



Fernando Lopes

CASAMENTO CIVIL: regime de bens e seus reflexos patrimoniais e sucessórios

Beatriz Helena Braganholo

27

RESUMO

Afirma que o desconhecimento do conteúdo e limitação dos regimes de bens do casamento civil gera uma escolha viciada no momento da elaboração do pacto antenupcial, na medida em que não é contemplado o princípio contratual do dever de informação.

De igual modo, acrescenta, a determinação legal do regime da separação obrigatória para alguns nubentes fere o princípio da autonomia da vontade, ao vedar-lhes a possibilidade de opção consciente pelo regime que julgarem mais adequado, considerando, inclusive, os reflexos patrimoniais daí advindos. Assim, conclui que o não atendimento à liberdade individual viola as garantias constitucionais/contratuais e, por consequência, os direitos fundamentais preconizados pela Constituição de 1988.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Civil; Direito de Família; regime de bens; casamento; pacto antenupcial; autonomia da vontade; Código Civil – art. 1.641; garantia – constitucional, contratual.

1 INTRODUÇÃO

Desde que o mundo existe, as relações afetivas entre homens e mulheres são pautadas por uma série de rituais de passagem. Mesmo após tantos anos, o casamento civil, no Brasil, continua sendo o modelo tradicional e supremo da confirmação e registro de laços afetivos entre homem e mulher. Laços afetivos, porém permeados de efeitos patrimoniais, seja em relação à sociedade conjugal e formação de patrimônio, seja no que se refere às possibilidades de ingresso no direito sucessório.

Na fase pré-contratual ou durante o processo de habilitação para o casamento civil, procede-se à escolha do regime de bens (no cartório de registro civil das pessoas naturais), a ser feita, no entanto, por aqueles a quem a lei civil concede a aplicação do princípio da autonomia da vontade. Nesse sentido, o Código Civil vigente afirma em seu art. 1.639: *É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver*¹. Merece destaque: (...) *só subsiste o regime eleito por pacto antenupcial, se firmado por noivos que podem escolher livremente o regime patrimonial*².

Assim, pode-se preconizar que somente os excluídos das situações mencionadas no art. 1.641 do Código Civil brasileiro possuem essa capacidade de exercício pleno do direito de escolha do regime matrimonial. Portanto, as pessoas que se casarem com inobservância das causas suspensivas do casamento, que possuírem mais de sessenta anos e todos aqueles que dependerem, para casar-se, de suprimento judicial, ao menos no momento da escolha do regime de bens que irá vigorar³, não podem exercer o seu direito de escolha, por determinação legal, devendo aceitar a obrigatoriedade do regime da separação de bens entre os cônjuges. A seguir, retoma-se a questão proposta, prelecionando sobre o conteúdo dos quatro regimes de bens que vigoram no País.

2 REGIMES DE BENS NO BRASIL: CONFIGURAÇÕES LEGAIS

O regime de bens, também chamado de “estatuto patrimonial dos cônjuges”, advém de sua natureza contratual, conforme manifesta Silvio de Salvo Venosa: *A união do homem e da mulher preexiste à noção jurídica. O casamento amolda-se à noção de negócio jurídico bilateral, na teoria geral dos atos jurídicos. Possui as características de um acordo de vontades que busca efeitos jurídicos. Desse modo, por extensão, o conceito de negócio jurídico bilateral de Direito de Família é uma especificação do conceito contrato*⁴.

Ao se concluir pela natureza jurídico-contratual do casamento civil, verifica-se que no contrato as partes estipulam condições e termos, pois, no pacto antenupcial, pode-se adicionar cláusulas, disciplinar as relações conjugais, porém não de forma contrária à estabelecida em lei.

Considerado um contrato, embora eivado de características especiais, como o afeto e a “imprevisão”⁵ pelo término, não se pode afastar concepções diversas a respeito da natureza jurídica do casamento, tal como a concepção de natureza jurídico-institucional, admitindo o casamento como algo estabelecido pelas leis de uma nação, por ser uma grande instituição social.

