

Mutabilidade dos regimes de bens e a autonomia da vontade: Um caso de colisão do princípio da não-intervenção nas entidades familiares e a interferência do Poder Judiciário

La mutabilidad de los regímenes económicos matrimoniales y la autonomía de la voluntad: um caso de colisión del principio de no intervención em las familias u la injerencia del Poder Judicial

Fernanda Pontes Pimentel¹

PALAVRAS CHAVE: AUTONOMIA PRIVADA; SOCIEDADE CONJUGAL; REGIME DE BENS. MUTABILIDADE.

PALABRAS CLAVE: AUTONOMÍA PRIVADA; MATRIMÓNIO; RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL; MUTABILIDAD.

Resumo: O presente artigo objetiva compreender alguns fundamentos do instituto da autonomia privada e sua incidência sobre a liberdade dos cônjuges regulamentarem o regime patrimonial de bens do casamento e sua alteração. Busca-se verificar o processo de submissão destas pretensões ao Poder Judiciário e os requisitos necessários ao acolhimento dos pedidos realizados. Visa ainda identificar as "justas razões" para o deferimento ou indeferimento do pedido de mudança. Para tanto, propõe-se uma análise da autonomia privada na ordem constitucional e os limites das manifestações de vontade do sujeito de direito no âmbito da incidência do regime de bens sobre a sociedade conjugal

Resumen: Este artículo tiene como objetivo comprender algunos de los fundamentos del instituto de la autonomía privada y su efecto sobre la libertad de los cónyuges para regular el régimen de los bienes patrimoniales del matrimonio y de su enmienda. Tratamos de verificar el proceso de presentación de reclamaciones a la judicatura y los requisitos para la recepción de los pedidos realizados. También se pretende identificar las "causas justas" para la aprobación o rechazo de la solicitud de cambio. Se propone un análisis de la autonomía privada en el orden constitucional y los límites de la expresión de la voluntad del sujeto de derecho bajo el impacto del programa sobre lo régimen económico matrimonial de la sociedad conyugal.

I – Introdução

O direito privado contemporâneo² passa por uma crise axiológica ao migrar da proteção ao *ter*, que se consubstanciava na propriedade como eixo da proteção normativa, para o *ser*, calcado no fundamento da dignidade da pessoa humana como valor máximo da tutela constitucional³. A autonomia da vontade, corolário máximo da celebração e estipulação

¹ Professora assistente do departamento de direito privado da Universidade Federal Fluminense (SDV/UFF). Professora do Programa de Pós-graduação *latu sensu* em Direito Privado da Universidade Federal Fluminense. Doutoranda pelo Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense ,

² Em uma evolução dos paradigmas de liberdade que surgem a partir da Revolução Francesa, o direito privado é estruturado como um espaço de não-intervenção no âmbito dos espaços individuais, o que traz uma imposição ao Estado da preservação dos interesses dos particulares. Fica o Estado Liberal concebido sobre um contrato social, onde prevalecia a noção de uma sociedade política capaz de proteger os espaços individuais através do poder outorgado por seus membros. Para Locke (2001:132-133) este modelo de Estado era decorrente da renúncia ao poder decorrente do estado de natureza dos homens e a sua transferência a um centro de poder humano capaz de compreender regras imparciais para garantia dos direitos individuais, em uma modalidade de “contratualismo horizontal” capaz de harmonizar os interesses particulares.

³ Para TEPEDINO (2008:54) a dignidade da pessoa humana deve ser considerada como a verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana.

das relações jurídicas humanas, passa a ser balizada por cláusulas gerais e princípios normativos, a exemplo da função social, que reduzem ou minimamente trazem a necessidade de se repensar este valor jurídico.

Neste cenário surge a codificação civil de 2002 que, a despeito de seus críticos, faz uma nítida aproximação valorativa à Constituição da República de 1988, dispondo de institutos através de normas abertas e que permitem uma efetiva atuação do magistrado na solução dos litígios que porventura venham a surgir. Há alterações na função do contrato, da propriedade e da família, institutos fundamentais que passam a ser regidos por cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados.

Tais transformações ficam bastante evidentes no direito de família contemporâneo, que está construído sobre uma nova base: o princípio da não-intervenção nas entidades familiares⁴.

Desde o século XIX já se delineava o preceito hoje contido no artigo 1.513 da Lei Civil, que consagra o “princípio da não-intervenção” na família. Já existia a percepção de que as “relações que formam a teia da vida íntima pertencem ao domínio da moral; o direito só intervém para regular e garantir aqueles deveres, cuja inobservância, contrariando o fim do casamento, pode ocasionar graves perturbações” (PEREIRA, 2004:105).

O desafio que se instaurou foi a efetivação desta nova ordem jurídica. Houve um acolhimento real da principiologia estabelecida a partir do Estado Social e especificamente após a Constituição de 1988? Como partir dos modelos teóricos, meras construções lógicas, para trazer solução às situações cotidianas? José Eduardo Faria acredita “que o problema é saber se podemos continuar agindo e pensando com base em padrões, categorias, conceitos e instrumentos analíticos que privilegiam o formalismo jurídico”, uma vez que nos prendemos a uma cultura jurídica formalista que

(a) insiste em associar o direito a um sistema fechado e racional de normas produzido por um legislador idealizado e (b) não costuma indagar se os direitos de direito cumprem ou não as normas, o motivo pelo qual o fazem e, menos ainda, se dessa conduta resultam efeitos desejados sobre a realidade. Trata-se de uma formação dogmática, de viés quase exclusivamente forense, que chega a ser constrangedoramente singela quando contrastada com o grau de complexidade do universo normativo do mundo globalizado (FARIA, 2008:114)

A partir deste cenário surgem as transformações do Direito de Família: de sub-ramo do Direito Civil marcado por características peculiares, por ser regido por normas cogentes que sempre limitaram essencialmente as livres disposições de vontade típicas do direito privado a eixo da liberdade humana de estabelecer vínculos e pactos, tanto de conteúdo extrapatrimonial, caracterizado pela liberdade de permanecer casado, constituir entidade familiar diversa do matrimônio ou uma família monoparental quanto disposições de natureza patrimonial, a exemplo da capacidade de testar e de regular, conforme a conveniência do casal, o regime de bens vigente no casamento.

Contudo, essa liberdade manifestada através da autonomia da vontade vem sofrendo limitações do Judiciário, especialmente no tocante à questão de regulação do regime patrimonial de bens e sua alteração ao longo da sociedade conjugal. A partir destas afirmações, o objetivo deste trabalho é analisar o que tem se considerado como princípio da não-intervenção e o seu acolhimento no direito privado atual, especialmente em relação à atuação do Juiz na possibilidade do casal alterar seu regime patrimonial de bens.

⁴ Artigo 1513 do Código Civil: É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Para tanto, propõe-se uma análise das liberdades individuais no âmbito do direito de família e por consequência, da livre manifestação de vontade e a possível intervenção do Estado nas relações familiares.

