a adequação, a conveniência ou o acerto da decisão, deve se objetivar a atenção para a legitimidade da pretensão e no resultado útil dessa modificação proposta. Deve-se verificar a repercussão na esfera jurídica dos interessados, preservando-se, assim, os legítimos interesses da família.

⁷⁴ YOSHIKAWA, *Ação de modificação de regime de bens*, p. 33.

⁷⁵ BRASIL, (Leis, etc).

⁷⁶ YOSHIKAWA, *Ação de modificação de regime de bens*, p. 42.

⁷⁷ YOSHIKAWA, *Ação de modificação de regime de bens*, p. 42.

Para Cahali⁷⁸, a simples vontade do casal em criar uma nova forma de organizar seus interesses comuns em função de uma nova realidade conjugal, deve ser valorizada como suficiente para se autorizar a mudança de regime.

De acordo com Chinelato⁷⁹, o que a lei prescreve é o adverso, o exame da procedência, da veracidade dos motivos alegados, se serão suficientes para embasar o pedido de alteração do regime de bens, mas também o serão para repercutir negativamente no relacionamento do casal.

Da mesma forma, a análise das razões invocadas apresentam a mesma interpretação e, via de consequência, a ausência de propósito de lesar terceiros, inerente à ressalva contida na parte final do artigo. Ainda que não se trate de mera homologação, mas de autorização judicial, não é justificável apreciar o pedido dos cônjuges com uma visão restrita e com excessivo rigor. Mesmo porque, caso reste indeferido o pedido, os cônjuges podem se divorciar e casar outra vez, escolhendo outro regime patrimonial.

2.3 Causas impeditivas

A primeira causa impeditiva é a existência do óbice legal, transitório ou permanente, à escolha de determinado regime como os constantes do artigo 1.641, do Código Civil⁸⁰, na data em que formulado o pedido. Eventual alteração no curso do processo, porém deve ser levada em conta na forma do artigo 462, do Código de Processo Civil⁸¹.

Assim, tendo os cônjuges casado sob o regime da comunhão universal quando jovens, e contando atualmente com mais de 60 anos, é inviável a alteração do regime de bens para o da comunhão parcial ou o da separação total, uma vez que é permitido apenas o regime da separação obrigatória, de acordo com o artigo 1.641, II do Código Civil⁸².

Afirma Cahali⁸³ que é da mesma forma inviável a alteração de regime de bens que por motivo permanente era obrigatório, por via de uma norma de ordem pública na data em que

⁷⁸ CAHALI, Francisco José. A súmula 377 e o NCC e a mutabilidade do regime de bens. *Revista do Advogado*, n. 76, São Paulo, jun. 2004, p. 30.

⁷⁹ CHINELATO, *Comentários ao código civil*, p. 286.

⁸⁰ BRASIL, (Leis, etc).

⁸¹ BRASIL, (Leis, etc).

⁸² BRASIL, (Leis, etc).

⁸³ CAHALI, A súmula 377 e o NCC e a mutabilidade do regime de bens, *Revista do Advogado*, p. 31.

foi celebrado o casamento. Se os cônjuges não dispunham de liberdade para escolher o regime primário, não podem ter logicamente, liberdade para alterá-lo.

Destaca Yoshikawa⁸⁴ que há também a possibilidade de prejuízos a terceiros, ainda que o pedido aparentemente seja formulado de boa fé, como no caso em que os requerentes declaram como motivo do pedido o interesse de preservar a meação de um dos cônjuges de litígio ou controvérsias envolvendo o outro.

Não é preciso que reste configurado aos olhos do juiz o propósito de prejudicar terceiros para julgar o pedido improcedente. A parte final do parágrafo 2º do artigo 1.639, do Código Civil⁸⁵, estabelece que a mudança poderá ser reputada ineficaz perante os credores de um ou de ambos os cônjuges, ou seja, uma cautela do legislador.

Segundo salienta Yoshikawa⁸⁶, para evitar a possibilidade de prejuízos contra terceiros, caso não sejam desde logo fornecidas pelos requerentes, deve o juiz determinar a apresentação de certidões de protestos e de distribuição de ações, cíveis, criminais das justiças estaduais e federais incluídas a justiça do trabalho, em nome dos cônjuges e, eventualmente, das pessoas jurídicas das quais forem sócios, ante a possibilidade da responsabilidade solidária ou subsidiária.