Nas palavras de Arnaldo Wald: *É evidente a densidade do vínculo existente no casamento e a sujeição a normas de ordem pública, que inspiram todo o Direito de Família, descaracterizam o casamento como contrato. Não é contrato na sua formação, pois necessita de uma intervenção da autoridade pública que não meramente probatório. Não é contrato nos seus efeitos, pois cria deveres legais, que não têm caráter obrigacional. É, assim, uma verdadeira instituição, à qual não se aplicam as normas gerais referentes ao direito das obrigações*⁶.

Entre as posições que revelam a caracterização do casamento como diversa do contrato, a natureza dita “mista” – o casamento seria um instituto de natureza híbrida: *contrato na formação; instituição no conteúdo*⁷ – também não afasta a noção de contrato e seus elementos essenciais, quais sejam: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita e não defesa em lei.

Ao se concluir pela natureza jurídico-contratual do casamento civil, verifica-se que no contrato as partes estipulam condições e termos, pois, no pacto antenupcial, pode-se adicionar cláusulas, disciplinar as relações conjugais, porém não de forma contrária à estabelecida em lei.

A amplitude do tema merece análise mais aprofundada dos quatro regimes de bens que vigoram no País, enfocando-se, inicialmente, as características do conteúdo de cada um deles. Observe-se a importância dessas informações para que os nubentes verifiquem qual deles preenche as condições que desejam estipular.

2.1 REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

É tido como o regime oficial, também chamado de “regime legal de bens”, desde o advento da Lei do Divórcio (Lei n. 6.515, de 15 de dezembro de 1977). Segundo o art. 1.640: *Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens, o regime da comunhão parcial. No caso desse regime, dispensa-se a realização do pacto antenupcial, advindo (...) um regime de separação quanto ao passado e de comunhão quanto ao futuro*⁸.

Na comunhão parcial, comunicam-se todos os bens adquiridos durante a vigência da sociedade conjugal, a título oneroso, sendo particulares os bens que cada cônjuge possuía ao casar-se e os que lhe sobrevierem, na constância do matrimônio, por doação, sucessão ou sub-rogados a estes, em conformidade com os arts. 1.659 e 1.661 do Código Civil. Portanto, *formam-se três massas de bens: os bens do marido, os bens da mulher e os bens comuns*⁹.

Destaque-se o teor do art. 1.660, inc. I ao IV, do Código Civil, ao informar o ingresso na comunhão dos bens a título oneroso, ainda que só no nome de um dos cônjuges, os adquiridos por fato eventual, por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges, e as benfeitorias em bens particulares de cada um dos cônjuges. A incomunicabilidade não alcança ainda os frutos dos bens, independentemente de advirem dos bens particulares ou comuns, em conformidade com o inc. V do mesmo artigo.

2.2 REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS

Antes do advento da Lei n. 6.515, de 1977, era o regime oficial, visto que atendia a realidade diversa da atual, qual seja, as pessoas se casavam mais cedo e adquiriam seu patrimônio, essencialmente, durante o casamento. Assim, entendia-se como sociedade conjugal a comunhão de todos os bens presentes e futuros, conforme previsto no art. 1.667 do Código Civil.

A particularidade do regime leva à noção de que há (...) *praticamente, uma despersonalização do patrimônio individual, surgindo um patrimônio indivisível e comum, sem definir especificar ou localizar a propriedade nos bens*. E essa comunhão de vida e de bens deve ser manifestada por escolha, quando possível, e pela realização de um pacto antenupcial, que não impede a exclusão ou inclusão de alguns bens, sem descaracterizar o curso do regime.

Sem dúvida, os bens mencionados no art. 1.668 permanecem no patrimônio particular de cada um dos consortes, não pertencendo aos dois cônjuges nem possibilitando ingresso na sociedade conjugal. Destacam-se os gravames restritivos do direito à propriedade, como no caso dos bens doados ou herdados com cláusula de incomunicabilidade e de todos aqueles subrogados em seu lugar (art. 1.668 e incisos), salvaguardados pelo legislador para proteger o sagrado direito à propriedade.

2.3 REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS E SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA OU LEGAL

Sem dúvida, dos quatro regimes, este é o que preserva a individualidade do patrimônio de cada um dos cônjuges. Todavia, duas ressalvas são importantes: primeiramente, a existência do regime de separação total ou absoluta de bens por livre conveniência das partes, disposto no respectivo pacto de bens e passível de várias formas de elaboração do conteúdo desse contrato e de suas respectivas cláusulas; outra, a existência da imposição, advinda da lei, quando ocorrem as hipóteses da separação obrigatória de bens consignados no art. 1.641.