Parte-se da concepção de que há um necessário redimensionamento do conceito de autonomia da vontade no âmbito da relação familiar e dos seus limites impostos pela lei. Pode-se indicar que há uma autonomia volitiva claramente assegurada, estando, contudo, sempre balizada por uma intervenção do Judiciário, justificada sob o fundamento de preservação da idoneidade dos atos negociais e dos interesses das partes integrantes do núcleo familiar.

II - A noção de autonomia privada na família: sinônimo de autonomia de vontade?

Ao longo da trajetória cumprida pelas pessoas a partir do Estado Liberal⁵, as relações entre particulares foram pautadas em uma presunção⁶ inexorável: a noção de que a autonomia da vontade garantiria a preservação dos interesses das partes envolvidas e criaria um equilíbrio natural nas relações negociais, fruto de um conceito de liberdade individual que é marcado no direito privado como “uma função nitidamente negativa, porém cognoscível no plano fenomenológico: a liberdade como não-intervenção” (SILVA, 2006:139).

A família passa a ser vista como uma garantia da moralidade natural⁷ e se realiza em três aspectos: a) Na forma do seu conceito imediato, como casamento; b) Na existência exterior: propriedade, bens de família e cuidados correspondentes; e, c) Na educação dos filhos e na dissolução da família. Fica claro em Hegel (1997:149,158) que o indivíduo é o fundamento do direito, mas que se encontra inserido em uma unidade familiar que como “pessoa jurídica”⁸ será representada pelo homem, como seu chefe e será capaz de titularizar direitos patrimoniais em nome de todos os que a compõem. A partir daí segue sua trajetória como um dos eixos da sociedade ocidental, manifestando-se por uma face pública e outra privada que trouxe a estruturação dos valores fundamentais privados expressos no Código de Napoleão: o indivíduo como sujeito de direito, conferindo um formato jurídico novo à tutela dos interesses humanos⁹.

Deste ideal de liberdade de agir, assegurado pela não-intervenção do Estado surge a capacidade de auto-regulamentação dos interesses e do estabelecimento de pactos como a tônica das relações jurídicas privadas. Sob o fundamento desta liberdade, os particulares¹⁰

⁵ A partir daí, pode-se ter como início da construção do direito privado como é concebido atualmente, pois a partir do *Code Civil*, que entrou em vigor em 1804, houve a consagração de que todos que estão na França são titulares de direitos civis (*Art. 16: Tout Français jouira des droits civils*).

⁶ “Presunção é a ilação que se tira de um fato certo, para a prova de um fato desconhecido” (Pereira, 2009, p. 517)

⁷ Na obra *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, Engels (2000:18) assinala a força social e econômica da família, assinalando que o surgimento da família monogâmica “foi um grande progresso histórico, mas, ao mesmo tempo, iniciou, juntamente com a escravidão e as riquezas privadas, aquele período, que dura até nossos dias, no qual cada progresso é simultaneamente um retrocesso relativo, e o bem-estar e o desenvolvimento de uns se verificam às custas da dor e da repressão de outros. É a forma celular da sociedade civilizada, na qual já podemos estudar a natureza das contradições e dos antagonismos que atingem seu pleno desenvolvimento nessa sociedade.”

⁸ No contexto atual a família é considerada como um ente despersonalizado, configurando-se como um centro de interesses e objeto da proteção do direito, sendo incompatível com a definição atual de pessoa jurídica, pois não poderia prescindir de registro e atos constitutivos próprios que lhe dariam uma existência jurídica autônoma a dos seus membros, na forma dos artigos 45 e 46 do Código Civil vigente.

⁹ Expressão utilizada pelo prof. dr. Ronaldo Lobão. Apontamentos realizados na disciplina Epistemologia e Pesquisa dos Fenômenos Sócio-Jurídicos I no Programa de Doutorado do PPGSD-UFF, em 22 de março de 2010.

¹⁰ Considerando como tais as pessoas naturais e as pessoas jurídicas de direito privado (Nesse sentido, Steinmetz, 2004, p. 74)

passaram a exercer seus interesses sob o manto protetivo da lei civil, considerando-a como um direito natural, inato e inatingível do homem. (GILISSEN, 1995: 536-544). Ao longo deste tempo se percebe a prevalência do ideal de autonomia da vontade, expressão maior da subjetividade do interesse humano, que vem revelar o “querer” humano em essência, adquirindo um conteúdo psicológico com efeitos jurídicos capazes de gerar obrigações entre as partes, dentro da expressão máxima da liberdade contratual, a cláusula *pacta sunt servanda*.¹¹

Nestas codificações, durante o que se denominou Estado Liberal, sob o reino da autonomia da vontade, o valor jurídico predominante era a propriedade e o seu *ius utendi, ius fruendi* e *ius abutendi*.¹² A proteção normativa girava em torno da liberdade de agir inerente à pessoa humana e de seus interesses patrimoniais. Havia uma evidente preocupação em tutelar os interesses proprietários em detrimento dos interesses existenciais (TEPEDINO, 2008:26).

Esta liberdade de agir incidia não apenas sobre os atos negociais, mas especialmente sobre a liberdade exercida pelo homem no âmbito da entidade familiar. Em referência ao modelo de família do século XIX, Lafayette Rodrigues Pereira conceituava o casamento como um “ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, sob a promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão da vida” e que transcende a lógica do contrato por dispor de interesses para além dos interesses meramente patrimoniais, criando a família legítima, reprimindo as paixões, providenciando sobre o futuro da prole e cercando a família, sobre a qual repousa a sociedade civil (2004: 29-31).

Neste período, a família como “rede de pessoas e conjunto de bens, é um nome, um sangue, um patrimônio material e simbólico, herdado e transmitido. A família é um fluxo de propriedades que depende primeiramente da lei” e tem como uma das suas funções centrais a acumulação de patrimônio, especialmente imóveis, signo principal de ascensão e distinção burguesa (PERROT: 2010 105-107).

No direito brasileiro, o modelo de família instaurado no século XIX se consolida ao longo da primeira metade do século XX. Contudo, já na segunda metade deste século, surge a necessidade de uma releitura do conceito de igualdade e de liberdade, pelo advento do *Welfare State*. A partir daí pode-se identificar a necessidade de uma releitura dos direitos e liberdades individuais. Habermas (2003:118-120) analisa que com o fim da 2ª Grande Guerra, advém uma debilidade aos direitos individuais privados em detrimento da nova ordem jurídica instaurada pelo Estado Social.

Instaura-se a partir daí uma reinterpretação necessária dos valores inerentes ao direito privado, passando-se do paradigma do direito formal burguês para o direito materializado do Estado Social. Deixa-se de lado a noção de igualdade formal adotada a partir dos ideais liberais e percebemos nitidamente um largo passo das legislações em busca de uma igualdade material. Outorga-se ao ser humano a liberdade de querer e buscar seus objetivos em idênticas condições. Determinismos como condição social, nascimento ou gênero sexual deixam, ou ao menos deveriam deixar, de ser determinantes para o alcance de uma vida digna e plena.¹³

No âmbito da família esta igualdade material veio a se consagrar através da efetivação de dois princípios constitucionais: isonomia entre o marido e a mulher e a absoluta igualdade jurídica entre os filhos, contidos respectivamente nos artigos 226, parágrafo 5º e 227, parágrafo 6º da Constituição da República.