No direito de família como em outras searas, existe a necessidade de prevenção, para que não ocorra a fraude quando da possibilidade do exercício de um direito, como no caso da alteração de regime de bens. É necessário precaver-se para não causar prejuízos contra terceiros.

Em se tratando de sentença constitutiva, a sentença começa a produzir efeitos a partir do momento do trânsito em julgado da decisão. Nesse sentido, Yoshikawa⁸⁷ refere que não seria justificável o fato de que a sentença pudesse produzir efeitos de imediato, alterando-se o regime de bens enquanto houver a possibilidade de sua reforma, com eficácia retroativa, uma vez que reconhecida a inexistência de direito a alteração, sob pena de fomentar a insegurança jurídica não apenas entre os cônjuges, como também nas relações destes com terceiros.

⁸⁴ YOSHIKAWA, *Ação de modificação de regime de bens*, p. 45.

⁸⁵ BRASIL, *(Leis, etc)*.

⁸⁶ YOSHIKAWA, *Ação de modificação de regime de bens*, p. 45

⁸⁷ YOSHIKAWA, *Ação de modificação de regime de bens*, p. 45

Segundo afirma Miranda⁸⁸, os efeitos da sentença têm eficácia somente para o futuro, ou seja eficácia *ex nunc*. A eficácia da sentença é quase sempre *ex nunc*. Mas há a eficácia *ex tunc* em se tratando de anulações, ou de decretação de nulidade.

Dessa forma, o direito material que determina se a sentença terá ou não eficácia retroativa. A sentença que decreta a interdição, por exemplo, tem efeitos *ex nunc*. A causa da incapacidade é anterior, mas a condição de interditado, a colocação do indivíduo sob o regime da curatela, somente tem início com a prolação da sentença. No caso da modificação do regime, é imposto igualmente afastar qualquer retroatividade.

O que se propõe e o que permite a lei é a alteração do regime, não a substituição retroativa, como se sempre tivesse sido esse o regime escolhido. Até porque do contrário seria praticamente impossível preservar os direitos de terceiros, como determina o preceito legal, a eficácia é *ex nunc*.

Assim, substituída a comunhão parcial ou universal pela separação de bens, continuarão pertencendo ao casal os bens adquiridos na constância do casamento até a data do trânsito em julgado da decisão.

Não há, assim, que se falar em partilha de bens por força de alteração do regime, o que seria impensável na constância do matrimônio. Tampouco existe retroatividade em caso de alteração da separação ou comunhão parcial, quanto aos bens particulares para a comunhão universal. Os bens particulares se tornarão comuns apenas após o trânsito em julgado, como se naquela data houvesse sido celebrado um novo casamento.

2.4 Alteração do regime de bens para casamentos celebrados sob a vigência do código civil de 1916

Logo que o atual Código Civil entrou em vigor, uma parcela da doutrina e da jurisprudência orientou-se no sentido de que a alteração de regime somente seria admitida para os casamentos celebrados sob a vigência do novo diploma legal.

Esse entendimento atualmente encontra-se superado, e caso existisse semelhante vedação não se trataria de impossibilidade jurídica, mas de improcedência do pedido.

⁸⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1998, p. 45.

Impossibilidade jurídica haveria se os cônjuges requeressem a alteração do regime quanto a determinados bens, mantendo-se o anterior quanto aos demais.

No entanto, conforme destaca Dias⁸⁹, de acordo com o estabelecido no parágrafo 2º, do artigo 1.639 do atual Código Civil, só será possível a aplicação da alteração do regime de bens para aqueles que se casarem após janeiro de 2003, que é a data em que passou a vigorar o Código.

Isso significa afirmar que a mudança do regime de bens não será acessível às pessoas casadas sob a égide do Código Civil de 1916, que vedava a mudança do regime de bens adotado com o matrimônio.

Conforme refere Madaleno⁹⁰, tal afirmativa pode ser sustentado pelo artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal e pelo artigo 6º, parágrafo 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil e que consagra o princípio da irretroatividade das leis. Essa assertiva teria inclusive inquestionável sustentação na disposição do artigo 2.039 do Código Civil, quando diz que “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”.