Considere-se a discussão acerca da aplicação ou não da Súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal, que estabelece: *No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento*. Arnaldo Rizzardo esclarece: *No regime de separação legal, a exegese mais correta é a que sustenta a comunicabilidade dos aqüestos, quando formados pela atuação comum do marido e da mulher*¹¹.

De qualquer sorte, parece que o atual Código Civil não segue o que a jurisprudência já vinha adotando, ao aplicar a Súmula n. 377 do STF. Do contrário, poderia ter excluído os casos de obrigatoriedade do regime da separação legal de bens. Con-

clusão lógica é a de a aplicação dessa súmula fazer vigorar regime de bens diverso do determinado pela legislação infraconstitucional, ou melhor, pelo silêncio da lei civil neste sentido.

(...) o direito à meação não é renunciável, cessível ou penhorável na vigência do regime matrimonial, entendendo-se, portanto, nula a cláusula em pacto antenupcial que dispuser de forma contrária.

Em recente decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entendeu-se pela incidência do enunciado sumular do STF: *Agravo. Sucessões. Falecido casado pelo regime da separação legal de bens. Incidência da súmula 377 do STF. Meação. Direito hereditário. 1. Considerando que o falecido era casado pelo regime da separação legal de bens, há meação sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da união. 2. O reconhecimento da meação pela incidência da súmula 377 do STF tem caráter dúplice e constitui direito próprio da viúva e direito hereditário dos sucessores do de cujus. 3. O patrimônio da pessoa jurídica constituída anteriormente ao casamento com o falecido, titulada pela viúva, não integra a meação*¹¹.

De qualquer forma, autorizada sua aplicação, teríamos um regime determinante de comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento, obviamente, aqueles resultantes do esforço comum. Este não é caracterizado somente pelo trabalho específico numa atividade econômica, com atuação fora do lar e percepção de remuneração, mas também pelo apoio emocional, sem atuação profissional lucrativa, porém envolvendo administração da casa, cuidados com os familiares e presença constante na forma de constituir família.

Nesse sentido, fica evidente o dever de atendimento quanto à repersonalização da família, ou seja: (...) *ao resgate de todos os valores imateriais que devem existir no seio familiar e que são os efetivos responsáveis por sua manutenção. Entre eles: afetividade, liberdade, diálogo, compreensão, carinho e toda característica que prestigie o mútuo respeito*¹².

No tocante ao livre-direito de escolha, de comum acordo, persistirá a existência de patrimônio distinto, não havendo a construção da chamada "sociedade conjugal"

no aspecto patrimonial. Nesse sentido, respeitam-se a autonomia e a personalidade de cada um dos nubentes, possibilitando aos noivos, por exemplo, casarem-se pelo regime da separação de bens, mas definin-

do-se expressamente que um determinado imóvel seja comum a ambos. Nesse caso, o oficial registrador, conforme o pacto antenupcial, deverá celebrar o casamento pelo regime base (separação de bens), cabendo aos cônjuges, quando do término ou dissolução da sociedade conjugal¹³, trazer a juízo tal fato para a partilha do bem especificado. Nada impede, se determinados bens forem adquiridos em comum, seja expressamente estabelecido um condomínio.

Mesmo estabelecido o regime da separação de bens, na forma total, plena ou absoluta, este não elide o reconhecimento da sociedade de fato, desde que tenha havido esforço comum para a formação do patrimônio; caso contrário, poderia ser considerado enriquecimento ilícito. A interpretação pode ser diversa, se disposição em pacto estabelecer de outra forma, em caso de atuação comum da esposa e do marido, porém com registro em nome exclusivo de um dos cônjuges.

Resta saber como podem aceitar a imposição do regime de separação nos casos obrigatórios, sem compreender as possibilidades posteriores, ou seja, na dependência de uma orientação emanada, futuramente, dos tribunais. Situação diversa é atribuída àqueles que optam por permanecer, na sociedade conjugal, com patrimônios distintos e particulares (separação absoluta), podendo, inclusive, dispensar a autorização do outro cônjuge para alienar ou gravar de ônus real bens imóveis, pleitear seus direitos como autor ou réu, prestar fiança ou aval e fazer doação de seus bens, sabendo-se que não haverá meação decorrente do regime escolhido¹⁴.