¹¹ “O princípio da autonomia da vontade foi cristalizado como fundamento jurídico de uma política econômica liberal que garantia à vontade do indivíduo o papel de causa primeira das relações jurídicas”. (MEIRELES: 2009: 66)

¹² Poderes de uso, gozo e disposição.

¹³ Neste sentido, cabe a referência a Tércio Sampaio Ferraz na obra Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 2. ed. São Paulo, Atlas, 2003, nas páginas 88-89

A partir da vigência da Carta Constitucional de 1988, as transformações sociais ocorridas neste período se encaminharam para um modelo de família instrumental e que assimilou as alterações das estruturas familiares ocorridas ao longo do século XX. Neste cenário, a certeza jurídica estabelecida deixou de conceder respostas à formação dos vínculos familiares.

A noção de família legítima, nascida do casamento, passa a conviver com a concepção de que a família decorre de um fato, de uma realidade que antecede o direito e que necessita ser recebida pelo sistema jurídico como uma construção tópica e sistemática de soluções não previstas taxativamente no direito legislado e que instaura novos desafios para sua instituição e aplicação¹⁴.

Com tais transformações, a valorização dos “quereres” protegida pela autonomia da vontade cede lugar à compreensão da autonomia privada como um poder emanado da ordem jurídica¹⁵, conferido aos particulares para que sejam capazes de auto-regular os seus interesses na medida de valores existenciais que preservem toda a integridade do sistema jurídico, mantendo-se como uma expressão privada da liberdade jurídica. Pode-se identificar um poder de autodeterminação e de auto-vinculação das situações jurídicas nas quais se inserem, constituindo um estatuto jurídico “pessoal”, ou, seja, cláusulas que regerão determinadas situações jurídicas existenciais ou patrimoniais (STEINMETZ, 2004: p. 190-191).

É também forçoso ressaltar que o Direito de Família possui características próprias ao possuir um forte conteúdo ético e moral, sendo instituição fundamental ao desenvolvimento humano e por consequência, de toda a sociedade. É o campo do direito privado onde se regula de forma mais evidente as questões referentes ao *estado*¹⁶ da pessoa natural, incidindo sobre a esfera dos direitos pessoais através da incidência de normas cogentes e sendo em geral, indisponível, intransmissível e insuscetível de avaliação econômica¹⁷. A partir destas particularidades é que se infere necessária uma atuação contundente do Poder Judiciário.

Neste novo cenário, o direito privado necessitou de um redimensionamento. A dogmática patrimonialista cede lugar aos valores existenciais. Contudo, esta nova dimensão existencial será aplicável ao modelo ainda vigente de família, que se mantém em um *locus* próprio de interesses privados? São as pretensões patrimoniais decorrentes das relações familiares sujeitas às mesmas disposições volitivas inerentes às relações contratuais?

Pode-se perceber que o Direito de Família contemporâneo caminha para uma crescente valorização da autonomia da vontade das partes e das liberdades individuais como fruto da autonomia privada¹⁸. Há um movimento normativo pela liberdade na configuração das relações familiares, a exemplo da promulgação da Emenda Constitucional 66, de 13 de julho

¹⁴ FACHIN, 2008:269

¹⁵ A autonomia privada como princípio norteador da relação entre particulares começa a se firmar desde o direito romano. Contudo, chega a seu ápice com a Revolução Francesa, em 1789 e após, com o liberalismo econômico que se consolidou ao longo dos séculos XVIII E XIX. A partir do Código Civil de Napoleão, a autonomia privada passa a ser princípio informador do sistema jurídico de direito privado (MARTINS-COSTA, 2000, p. 203).

¹⁶ O estado do ser humano nesta perspectiva pode ser considerado como um valor primário e como a unidade de seus direitos e deveres fundamentais e além, tratando-se do *status familiae* deve ser atribuído a mesma indisponibilidade do estado pessoal, uma vez que é composto por um conjunto de situações jurídicas existenciais que visando o livre e pleno desenvolvimento da pessoa (PERLINGIERI, 2007:138).

¹⁷ Sendo o organismo familiar a primeira base da sociedade, há uma fuga do arbítrio quase que pleno das relações privadas em geral, pois há um conjunto de normas imperativas que faz com que a lei seja o principal norte destas relações (RUGGIERO, 1999b: 34).

¹⁸ A liberdade aqui estabelecida se coloca na concepção de Hannah Arendt (2004:41), tratando da evolução do conceito de liberdade dispos que “ser livre significava ao mesmo tempo não estar sujeito às necessidades da vida nem ao comando de outro e também não comandar. Não significava domínio, como também não significava submissão”, ou seja, liberdade de manifestação de vontade acarretando ao sujeito de direito autonomia para agir dentro de sua esfera social e familiar.

de 2010, que alterou o artigo 226 da Carta Constitucional permitindo a realização do divórcio, como forma de dissolução do casamento, a partir da única e exclusiva manifestação de vontade de um dos cônjuges, da possibilidade de se estabelecer livremente o regime de bens do casamento e da união estável através de contratos formais e solenes e do livre planejamento familiares assegurado constitucionalmente.

III – O regime patrimonial de bens e sua incidência sobre as relações conjugais

O casamento, união entre homem e mulher na forma da lei, sempre foi justificado pela necessidade de formação de uma família legítima. Para KANT (2010:85), o casamento era um contrato necessário por força da lei da humanidade, ou seja, uma relação que se justificava pelas leis do próprio direito e da razão pura e que traz como consequência imediata a *igualdade de posse*, no princípio como uma posse recíproca do outro, mas também a posse dos bens materiais. Nesta órbita, os cônjuges não poderiam abrir mão dos direitos sobre o outro, mas estariam “autorizados a abrir mão do uso de uma parte, embora apenas mediante um contrato separado”. Pode-se compreender esta referência como a compreensão de que as consequências patrimoniais advindas desta relação seriam dotadas de uma liberdade quanto à disposição dos bens que poderiam integrar o patrimônio comum.

Ruggiero (1999b: 34-35) sustenta que nas relações de Direito de Família existem os chamados direitos familiares-patrimoniais que decorreriam dos denominados direitos familiares puros e que estariam dotados de características próximas aos direitos obrigacionais e reais, estando sujeitos a atos de disposição, tais como a renúncia, transmissão e alienação. Estariam aí compreendidos o usufruto legal dos bens dos filhos menores, o direito real de habitação decorrente do óbito de um dos cônjuges, a obrigação de alimentar e as relações patrimoniais decorrentes dos regimes de bens. Contudo, como decorrente da existência das relações jurídicas familiares, estes direitos estariam informados não por seu conteúdo patrimonial, mas pela finalidade de sua existência, qual seja “proteger os interesses superiores da família, como organismo, e não o interesse particular do indivíduo”, trazendo um enfraquecimento da esfera da liberdade deixada ao indivíduo.