No entendimento Farrula Junior⁹¹, quando o artigo 2.039 do Código Civil menciona que o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil de 1916, sendo por ele estabelecido, estaria abarcando além das regras de cada um dos regimes do Código de 1916, também os artigos que com estas normas se relacionam como acontece com o artigo 230 do Código Civil de 1916, quando ainda era imutável o regime de bens.

No entanto, segundo afirma Madaleno⁹², essa não é a sua maneira de interpretar a nova disposição do Código Civil. O legislador poderia ser suficientemente claro e pontual e ditar no artigo 2.039, do atual Código, que os casamentos celebrados sobre autoridade do Código Civil de 1916 seguiriam com seu regime de bens imutável. Contudo, não faz essa ressalva e nem permite concluir o artigo 2.039 sob o comento, e mais do que isso o próprio parágrafo 2º do artigo 1.639 do atual Código Civil não restringe a alteração do regime de bens somente aos casamentos celebrados a contar da sua vigência.

⁸⁹ DIAS, **Manual de direito das famílias**, p. 51.

⁹⁰ MADALENO, **Direito de família e o novo código civil**, p. 203.

⁹¹ FARRULA JUNIOR, Leonidas Filliponne.

⁹² MADALENO, **Direito de família e o novo código civil**, p. 203.

3 A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DO PEDIDO DE MOTIVAÇÃO PARA MUDANÇA DE REGIME DE BENS

O direito de família é o ramo do direito que atualmente, mais sente os reflexos dos princípios e direitos fundamentais acolhidos pela Constituição Federal de 1988, que consagrou direitos fundamentais como a liberdade, a intimidade, a privacidade, a mínima intervenção do estado, e o princípio maior, da dignidade da pessoa humana, um dos princípios instituidores da Constituição Federal.

A exigência de motivação dos cônjuges no pedido de mutabilidade do regime de bens é inconstitucional, pois fere os princípios fundamentais, elencados pela Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, este capítulo demonstra, primeiramente, as situações em que pode ocorrer a violação dos princípios e direitos constitucionais, trazendo os princípios da dignidade e do direito à liberdade. Expõe também o princípio da intervenção mínima do Estado nas relações familiares, bem como o do direito à intimidade ou à vida privada

3.1 A violação dos princípios e direitos constitucionais

Os princípios constitucionais são fundamentais na ordem jurídica. Segundo Dias⁹³, representam o fio condutor da hermenêutica jurídica, dirigindo o trabalho do intérprete em consonância com os valores e interesses por ele abrigados.

Se a Constituição Federal de 1988 garante direitos como a liberdade, proíbe a violação da intimidade, da vida privada, como pode ser aceito o fato de que um casal para poder encontrar êxito ao entrar com pedido de modificação de regime de bens, durante o casamento, tem justamente os direitos fundamentais, como os supra citados violados, sendo necessário expor sua intimidade para um juiz.

⁹³ DIAS, *Manual de direito das famílias*, p. 51.

Da mesma forma que não cabe ao tabelião julgar porque os nubentes escolheram este ou aquele regime de bens, não cabe também ao juiz se tornar censor das conveniências do casal se está sendo protegido direito de terceiros.

Nesse sentido, tem-se os princípio da dignidade humana e do direito à liberdade como sustentadores dos direitos e garantias do cidadão.

3.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos principais fundamentos da ordem jurídica, e isso faz com que a pessoa seja o maior centro de proteção de direitos.

Previsto no artigo 1º da Constituição Federal de 1988⁹⁴, em seu inciso III, assim estabelece: “a República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”.

Os direitos fundamentais conferem ao titular a possibilidade de exigir do destinatário, uma ação ou omissão. As garantias fundamentais têm caráter instrumental, funcionando como meio de proteção de direitos.

De acordo com Silva⁹⁵, a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.

Já para Nogueira da Silva⁹⁶, o princípio da dignidade da pessoa humana é de grande alcance, a priori, também contido no âmbito da cidadania, mas com reflexos em variados aspectos intrínsecos à vida das sociedades e indivíduos, até mesmo à vida privada destes.

Assim, por dignidade da pessoa humana deve ser entendido o respeito exigido de todos, Estado e particular às condições do ser humano, do ser social, cultural, político, profissional, ínsitas a qualquer indivíduo.

⁹⁴ BRASIL, (Leis, etc).

⁹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 105.