2.4 PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUÊSTOS

Novidade, surgida com o advento do novo Código Civil, já nasce carente de compreensão, situação demonstrada pela reali-

dade¹⁵. Trata-se de um regime misto, de difícil compreensão prática. Assim, durante a constância do casamento, vigora o regime da separação de bens¹⁶, com administração exclusiva do seu próprio patrimônio, podendo livremente alienar se forem móveis¹⁷. Entenda-se por “patrimônio próprio” todo aquele que *cada cônjuge possuía ao casar e por ele adquirido, a qualquer título, na constância do casamento*¹⁸.

O direito à liberdade (...) de escolha do regime de bens diante do tema proposto, somente poderá ser pleno se cumprido o dever de informar, ainda que na fase pré-contratual, e não havendo inclusão nos casos condicionados às situações do art. 1.641 do Código Civil vigente.

Entretanto, advindo a dissolução da sociedade conjugal, a lei determina regime diverso, passando-se, em termos gerais, ao regime de comunhão parcial de bens, respeitadas as considerações do art. 1.674: *Sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal, apurar-se-á o montante dos aqüestos, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios: I – os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram; II – os bens que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade; III – as dívidas relativas a esses bens.*

Salvo prova em contrário, presumem-se adquiridos durante o casamento os bens móveis, ou seja, o bem móvel de patrimônio individual ou próprio passa a configurar conteúdo dos aqüestos¹⁹. É situação idêntica àquela do regime de comunhão parcial, quando há presunção de aquisição durante a constância do casamento, não se provando data anterior em caso de bens móveis²⁰.

No pertinente aos bens imóveis, o teor do art. 1.681 é taxativo: *Os bens imóveis são de propriedade do cônjuge cujo nome constar no registro.* Segue-se em seu parágrafo único: *Impugnada a titularidade, caberá ao cônjuge proprietário provar a aquisição regular dos bens*²¹. A inversão do ônus da prova, neste caso, demonstra que o regime, em caso de ruptura conjugal, não adquire feições idênticas ao regime de comunhão parcial de bens, tendo em vista que os bens imóveis, no conteúdo deste último regime, fariam parte da meação dos cônjuges, não importando, de regra, o nome constante no registro, se adquiridos onerosamente na constância do casamento²².

As dívidas, sendo superiores à meação, não obrigam o outro cônjuge ao seu pagamento, mormente os seus herdeiros²³. Como qualquer forma de ajuda mútua, é entendida em termos de sociedade empresarial, na inteligência do art. 1.678: *se um dos cônjuges solveu a dívida do outro com bens de seu patrimônio, o valor deve ser imputado e atualizado, na data da dissolução, à meação do outro cônjuge.* Por isso, se o casamento perdurar por muitos anos, certamente, aqueles bem informados e prevenidos, guardarão comprovantes e mais comprovantes a fim de evitar surpresas no final, ou melhor, na hipótese de dissolução. Não poderia ser caso de notória alegação de má-fé, pois, tradicionalmente, ninguém, a menos que pretenda romper com a união, guarda ao longo de uma vida feliz em comum uma série de notas e demonstrativos fiscais?

Por fim, o direito à meação não é renunciável, cessível ou penhorável na vigência do regime matrimonial²⁴, entendendo-se,

portanto, nula a cláusula em pacto antenupcial que dispuser de forma contrária²⁵.

Para ingressar no ponto relativamente à ocorrência de violação das garantias constitucionais, em caso do não-atendimento ao dever de informação, deve-se analisar a questão do seguinte prisma: *A Constituição passa a ser o centro do ordenamento e a influenciar a interpretação de todas as normas infraconstitucionais*²⁶.

3 POSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E CONTRATUAIS

O direito à liberdade e à propriedade inscreve-se na matriz teórica dos direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente – art. 5º, *caput* e incs. V e XXII, da Constituição Federal de 1988. Consagra-se, portanto, a inviolabilidade desses direitos, estabelecendo-se limites dentro do pacto antenupcial/contrato, asseguradas a propriedade e a conseqüente indenização pela violação das cláusulas contratadas, em face dos danos morais, materiais ou à imagem provocados.