O regime de bens é tratado como o estatuto patrimonial do casamento¹⁹, onde prevalece uma natureza de autorregulamentação dos interesses do casal na constituição e gestão do seu patrimônio²⁰, trazendo, contudo, uma clara limitação à autonomia da vontade dos cônjuges. Embora o *caput* do artigo 1639 estabeleça ser lícito aos cônjuges disporem o que lhes aprouver quanto ao regime de bens do casamento há no artigo 1655 uma nulidade textual que confere invalidade a todo ato que confronte a lei.

No Código Civil em vigor, a matéria é tratada no Título II do Livro IV, referente ao Direito de Família, onde se dispõe sobre os direitos patrimoniais a partir do artigo 1639. Esta regulação do regime patrimonial de bens mantém como fundamentos a pluralidade de regime de bens e a liberdade de estabelecimento dos pactos antenupciais²¹, que devem ser tutelados

¹⁹ Cabe esclarecer que por força do artigo 1725 do Código Civil é aplicável à União Estável o regime da comunhão parcial de bens bem como a possibilidade dos companheiros livremente estabelecerem sua situação patrimonial. Para Tepedino, “O regime de bens afigura-se tipicamente vinculado ao ato-condição solene que deflagra sua validade e eficácia: o casamento. Daí ter o codificador civil determinado a aplicação do regime de comunhão parcial de bens às uniões estáveis, *no que couber*.” (2008:08)

²⁰ Neste sentido, Caio Mário da Silva Pereira (2010:189, 190); Roberto de Ruggiero (1999b: 185-187).

²¹ “A imaginação humana, a serviço das conveniências dos cônjuges, tem trabalhado no sentido de combinarem em e outro critério, e, desta sorte, sugere a manutenção das formas puras originais, ou a criação de outros regimes em que comunicam alguns valores, enquanto outros se conservam destacados no patrimônio dos consortes. É, pois, lícito aos cônjuges escolher o regime de suas preferências, combiná-los ou estipular cláusulas de sua livre escolha e redação, desde que não atentem contra os princípios de ordem pública, e não contrariem a natureza e os fins do casamento” (PEREIRA, 2010:189).

pelo Judiciário sempre que tiverem por finalidade a dignidade dos integrantes da família e a promoção de sua dignidade. Para Tepedino (2008; 16) a liberdade de regulamentação dos interesses no âmbito familiar traduz um “pluralismo de escolhas” e que deve refletir a “liberdade fundamental de cada um, como expressão de sua individualidade, a organizar a vida comunitária”. Esta liberdade se reflete na possibilidade do casal alterar, na forma do parágrafo 2º do artigo 1639 da Lei Civil, o regime de bens do casamento, a partir do preenchimento dos requisitos legais que serão objeto de análise adiante.

Dentro da autonomia da vontade negocial se estabelece a possibilidade de eleição através do pacto antenupcial do regime da comunhão universal de bens, da participação final nos aquestos e da separação absoluta de bens, com a faculdade assegurada aos nubentes de fixarem um regime patrimonial misto, isto é, reunindo através da manifestação de vontade elementos de vários regimes de bens. Há arraigada discussão²² na doutrina acerca dos limites da autonomia da vontade neste ato, indagando-se se o seu conteúdo é limitado a disposições de conteúdo patrimonial ou às situações jurídicas existenciais, cabendo disposição referente à guarda e visitação de filhos que o casal venha a ter, indenizações para o caso de configuração de responsabilidade civil no âmbito da relação conjugal

Ressalve-se a manutenção da lei civil do regime da separação total de bens obrigatória, prevista no artigo 1641 do Código Civil e que exige a separação patrimonial entre aqueles inobservarem as causas suspensivas da celebração do casamento²³, daqueles que necessitarem de autorização judicial para se casar e para os maiores de 70 anos²⁴.

IV – A mutabilidade (?) do regime de bens e a sua admissibilidade pelo Poder Judiciário

Certamente que a maior inovação quanto ao estatuto patrimonial do casamento foi o acolhimento da possibilidade dos cônjuges alterarem após as núpcias o regime patrimonial de bens, que segundo as disposições do Código Civil de 1916²⁵ era imutável.

A mutabilidade do regime de bens, prevista no artigo 1639, § 2º, exige que para a alteração do regime patrimonial haja procedimento judicial, com pedido formulado por ambos os cônjuges, com exposição dos motivos e a ressalva dos direitos de terceiros. Ainda é exigido que se apresente perante o juiz a veracidade das razões que levaram o casal ao pedido de alteração.

Os requisitos contidos no artigo 1639, parágrafo 2º traz a lume reflexões como a de Heloísa Helena Barboza (2004:102) que o considera tal mutabilidade inexistente, pois há uma incongruência latente na disposição acerca da matéria: “A vontade dos interessados é bastante para escolher o regime, ressalvadas à evidência as hipóteses do regime obrigatório, mas não para modificá-lo” e ainda, o possível indeferimento traz ao arbítrio do juiz a alteração, não sendo um ato volitivo típico.

²² Pela exclusiva disposição patrimonial, cabe a visão de Washington de Barros Monteiro, de que “em primeiro lugar, fazendo lavrar o pacto antenupcial, devem os nubentes ater-se, tão-somente, às relações econômicas, não podendo ser objeto de qualquer estipulação os direitos conjugais, paternos e maternos” (2007:193). Para Maria Berenice Dias, “nada impede que os noivos disciplinem também questões não patrimoniais. Ora, se a lei impõe deveres e assegura direitos ao par, não há qualquer impedimento a que estipulem encargos outros, inclusive sobre questões domésticas” (2010:233).

²³ As causas suspensivas não acarretam a invalidade do vínculo matrimonial, mas apenas a restrição da manifestação de vontade quanto ao regime patrimonial e encontram-se previstas no artigo 1523 do Código Civil.

²⁴ Objeto de severas críticas na época da publicação do Código Civil de 2002, o artigo 1641 em seu inciso II previa o regime da separação total obrigatória para as pessoas que fossem maiores de 60 anos, uma vez que limitaria a vontade de sujeitos de direito plenamente capazes e em plena condição física e mental. A Lei 12.344, de 9 de dezembro de 2010 alterou esta idade mínima para 70 anos.

²⁵ O artigo 230 do Código Civil de 1916 previa que “O regime de bens entre cônjuges começa a vigor desde a data do casamento e é irrevogável”.

A livre manifestação negocial no campo do Direito Civil se configura através da existência da vontade e da autonomia privada, cuja consequência não reside apenas na faculdade de celebrar determinados atos, mas também ter a livre estipulação de seu conteúdo (AMARAL, 2006:372). A capacidade de estipulação é um corolário da vontade individual e se destina essencialmente a produzir os efeitos pretendidos pelo agente. Utilizando KANT (2003:32), pode-se compreender que a autonomia da vontade é “a propriedade que a vontade possui de ser lei para si mesma (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é, pois: escolher sempre de modo tal que as máximas de nossa escolha estejam compreendidas, ao mesmo tempo, como leis universais, no ato de querer. Que esta regra prática seja um imperativo”, ou seja, nessa órbita, a vontade deve ser capaz de gerar uma vinculação entre a sua manifestação e os efeitos jurídicos pretendidos.