⁹⁶ NOGUEIRA DA SILVA, Paulo Napoleão. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 195.

3.1.2 Do direito à liberdade

No que tange ao direito à liberdade, Silva⁹⁷ leciona que muitas teorias definem a liberdade como resistência à opressão ou a coação da autoridade ou do poder. Trata-se de uma concepção de liberdade no sentido negativo, porque se opõe, nega, à autoridade. Outra teoria dá-lhe um sentido positivo, é livre quem participa da autoridade ou do poder. Ambas têm o defeito de definir a liberdade em função da autoridade. Liberdade opõe-se ao autoritarismo, a deformação da autoridade, não, porém, a autoridade legítima.

Segundo destaca Rivero⁹⁸, o conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade. A liberdade pode ser vista como um poder de autodeterminação em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo o seu comportamento pessoal.

Assim, no entendimento de Silva⁹⁹, liberdade pode ser entendida como a possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários a realização da felicidade pessoal. Pois nessa noção encontramos todos os elementos objetivos e subjetivos necessários a idéia de liberdade, é poder de atuação sem deixar de ser resistência a opressão, não se dirige contra, mas em busca, persegue alguma coisa que é a felicidade pessoal. Esta é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade pelo seu fim em harmonia com a consciência de cada um. Tudo o que impedir aquela possibilidade de coordenação dos meios é contrário a liberdade.

A liberdade objetiva, a de fazer atuar, está dividida em cinco grandes grupos. A da pessoa física, que corresponde a liberdade de locomoção, circulação, a liberdade de pensamento, isto é opinião, religião, informação, artística, comunicação do conhecimento; e a liberdade de expressão coletiva, a liberdade de ação profissional, e a liberdade de cunho econômico e social, englobando a livre iniciativa, liberdade de comércio, liberdade ou autonomia contratual, liberdade de ensino e liberdade de trabalho.

⁹⁷ SILVA, Curso de direito constitucional positivo, p. 105.

⁹⁸ RIVERO, Jean. *Les Libertés publiques, 1 Les droits de l'Homme*. Paris: PUF, 1973, p. 14.

⁹⁹ SILVA, Curso de direito constitucional positivo, p. 233.

A liberdade da pessoa física constitui, segundo Silva¹⁰⁰, a primeira forma de liberdade que o homem teve que conquistar. É a possibilidade jurídica que se reconhece a todas as pessoas de serem senhoras de sua própria vontade e de locomoverem-se desembaraçadamente dentro do território Nacional.

Os franceses indicam como conteúdo dessa liberdade três prerrogativas, a liberdade de ir e vir, a segurança individual e a liberdade a intimidade. No direito brasileiro, as formas de expressão de liberdade da pessoa física se revelam apenas na liberdade de locomoção e na liberdade de circulação.

Conforme dispõe Sampaio¹⁰¹, a liberdade de locomoção contém o direito de ir e vir, de ficar e de permanecer sem necessidade de autorização. Nesse passo, significa dizer que podem todos locomover-se livremente nas ruas, nas praças, nos lugares públicos, sem temor de serem privados de sua liberdade de locomoção.

A liberdade de circulação, assim, consiste no direito de circular, na faculdade de deslocar-se de um ponto a outro através de uma via pública, ou afetada ao uso público.

Já no que tange à liberdade de pensamento, segundo Sampaio¹⁰², é o direito de exprimir por qualquer forma, o que se pense em ciência, religião, arte ou o que for. Trata-se de uma liberdade de conteúdo intelectual e supõe o contato do indivíduo com seus semelhantes pela qual o homem tenda, a participar a outras pessoas suas crenças, seus conhecimentos, sua concepção do mundo, suas opiniões políticas ou religiosas, seus trabalhos científicos.

Por seu turno, a liberdade de opinião, conforme destaca Silva¹⁰³, trata-se da liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha, quer um pensamento íntimo, quer seja tomada a de posição pública, a liberdade de pensar e dizer o que acredita ser verdadeiro. Como pensamento íntimo prevê a liberdade de consciência e de crença, que declara inviolável. Isso significa que todos têm o direito de aderir a qualquer crença religiosa como o de recusar qualquer delas, adotando o ateísmo, e inclusive o direito de criar sua própria religião, seguir qualquer corrente filosófica, científica, ou política.