3.1 DIREITO À LIBERDADE: ATENDIMENTO AOS PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA DA VONTADE E DA MUTABILIDADE DO REGIME DE BENS

O direito à liberdade, ou seja, à liberdade de escolha do regime de bens diante do tema proposto, somente poderá ser pleno se cumprido o dever de informar, ainda que na fase pré-contratual, e não havendo inclusão nos casos condicionados às situações do art. 1.641 do Código Civil vigente²⁷. Assim, nesses casos, não haverá atendimento ao princípio da autonomia da vontade, pois, em meio a uma intenção protetiva, privilegiando-se as propriedades de cada um dos cônjuges, não seu direito de escolha, ocorre a violação da liberdade na autonomia de decisão, impedindo, em alguns casos, ao menos segundo o teor da legislação infraconstitucional, a posterior mudança do regime de bens.

As razões para tal encontram respaldo em concepções antigas, resultantes do longo período de tramitação do projeto do novo Código Civil, agora em vigor. Comprovando tal posição, têm-se os casos em que haveria justo motivo para o legislador impor limites à autonomia da vontade quanto à livre escolha do regime de bens, pelo exclusivo fato de a pessoa ter idade biológica superior aos sessenta anos.

É importante ressaltar que *o princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeite suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral*²⁸.

Em face do art. 1º, inc. III, da Constituição Federal e da inconstitucionalidade do art. 1.641, inc. II, do atual Código Civil, afirma-se como preconceituosa a regra estabelecida anteriormente pelo legislador brasileiro. A restrição imposta é inconstitucional, ante o atual sistema jurídico, que tutela a dignidade da pessoa humana, violando o direito à liberdade e à propriedade. Revela-se descabida a presunção de incapacidade por implemento de idade.

Nessa linha, valem os argumentos extraídos da noção de

constitucionalização do Direito de Família. Assim, *quando a legislação civil for claramente incompatível com os princípios e regras constitucionais, deve ser considerada revogada, se anterior à Constituição, ou inconstitucional, se posterior a ela. Quando for possível o aproveitamento, observar-se-á a interpretação conforme a Constituição. Em nenhuma hipótese, deverá ser adotada a disfarçada resistência conservadora, na conduta freqüente de se ler a Constituição a partir do Código Civil*²⁹.

Todavia, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em decisão posterior à vigência do novo Código, afirmou: (...) *A restrição imposta no inc. II do art. 1.641 do Código vigente, correspondente do inc. II do art. 258 do Código Civil de 1916, é inconstitucional, ante o atual sistema jurídico que tutela a dignidade da pessoa humana como cânone maior da Constituição Federal, revelando-se de todo descabida a presunção de incapacidade por implemento de idade*³⁰.

O desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, na mesma decisão, afirma em seu voto: *Modestamente aporia mais um elemento nesta linha. É que, inclusive no regime da separação obrigatória, na vigência do antigo Código, o próprio Supremo Tribunal Federal já havia decretado a possibilidade da comunhão dos aqüestos, o que representava, mediante a Súmula n. 377, uma verdadeira perfuração da rocha monolítica, como era considerada a separação. Com a entrada em vigor do novo Código, questiona-se se esta súmula estaria ainda em vigor, mas a festejada doutrina dos comentadores do Código entende que se manteria, portanto, o regime da comunhão dos aqüestos*³¹.

Nos demais casos do art. 1.641, inc. I, do atual Código Civil, aqueles que realizarem o casamento com inobservância das causas suspensivas, mencionadas no art. 1.523³², por motivos práticos, a fim de evitar a confusão de patrimônios no momento da identificação, seriam beneficiados com a determinação legal, não estando impedidos, assim, da alterabilidade do regime de bens, cessadas as causas suspensivas.

No que se refere ao inc. II, quando for concedido suprimento judicial para os menores de dezesseis anos³³, não existe obstáculo para futura alteração do regime de bens, desde que atendidas as exigências do art. 1.639, § 2º, do Código Civil.