A necessidade do juiz interferir e avaliar “a procedência das razões invocadas”²⁶ parece ferir mortalmente a percepção de que se está diante de um ato negocial, abalando a autonomia da vontade nesta relação, especialmente em um Direito de Família onde está explicitado o princípio da não-intervenção. Na compreensão de TEPEDINO (2008:16),

uma efetiva aplicação do princípio da não-intervenção está em coibir qualquer tipo de interferência externa à família. Essa proibição deve ser compreendida de forma ampla, possibilitando ao ordenamento a tutela das mais variadas formas de constituição da família, desprovida de preconceitos de qualquer tipo. Não é dado ao Estado impor a estrutura familiar que julgar acertada, sob pena de restringir ilegitimamente a esfera de liberdade dos indivíduos. TEPEDINO, 2008:16

Este princípio se justifica pela autonomia conferida à família como instrumento de desenvolvimento do ser humano, onde deve sempre prevalecer seu aspecto afetivo ou amoroso. Para Sérgio Gischkow Pereira (2003:153) toda interpretação deve ser realizada de modo a prestigiar e fazer prevalecer esta característica. Para o autor “se um novo regime é mais consentâneo com a realidade da vida afetiva dos cônjuges, deve ser acatada a mudança do regime precedente. O plano patrimonial não deve se sobrepor ou prejudicar o plano pessoal”. Não atender a estes parâmetros violaria a comunhão de vida inerente à relação conjugal²⁷.

É certo que em nome da confiança e da boa-fé objetiva que, como fundamentos da Lei Civil devem permear todas as relações jurídicas negociais, há que se preservar os interesses de terceiros e ainda, assegurar que há efetivamente a concordância de ambos os cônjuges, para que não se permita nenhum tipo de ofensa à liberdade de agir e à idoneidade dos negócios jurídicos celebrados. A comprovação destes requisitos se faz em nome da efetivação da solidariedade social, cristalizada através da tutela jurídica da confiança (FARIAS, 2006: 247), impondo um dever jurídico de não serem adotados comportamentos contrários aos interesses daqueles que firmaram relações negociais com o casal, sejam elas pessoas naturais ou jurídicas ou ainda, aqueles que tem vínculos familiares e o prejuízo poderia vir através de simulações ou lesões a percepção de prestação alimentar²⁸ ou direitos sucessórios.

V - O papel do Juiz no procedimento judicial de alteração do regime de bens

²⁶ CCB, artigo 1639, § 2º, *in fine*.

²⁷ CCB, artigo 1511: O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

²⁸ Embora os alimentos se traduzam em uma prestação pessoal, sua fixação é mensurada a partir da necessidade do alimentado e da possibilidade do alimentante, portanto, uma modificação do regime patrimonial de bens poderia afetar eventual meação e ao diminuir o patrimônio de um dos cônjuges, afetar sua condição para cumprir eventual obrigação alimentar.

A prestação da tutela jurisdicional como desdobramento do exercício da jurisdição²⁹ nasce hoje de uma necessidade de se buscar uma resposta efetiva às demandas sociais levadas ao Judiciário (DINAMARCO, 2000:807-808). Jurisdição esta que deve ser compreendida como o poder específico que alguns órgãos estatais tem de resolver os conflitos de interesses que lhes são propostas e que deve ser utilizada como o instrumento mais efetivo para dinamizar a relação entre direito e sociedade, lugar onde este é aplicado³⁰ (GALVEZ, 2007:384).

Se considerarmos que há o dever do Estado em prestar uma tutela efetiva aos direitos, deve-se dar aos titulares de uma posição jurídica carente de tutela jurisdicional o procedimento que seja idôneo à sua obtenção, no que MARINONI (2005:516) vislumbra uma dimensão prestacional do direito à tutela jurisdicional efetiva. Portanto, deve haver a elaboração de procedimentos distintos que venham a satisfazer as diferentes situações substanciais carentes de tutela.

Analizando a perspectiva da jurisdição como um poder-dever e uma função, cabe indagar qual o papel deste exercício em uma demanda que traga em si um interesse eminentemente privado e decorrente de uma relação conjugal, onde a própria norma consagra um princípio da não-intervenção.

Na leitura de COURTIS (2006:106), percebe-se que talvez um dos pontos centrais da questão esteja no fato do direito ter elegido “o ordenamento jurídico como o grande mistério a ser desvendado, o tratando como universo exclusivo de interesse” e não há uma adequada análise dos pontos de tensão que são necessários para que haja uma efetiva compreensão do uso da norma aos seus destinatários. Inexistindo o conflito de interesses, estando o pedido fundamentado por ambos os cônjuges, tem o Estado o condão de interferir nesta esfera da vida privada?

A partir da existência da nova ordem constitucional, são estabelecidos princípios de concretização da dignidade da pessoa humana³¹, igualdade substancial, da preservação do mínimo existencial e que devem acarretar uma atuação do Estado-Juiz no sentido de dar efetividade a estes direitos, em uma busca de equilibrar os interesses da família como instituição socialmente tutelada e protegida e a liberdade e autonomia de seus membros. Dessa forma, de um lado se estabeleceu uma verdade jurídica construída ao longo da história humana, onde se prestigiou uma forma externa de construção da verdade³² que valorizou a autonomia privada como corolário da liberdade da pessoa humana.

²⁹ Conforme DINAMARCO (2000:808), “a tutela jurisdicional, assim enquadrada no sistema de proteção aos valores do homem, não se confunde com o próprio serviço realizado pelos juízes no exercício da função jurisdicional. Não se confunde com a jurisdição. A tutela é o resultado do processo em que essa função se exerce”.

³⁰ Para Gálvez, “la llamada función jurisdiccional o más específicamente jurisdicción, es el poder-deber del Estado, previsto para solucionar conflictos de intereses inter subjetivos, controlar las conductas antisociales (faltas o delitos) y también la constitucionalidad normativa, en forma exclusiva y definitiva, a través de órganos especializados que aplican el derecho que corresponde al caso concreto, utilizando su imperio para que sus decisiones se cumplan de manera ineludible, y promoviendo a través de ellas una sociedad con paz social e justicia”.

³¹ Este Princípio pode ser considerado como a qualidade intrínseca e distinta de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano. (SARLET, 2006, p. 78)

³² “parece-me que existem, na sociedade, ou pelo menos, em nossas sociedades, vários outros lugares onde a verdade se forma, onde um certo número de regras de jogo são definidas — regras de jogo a partir das quais vemos nascer certas formas de subjetividade, certos domínios de objeto, certos tipos de saber — e por conseguinte podemos, a partir daí, fazer uma história externa, exterior, da verdade.