A escusa de consciência é o direito de recusar prestar determinadas imposições que contrariem as convicções religiosas ou filosóficas do interessado.

¹⁰⁰ SILVA, **Curso de direito constitucional positivo**, p. 233.

¹⁰¹ SAMPAIO, Antonio Doria, **Direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Cia Editora Nacional, 1853, p. 651

¹⁰² SAMPAIO, **Direito constitucional**, p. 651.

¹⁰³ SILVA, **Curso de direito constitucional positivo**, p. 233.

O direito à liberdade é um direito resguardado pela Constituição Federal de 1988¹⁰⁴, em seu artigo 5º, caput, em afirma que “todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros, e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade [...]”.

Nogueira da Silva¹⁰⁵ ensina que a vida humana é integrada por elementos físicos, psíquicos, espirituais, éticos e morais, e se a sua garantia inclui a integridade física, a integridade moral, e a dignidade da pessoa como ser humano o direito à liberdade é apenas uma consequência necessária desse conjunto de elementos e garantias.

Afirma Nogueira da Silva¹⁰⁶ que a liberdade é vista como a possibilidade de plena locomoção, o direito de ir e vir ou de ficar. Trata-se do óbvio, porém esse direito engloba muitos outros como a liberdade de pensamento, de criação intelectual e cultural, de opção política, de reunião, de crença religiosa.

Entretanto, o direito a liberdade sofre limitações e essas limitações incidem em razão de sanções previstas nas legislações penais em geral, privativas da liberdade para aqueles que praticam atos que são condenados pelo direito.

3.1.3 Do princípio da intervenção mínima do Estado nas relações familiares

O artigo 1513 do Código Civil de 2002¹⁰⁷ declara que “é defeso a qualquer pessoa de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família e entendimento diverso poderá levar à injustiça ou insegurança jurídica”.

Assim sendo, se existe um meio legal, uma norma de direito que proíbe a intervenção na vida de uma família, não é possível aceitar o fato de que um juiz deve avaliar as razões íntimas que um casal possui para homologar seu pedido de alteração de regime de bens.

¹⁰⁴ BRASIL, (Leis, etc).

¹⁰⁵ NOGUEIRA DA SILVA, *Curso de direito constitucional*, p. 285

¹⁰⁶ NOGUEIRA DA SILVA, *Curso de direito constitucional*, p. 285

¹⁰⁷ BRASIL, (Leis, etc).

3.1.4 Do direito à intimidade ou à vida privada

Ensina Bastos¹⁰⁸ que com a evolução tecnologia, se torna possível uma devassa na vida íntima das pessoas, insuspeitada por ocasião das primeiras declarações de direitos. A História remonta ao aparecimento deste direito na França, após serem publicadas fotos indiscretas de artistas e céleres.

Hoje, os aparelhos eletrônicos tornam mais fáceis e devassáveis a vida íntima das pessoas. E desse modo, sentiu-se a necessidade de proteger especificamente a imagem das pessoas a sua vida privada e intimidade. O inciso X do artigo 5º da Constituição Federal oferece guarida ao direito de reserva a intimidade assim como o da vida privada.

O direito à liberdade ou à vida privada consiste na faculdade que cada indivíduo tem de obstar a intromissão de estranhos em sua vida privada e familiar, assim como de impedir o acesso a informações sobre a privacidade de cada um e também impedir que sejam divulgadas informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre essa área da manifestação existencial do ser humano.

Segundo destaca Silva¹⁰⁹, não é fácil distinguir vida privada de intimidade. A intimidade integra a esfera íntima da pessoa porque é repositório de segredos particularidades de foro moral e íntimo do indivíduo. Mas a CF, deu destaque ao conceito para que seja mais abrangente como conjunto de modo de ser e viver, como o direito de viver sua própria vida. Parte da constatação de que a vida das pessoas compreende dois aspectos, um voltado para o exterior e outro para o interior.

A vida exterior que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas pode ser objeto das pesquisas e das divulgações de terceiros porque é pública. A vida interior, que se debruça sobre a mesma pessoa, sobre os membros de sua família, seus amigos, é a que integra o conceito de vida privada, inviolável nos termos da Constituição Federal.

A tutela constitucional visa proteger as pessoas de dois atentados particulares, ao segredo da vida privada, e a liberdade da vida privada. O segredo da vida privada é condição de expansão da personalidade. Para tanto, é indispensável que a pessoa tenha ampla liberdade de realizar sua vida privada sem perturbação de terceiros.

¹⁰⁸ BASTOS, Celso. **Curso de direito constitucional**, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 289.

¹⁰⁹ SILVA, **Curso de direito constitucional positivo**, p. 243.

De acordo com Kaiser¹¹⁰, são duas as variedades de atentados aos segredos da vida privada. Primeiro a divulgação, ou seja o fato de levar ao conhecimento do público, ou a pelo menos de um número indeterminado de pessoas os eventos relevantes da vida pessoal e familiar, e o segundo a Investigação, ou a pesquisa de acontecimentos referentes à vida pessoal e familiar, envolve-se aí, a proteção de documento relativo à pessoa, quando tenha sido obtido por meios ilícitos.

Essa proteção encontra desdobramentos em outros direitos constitucionais, que também se preocupam com a preservação das coisas íntimas e privadas, como por exemplo, o direito de inviolabilidade do domicílio e da correspondência, do sigilo profissional e o das cartas confidenciais e demais papéis pessoais.

Conforme refere Silva¹¹¹, a expressão direito à privacidade, em um sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas as manifestações da esfera, íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional consagrou. Entende-se a privacidade como o conjunto acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito. A esfera da inviolabilidade é ampla, abrange o modo doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e planos futuros do indivíduo.

O direito à intimidade é quase sempre considerado como um sinônimo do direito a privacidade. Esta é uma terminologia do direito anglo-americano. Nos termos da Constituição Federal de 1988, é plausível a distinção, já que o inciso X do artigo 5º separa a intimidade das outras manifestações de privacidade.

Segundo Dotti¹¹² a intimidade se caracteriza como “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”. Muito Semelhante ao conceito de Adriano de Cupis que define a intimidade, (*riservatezza*) como o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento de outrem de quanto se refira a pessoa da mesma.¹¹³

¹¹⁰ KAYSER, Pierre. **La protection de La vie privée;protection Du secret de La vie privée**, Marseille: Presses universitaires d’Aux- Marseille, 1984, p. 11.

¹¹¹ SILVA, **Curso de direito constitucional positivo**, p. 243.

¹¹² DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo :RT, 1980, p. 69

¹¹³ CUPIS, Adriano. *Riservatezza e segreto* (Diritto a). In: **Novissimo Digesto Italiano**, Torino UTET, 1969, p. 115.

Nesse sentido, conforme Cupis¹¹⁴, é válido destacar que a Constituição Federal está reconhecendo que o homem tem o direito fundamental a um lugar em que só, ou com sua família, gozará de uma esfera jurídica privada e íntima que terá de ser respeitada como sagrada manifestação da pessoa humana.

O direito de uma vida doméstica livre da intromissão estranha o que caracteriza a liberdade das relações familiares, as relações entre pais e filhos, e à intimidade sexual do casal.

¹¹⁴ CUPIS, Adriano. Riservatezza e segreto (Diritto a). In: **Novíssimo Digesto Italiano**, Torino UTET, 1969, p. 115.

CONCLUSÃO

Na vigência do antigo Código Civil de 1916 era impossível a alteração de regime de bens na constância do casamento. Com a mudança do Novo Código Civil em 2002, tornou-se possível a alteração de regime durante o casamento.

No entanto, estabeleceu o legislador a necessidade de que para fazer o pedido de alteração de regime de bens é necessário justificar as razões pessoais do motivo da alteração para o Juiz.

Ao efetuar a busca por uma resposta à discussão em tela, primeiramente foi argumentado sobre o instituto do casamento, o conceito de casamento e suas principais características, sua finalidade, capacidade para casar, direitos e deveres do casal, assim como a breve diferenciação entre os tipos de regimes de bens.

Em um segundo momento, foi demonstrado a mudança do antigo artigo 432 do Código Civil de 1916, quando era impossível a mudança de regime de bens, para o artigo 1639 com base no seu § 2º, onde ficou estabelecida a possibilidade da mudança de regime.

Foi feito um estudo detalhado desta mudança, sendo exposto o procedimento, requisitos e causas legitimadoras, foram apontados todos os trâmites necessários para ter efetivado o direito de alteração de regime de bens na constância do casamento.