As práticas judiciárias — a maneira pela qual, entre os homens, se arbitram os danos e as responsabilidades, o modo pelo qual, na história do Ocidente, se concebeu e se definiu a maneira como os homens podiam ser julgados em função dos erros que haviam cometido, a maneira como se impôs a determinados indivíduos a

Um dos argumentos pela discricionariedade do juiz em deferir ou não a alteração do regime patrimonial de bens está na defesa dos interesses do cônjuge considerado “mais fraco”. Contudo, usando as palavras de Rolf Madaleno (2003:1999), em um cenário de “igualdade dos cônjuges e dos sexos consagrada pela Carta Política de 1988, soaria sobremaneira herege aduzir que em plena era de globalização, com absoluta identidade de capacidade e de compreensão dos casais, ainda pudesse um dos consortes, apenas por seu gênero sexual, ser considerado mais frágil, mais ingênuo e com menor tirocínio mental do que o seu parceiro conjugal”. Portanto, entender cabível a discricionariedade do juiz nestes casos, é presumir uma incapacidade material das pessoas casadas em decidirem o que melhor lhes cabe na condução da vida conjugal.

Reforça-se que a atuação do juiz nas relações privadas deve estar marcada pela percepção de que a lei hoje está subordinada aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais. Na lição de MARINONI (2005:26), cabe ao juiz³³ uma compreensão da lei à luz destes princípios e direitos, posto que a lei deixa de ser objeto e passa a ser um componente que vai “levar à construção de uma nova norma, vista não como texto legal, mas sim como o significado da sua interpretação e, portanto, como um novo ou outro objeto”. Ancorado na liberdade de agir assegurada constitucionalmente, permitindo a celebração de pactos e de formação da família como núcleo de proteção especial do Estado, ao juiz é permitida ou até mesmo imposta (?) a interpretação da norma a partir dos princípios da não-intervenção e da autonomia privada.

Neste sentido, cabe a transcrição do voto proferido pelo Ministro Jorge Scartezzini no Recurso Especial nº 730.436-MG³⁴, julgado em 23 de agosto de 2005 e que inicia a pacificação de uma questão que se tornava tormentosa até então: havia a possibilidade de pessoas casadas sob a vigência do Código Civil de 1916 se valerem da mutabilidade do regime? Como ficaria a proteção ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido? Não haveria notória violação?

A estas indagações, seguiu a interpretação da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

A Turma proveu o recurso, decidindo não serem obstáculos os arts. 1.639, § 2º, e 2.039 do novel Código Civil de 2002, para possibilitar a pretendida alteração do regime jurídico de bens - de comunhão parcial para separação total -, de casamento celebrado na vigência do Codex de 1916, revogado. **Outrossim, inibir essa alteração incidental de regimes matrimoniais de bens na vigência da legislação anterior desestimula a aplicação teleológica do art. 5º, da LICC, quanto aos "fins sociais" e "exigências do bem comum", incentivando, ademais, a fraude em divórcios para que casais contraíam novo casamento, em função do regime de bens mais vantajoso.** (Grifou-se)

reparação de algumas de suas ações e a punição de outras, todas essas regras ou, se quiserem, todas essas práticas regulares, é claro, mas também modificadas sem cessar através da história — me parecem uma das formas pelas quais nossa sociedade definiu tipos de subjetividade, formas de saber e, por conseguinte, relações entre o homem e a verdade que merecem ser estudadas. (FOUCAULT: 2002: 11)

³³ É findo o tempo do juiz como a boca da lei e passamos a um tempo em que o juiz é um projetor de um direito que toma em consideração a lei à luz da Constituição (MARINONI, 2005:30).

³⁴ Informativo nº 0257, Período: 22 a 26 de agosto de 2005.REsp 730.546-MG, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julgado em 23/8/2005, disponível em www.stj.gov.br.

O posicionamento acima tem se firmado de maneira sólida no Superior Tribunal de Justiça e nos Tribunais inferiores³⁵, consolidando-se a possibilidade da mudança do regime de bens nos casamentos celebrados anteriormente à vigência do Código Civil de 2002. Contudo, permanece a interpretação dominante de que a “apuração das razões invocadas” é requisito essencial para a concessão da alteração de regime, conforme decidiu a Terceira Câmara do Superior Tribunal de Justiça em voto prolatado pela Ministra Nancy Andrighi no Recurso Especial nº 821.807/PR, julgado em 19/10/2006:

Direito civil. Família. Casamento celebrado sob a égide do CC/16. Alteração do regime de bens. Possibilidade. A interpretação conjugada dos arts. 1.639, § 2º, 2.035 e 2.039, do CC/02, admite a alteração do regime de bens adotado por ocasião do matrimônio, **desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido.** - Assim, se o Tribunal Estadual analisou os requisitos autorizadores da alteração do regime de bens e concluiu pela sua viabilidade, **tendo os cônjuges invocado como razões da mudança a cessação da incapacidade civil interligada à causa suspensiva da celebração do casamento a exigir a adoção do regime de separação obrigatória, além da necessária ressalva quanto a direitos de terceiros, a alteração para o regime de comunhão parcial é permitida.**

- Por elementar questão de razoabilidade e justiça, o desaparecimento da causa suspensiva durante o casamento e a ausência de qualquer prejuízo ao cônjuge ou a terceiro, permite a alteração do regime de bens, antes obrigatório, para o eleito pelo casal, notadamente porque cessada a causa que exigia regime específico. - Os fatos anteriores e os efeitos pretéritos do regime anterior permanecem sob a regência da lei antiga. Os fatos posteriores, todavia, serão regulados pelo CC/02, isto é, a partir da alteração do regime de bens, passa o CC/02 a reger a nova relação do casal.

- Por isso, não há se falar em retroatividade da lei, vedada pelo art. 5º, inc. XXXVI, da CF/88, e sim em aplicação de norma geral com efeitos imediatos. Recurso especial não conhecido.

Contudo, em 28 de fevereiro de 2013, foi publicada no “Notícias do STJ” decisão onde se fortalece o reconhecimento da autonomia privada na regulamentação da situação patrimonial do casal. Decidiu o Superior Tribunal de Justiça decidiu que

“a divergência conjugal quanto à condição da vida financeira da família é justificativa, em tese, plausível para a alteração do regime de bens. Segundo ele, essa divergência muitas vezes se manifesta ou se intensifica quando um dos cônjuges ambiciona nova carreira empresarial. ‘Mostra-se razoável que um dos cônjuges prefira que os patrimônios estejam bem delimitados, para que somente o do cônjuge empreendedor possa vir a sofrer as consequências por eventual empreendimento malogrado’, destacou o relator³⁶

Fica evidenciada no trecho transcrito a possibilidade de se adotar como predominante a vontade das partes, sem que haja inquirição de um motivo concreto e passível de comprovação, bastando a discordância na gestão patrimonial para que fosse deferida a alteração.

³⁵ Neste sentido, os julgados REsp 1.112.123-DF, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 16/6/2009, REsp 812.012-RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 2/12/2008, REsp 821807 / PR, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 19/10/2006. Disponíveis em www.stj.gov.br.

³⁶ Notícias do Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Luiz Felipe Salomão. Disponível em http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=108706. Acesso em 04 de março de 2013.

Este entendimento segue para além da posição adotada pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais na Apelação Cível nº . 1.0439.09.112664-9/001³⁷ que deferiu a alteração do regime patrimonial de bens de um casal em razão do reconhecimento de filho havido fora do casamento, levando ao questionamento sobre eventual prejuízo futuro para aquele que, fruto de uma relação extraconjugal, tem proteção constitucional idêntica aos filhos do matrimônio:

I - A individualização do patrimônio dos cônjuges, por meio da alteração do regime de bens da comunhão para o da separação como faculta o art. 1.639, § 2º, do CCB/02, é solução razoável e que se impõe quando, tendo o varão um filho nascido de relacionamento extraconjugal, os cônjuges querem a preservação da família e dos direitos da filha comum sobre o patrimônio amealhado com o esforço do trabalho de sua mãe. II - Como a má-fé não se presume e como o filho tido fora do casamento pelo varão tem mera expectativa de herdar os bens deixados por este, não é lícito imaginar que seu pai não mais mantenha ou adquira bens após a alteração aqui pretendida, causando-lhe, assim, prejuízos efetivos, o que, conjugado à documentação que atesta a boa índole dos cônjuges, autoriza afastar a ideia de fraude que justificou a improcedência do pedido de alteração do regime de bens do casamento. (grifou-se).

Já na Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em voto prolatado pela relatora desembargadora Elizabete Filizzola, na Apelação Cível Nº 0100586-2.2008.8.19.0001 e publicado no ementário 17 do ano de 2009³⁸, manteve como fundamento para o indeferimento da pretensão do casal a ausência de prejuízo entre o casal e além, a possibilidade, em face da existência de inúmeras execuções fiscais e trabalhistas contra o cônjuge mulher, de existir lesão ou grave ameaça de prejuízo a credores.

Por outro lado, o mesmo Tribunal afastou a imutabilidade do regime de bens na separação obrigatória, onde o casamento foi precedido de união estável e havia a cooperação e o esforço comum entre o casal³⁹, atendendo às peculiaridades da situação em concreto ao dispor que a

³⁷Relator Desembargador Peixoto Henriques, julgamento: 02/10/2012. Publicação: 19/10/2012. Disponível em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=68&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=mudan%E7a%20e%20regime%20e%20bens%20e%20c%F4njuges&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>

³⁸ APELACAO CIVEL Nº 0100586-2.2008.8.19.0001 (2009.001.12069)- - 1ª Ementa DES.ELISABETE FILIZZOLA - Julgamento: 15/04/2009 - SEGUNDA CAMARA CIVEL CASAMENTO. ALTERACAO DO REGIME DE BENS. DIVIDA ANTERIOR AO CASAMENTO. RAZAO IMPROCEDENTE. INTERESSE DE TERCEIRO. INTERESSE DOS CREDITORES. APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS. INOBSERVÂNCIA DO ART. 1639, PARÁGRAFO 2º DO CÓDIGO CIVIL. EXISTÊNCIA DE EXECUÇÕES TRABALHISTAS E FISCAIS. INTERESSES DE TERCEIROS QUE DEVEM SER PRESERVADOS, NA FORMA DA LEI. Recurso interposto contra sentença que julgou improcedente o pedido de alteração de regime de bens da comunhão universal para a separação total de bens. **A existência de múltiplas execuções trabalhistas e fiscais, advindas de dívidas anteriores ao casamento é causa suficiente para o indeferimento da pretensão ante a possibilidade de lesionar direito de terceiros.** Ademais, não demonstrado o alegado prejuízo para o cônjuge virago, uma vez que o artigo 1668, inciso III do Código Civil, exclui da comunhão universal as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de aprestos ou reverterem em proveito comum. Sentença que se mantém. RECURSO DESPROVIDO. Ementário: 17/2009 - N. 6 - 07/05/2009

³⁹ APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002558-13.2008.8.19.0081 (2009.001.40371) - APELACAO - 1ª Ementa DES. ODETE KNAACK DE SOUZA - Julgamento: 09/06/2010 - VIGESIMA CAMARA CIVEL. ALTERACAO DO REGIME DE BENS. UNIAO ESTAVEL. ANTERIORIDADE. DECURSO LONGO DE TEMPO. NOVO CODIGO CIVIL. ADMISSIBILIDADE. APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS. NUBENTES QUE SE CASARAM COM IDADE SUPERIOR A SESSENTA ANOS, O QUE ENSEJOU A ADOÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS. CASAMENTO PRECEDIDO DE CONVIVÊNCIA

imutabilidade do regime de bens não é mais absoluta. O legislador não impôs um tempo mínimo de casamento, tampouco estabeleceu condições para o referido requerimento, determinando apenas, que seja feito em documento fundamentado por ambos os cônjuges. (...) Um casamento que segue à longa união estável, com filhos em comum, não pode receber o mesmo tratamento, pelo julgador, daquele realizado entre duas pessoas que ainda irão experimentar a vida em comum. (Grifou-se).

No julgado apresentado, parece clara a intervenção do juiz ao considerar as peculiaridades da situação em concreto e da vontade manifestada pelo casal. Não há qualquer ofensa ao texto legal, somente uma interpretação que veio a atender efetivamente à pretensão das partes.

O caminho trilhado até aqui claramente demonstra a necessidade de se redimensionar os limites do direito privado e a sua aplicação. Há que se investigar o papel do estado-juiz nestes processos decisórios: a “imparcialidade” do juiz se manifesta por sua condução “neutra” do processo e sua decisão judicial. Contudo, o juiz está inserido nas mesmas relações do cotidiano que lhe são trazidas pelas partes, notadamente nas relações de família.

Assim, cabe indagar em que medida sua experiência e sua capacidade de contextualizar a história nas relações do cotidiano influenciará a aplicação do direito (SCHAPP, 2004: 139) e, se na construção do processo decisório, há uma preocupação em transpor os limites da decisão fundada em um saber dogmático⁴⁰ e valorar os aspectos da realidade social que permeiam a questão, prestigiando o princípio da autonomia da vontade e seus reflexos na vida das partes.

Neste sentido, Leonardo Greco (2008:45-46) pondera que nas relações privadas há uma necessidade de um juiz menos interventivo, necessário ao pleno exercício da liberdade pelo jurisdicionado, que permita às partes uma maior ingerência na condução de seus próprios interesses. Não se defende aqui a existência de um juiz-fantochê, mas sim de um juiz que realize uma ponderação racional dos elementos que venham a ser apresentados no processo.