Finalmente demonstrou-se, com base no princípio da Dignidade da pessoa Humana, do Direito à Liberdade, do princípio da Intervenção Mínima do estado nas relações Familiares, e no Direito à Intimidade ou a Vida Privada, que não pode o Estado interferir na vida privada ou a na vida Intima de um casal, de uma família visto que está ferindo um conjunto de princípios e direitos fundamentais que são garantidos pela Constituição Federal Brasileira.

A análise feita acerca do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana comprova que bens como a moral devem ser protegidos e reparados. Por tal princípio, foi possível perceber que este se trata do respeito exigido de todos, Estado e particular às condições do ser humano, do ser social, do ser cultural, do ser político, do ser profissional, insitas a qualquer individuo.

Da mesma forma foi observado o princípio da Intervenção Mínima do Estado nas relações familiares garante ser defeso a qualquer pessoa de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida que é instituída pela família e entendimento diferente deste pode levar à injustiça ou insegurança jurídica.

Pelo direito à liberdade restou esclarecido que esta é como um poder de autodeterminação em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo o seu comportamento pessoal.

O estudo do Direito à Intimidade ou à Vida Privada comprova a faculdade que cada indivíduo tem de obstar a intromissão de estranhos em sua vida privada e familiar, assim como de impedir o acesso a informações sobre sua privacidade, bem como impedir que sejam divulgadas informações sobre a sua privacidade e que sejam divulgadas informações sobre essa área da manifestação existencial do ser humano.

Pode-se deste modo inferir, que para que um casal tenha homologado seu pedido de modificação de regime de bens durante o casamento não pode o juiz exigir a apresentação de razões dos cônjuges, uma vez que estas razões podem ser muito variadas e são dotadas de um alto grau de subjetividade e que, principalmente, ferem os princípios e direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ASSEF, Tatiana Cunha Moscheta. **Direito de família e das sucessões**. São Paulo: Harbra, 2004.

BASTOS, Celso. **Curso de direito constitucional**, São Paulo: Saraiva, 1995.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Alves, 1940. v. 2. p. 125

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de família**. 2 ed. São Paulo: Forense Universitária, 1993.

BRASIL, **(Leis, etc)** Constituição federal, código civil (2002/1916), código de processo civil, código penal, código de processo penal. 3. ed. São Paulo: Manole, 2004.

CAHALI, Francisco José. A súmula 377 e o NCC e a mutabilidade do regime de bens. **Revista do Advogado**, n. 76, São Paulo, jun. 2004.

CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 18.

CUPIS, Adriano. *Riservatezza e segreto (Diritto a)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino UTET, 1969.

DIAS, Maria Berenice, **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Direito de família e o novo código civil**. 3. ed. São Paulo: Del Rey, 2003, p. 96.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 5.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e liberdade de informação*. São Paulo :RT, 1980.

FARRULA JUNIOR, Leonidas Filliponne.

GOMES, Orlando. **Direito de família**, 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

KAYSER, Pierre. **La protection de La vie privé;protection Du secret de La vie privée**, Marseille: Presses universitaires d'Aux- Marseille, 1984.

KAYSER, Pierre. *La protection de La vie privé;protection Du secret de La vie privée*, Marseille: Presses universitaires d'Aux- Marseille, 1984, p.11.

MADALENO, Rolf. **Direito da família, aspectos polêmicos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, v. 6.

MESQUITA, José Ignacio Botelho. **A crise do judiciário e do processo**. V 1, São Paulo: RT, 2005, v.I.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. 32 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1995.

NOGUEIRA DA SILVA, Paulo Napoleão. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. **Direito de família**. São Paulo: Atlas, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 5.

PEREIRA, Rodrigo Pereira; DIAS, Maria Berenice. **Direito de família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RIVERO, Jean. **Les Libertes publiques, 1 Les droits de l'Homme**. Paris: PUF, 1973.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil- Direito de Família*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Direito civil, direito de família**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SAMPAIO, Antonio Doria, **Direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Cia Editora Nacional, 1953, p. 651

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

_____. **Direito civil**. São Paulo: Atlas, 2001, v. 5.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Ação de modificação de regime de bens**. São Paulo: Dialética, 2006.