V- Conclusão

A partir deste novo cenário, surge a necessidade de um novo olhar para as relações privadas. Redimensionaram-se os conceitos de contrato, família, empresa⁴¹ e propriedade e o direito privado passou a ser enxergado sobre os fundamentos da nova ordem constitucional. Na perspectiva teórica do Direito Privado contemporâneo, a autonomia privada deve ser

ANTERIOR, HAVENDO, INCLUSIVE, QUATRO FILHOS EM COMUM. A IMUTABILIDADE DO REGIME DE BENS NÃO MAIS É ABSOLUTA. O LEGISLADOR NÃO IMPÔS UM TEMPO MÍNIMO DE CASAMENTO, TAMPOUCO ESTABELECEU CONDIÇÕES PARA O REFERIDO REQUERIMENTO, DETERMINANDO, APENAS, QUE SEJA FEITO EM DOCUMENTO FUNDAMENTADO POR AMBOS OS CÔNJUGES. SUA FINALIDADE, AO IMPOR O REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS NO CASAMENTO DA PESSOA MAIOR DE SESSENTA ANOS, INDUBITAVELMENTE, REPOUSA NA PROTEÇÃO DE SEU PATRIMÔNIO. UM CASAMENTO QUE SEGUE A LONGA UNIÃO ESTÁVEL, COM FILHOS EM COMUM, NÃO PODE RECEBER O MESMO TRATAMENTO, PELO JULGADOR, DAQUELE REALIZADO ENTRE DUAS PESSOAS QUE AINDA IRÃO EXPERIMENTAR A VIDA EM COMUM. ASSIM, A ADOÇÃO DE INTERPRETAÇÃO LITERAL DO ART. 1641, II, DO CC/02 NÃO É A MELHOR TÉCNICA QUE SE IMPÕE AO DESLINDE DA CONTROVÉRSIA. EXTINGUIR, SUMARIAMENTE, O FEITO, SEM OPORTUNIZAR AOS REQUERENTES A COMPROVAÇÃO DE SUAS ALEGAÇÕES, SERIA OFENDER, ENTRE OUTROS, AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INAFASTABILIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL. RECURSO PROVIDO; Ementário 30/2010 - N. 3 - 05/08/2010

⁴⁰ Para Ferraz Jr. (2001, p.316), as decisões podem ser programadas procedimentalmente através da fixação dos meios decisórios, deixando em aberto suas consequências ou, permitir ao juiz se fixar nas consequências, deixando em aberto os meios a serem utilizados.

⁴¹ Partiu-se da concepção de empresa como sinônimo da sociedade empresária

exercida sob o manto dos direitos fundamentais. Esta nova compreensão demonstra que a pessoa humana é o elemento finalístico da proteção estatal, destinatário principal da tutela emanada do direito positivo e que o Direito Privado deve ter um conteúdo instrumental, aplicando ao *fattispecie*⁴² a cláusula geral de tutela da pessoa humana (CRFB, art.1º, III). Nesta órbita, as relações privadas não devem ser valoradas em si mesmas, mas como um instrumento de realização da pessoa humana (Tepedino, 2004, p.356).

Nesta órbita de efetivação da proteção à pessoa humana, deve-se repensar o papel do juiz nestas relações, especialmente aquelas em que, embora haja um “pano de fundo” existencial, guardam interesses eminentemente patrimoniais e que estão compreendidos na órbita da liberdade contratual. Ao juiz caberá investigar e estabelecer uma compreensão da norma que seja capaz de atender às demandas pessoais.

No tocante à possibilidade da mudança do regime patrimonial de bens, é forçoso que se realize uma interpretação sistemática desta regra, confrontando-a com o princípio da não-intervenção e da autonomia da vontade. Manter uma posição do judiciário de uma intervenção absoluta em todos os aspectos da vida familiar traz à memória a atuação de um juiz positivista, que se limitava ao papel de “boca da lei”.

É fato que a aplicação essencialmente dogmática, dentro de uma lógica de subsunção não tem mais como se sustentar à luz da realidade contemporânea e que a verdade na nova ordem familiar estará em se estabelecer um espaço amparado pela norma que possibilite um pleno desenvolvimento pela pessoa humana em todas as suas dimensões. Não há que se falar em uma tutela dos interesses existenciais ou pessoais, mas de todos os aspectos da vida que sejam capazes de propiciar um pleno desenvolvimento, assegurando a livre manifestação de vontade como um dos corolários da liberdade e do exercício da dignidade.

VI– Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 6ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10ª ed., 6ª reimpressão. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. SP: Malheiros, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª reimpressão da Edição de Julho de 2003, Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 4ª. ed. 2000.

COURTIS, Christian. **Observar la ley. Ensaio sobre metodologia de la investigación jurídica**. Madri: Editorial Trotta, 2006.

⁴² Situação em concreto que devem ser solucionados à luz da ordem jurídica vigente (PERLINGIERI, 2007:18).

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6ª Ed, SP: Revista dos Tribunais, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. In: **Fundamentos do Processo Civil moderno, vol. II**, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade e do Estado**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

FARIA, José Eduardo. **Sociologia Jurídica: Direito e Conjuntura**. SP: Saraiva, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves. A tutela jurídica da confiança aplicada ao Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. BH: IBDFAM, 2006.

FERRAZ, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GALVEZ, Juan F.Monroy. **Teoría General del Proceso**. Lima: Palestra Editores, 2007.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Revista de Processo**, SP: RT, ANO 33, n. 164, out. 2008, p.29 a 56.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre facticidade e validade, vol. I**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HEGEL, G.W.F. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HUNT, Lynn. **Revolução Francesa e Vida Privada**. In: PERROT, Michelle. **História da vida privada**. 2ªed., São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos**. Martins Claret. São Paulo, 2003.

_____ **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil e Outros Escritos**. 3ª ed., Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

MADALENO, Rolf. Do Regime de Bens entre os cônjuges. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Jurisdição no Estado Contemporâneo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Da Teoria da Relação Jurídica Processual ao Processo Civil do Estado Constitucional. In: NI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil, vol. II**, 38ª ed., SP: Saraiva, 2007.

NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio. **Idéias jurídicas e autoridade na família**. RJ: Revan, 2007.

NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). **Função do Direito Privado no atual momento histórico**. SP: Revista dos Tribunais, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. 1. 23ª Ed., Rio de Janeiro: Grupo Gen/Forense, 2009.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família. História do Direito Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, 2004.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. O Direito de Família e o Novo Código Civil: Alguns aspectos Polêmicos ou Inovadores. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, nº 18, Jun-Jul, 2003, pp. 147-162.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3ª ed. SP: RENOVAR, 2007.

PERROT, Michelle. **História da vida privada**. 2ªed., São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Porto Alegre: L&PM, 2008.

_____. **Do Contrato Social**. 3ª ed., São Paulo: Martin Claret, 2009.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil, vol. I**, Campinas: Bookseller, 1999a.

_____. **Instituições de Direito Civil, vol. I**, Campinas: Bookseller, 1999b.

SARLET, Ingo W., **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHAPP, Jan. **Metodologia do Direito Civil**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

SILVA, Denis Franco. **O princípio da Autonomia: da Invenção à Reconstrução**. In: MORAES, Maria Celina Bodin (Coord.) **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 139.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4ª ed., RJ: Renovar, 2008.

“Controvérsias Sobre Regime de Bens no Novo Código Civil”,
in **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões nº 02**, pp. 05/21.