Não obstante, a posição manifestada pelo desembargador Luiz Felipe Brasil Santos é: *Não será possível a modificação do regime de bens daqueles casais que celebram o matrimônio nas circunstâncias do art. 1.641, incs. I, II e III, estando sujeitos, assim, ao regime obrigatório da separação de bens, salvante a hipótese de terem obtido a não-aplicação das causas suspensivas, conforme previsão do parágrafo único do art. 1.523 (...). Interessante hipótese, no entanto, ocorrerá (...) vindo mais tarde, ao longo do casamento a desaparecer a causa suspensiva (v.g., um divorciado que não realizara a partilha e que venha depois a completá-la). Neste caso, tenho que nenhuma razão haverá que impeça a mudança do regime de bens (...)*³⁴.

Especificamente, as exceções ao princípio da autonomia da vontade estão postas no art. 1.640: *Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial. E, também, nos casos em que a lei impõe a submissão, não havendo livre disposição, conforme está disposto no art. 1.641 do Código Civil: É obrigatório o regime de separação de bens no casamento: I – Das pessoas que contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II – Da pessoa maior de sessenta anos; III – De todos que dependerem, para casar, de suprimento judicial.*

O legislador estabeleceu, por meio de critérios sociais, a quem se destina o princípio da liberdade ou o princípio da autonomia da vontade, quanto à possibilidade de escolha do regime de bens no casamento.

Nesse sentido, Orlando Gomes afirma que *os nubentes podem escolher, em princípio, o regime que lhes convenha, não estando adstritos, sequer, à adoção de um dos tipos, tal como se acham definidos em lei, eis que podem combiná-los, formando regime misto, uma vez respeitadas as disposições legais de ordem pública. (...) Na escolha há liberdade, mas o legislador por motivo de precaução ou para punir os nubentes, impõem, em certos casos, determinado tipo (regime obrigatório)*³⁵.

Somente havendo possibilidade de escolha entre os quatro regimes (ou mesmo combinados entre si)³⁶, sendo atendido o dever de informação e, portanto, conhecendo-se as conseqüências contratuais

ou extracontratuais, é possível afirmar o respeito ao exercício dos direitos fundamentais, incluindo-se a (...) *autonomia pessoal, isto é, na liberdade (no sentido de capacidade para liberdade)*³⁷.

Como reflexo, para a concretização do direito à liberdade pessoal *como expressão da autonomia da pessoa humana (e, portanto, de sua dignidade,)* reclama-se a possibilidade concreta de participação na formação da vontade geral³⁸.

O legislador estabeleceu, por meio de critérios sociais, a quem se destina o princípio da liberdade ou o princípio da autonomia da vontade, quanto à possibilidade de escolha do regime de bens no casamento.

3.2 DIREITO À PROPRIEDADE: RESPEITO AO DIREITO À INFORMAÇÃO

O inc. XXII do art. 5º da Carta Magna estabelece o direito à propriedade, estando esse ponto inteiramente ligado à questão da vocação hereditária. Diz o inc. XXX do mesmo artigo: *é garantido o direito de herança.*

Sobre o conceito de propriedade deduzido da Constituição, ensina Luiz Paulo Netto Lobo: *a concepção de propriedade, que se desprende da Constituição, é mais ampla que o tradicional domínio sobre coisas corpóreas, principalmente imóveis, que os códigos civis ainda alimentam. Co- envolve a própria atividade*

*econômica, abrangendo o controle empresarial, o domínio sobre ativos mobiliários, a propriedade de marcas, patentes, franquias, biotecnologias e outras propriedades intelectuais*³⁹.

Logo, não se deve afastar a possibilidade de total desconhecimento, por parte dos nubentes, de que o patrimônio amealhado em vida pelos cônjuges e mesmo após o falecimento de um deles pode não ter o destino imaginado. Explicando melhor, ao optarem por um dos regimes matrimoniais, se não seguirem o tradicional regime dito oficial, portanto, sem a necessidade de pactuar ou de maiores gastos, a construção futura do patrimônio pode ser muito diversa do

imaginado inicialmente. O conteúdo do regime a vigorar entre eles após a realização das núpcias, bem como as informações a respeito do conteúdo que perfazem os regimes, são dados pelos oficiais de registro civil ou seus representantes do cartório de registro civil das pessoas naturais.

No caso dos regimes de separação obrigatória de bens e separação convencional de bens absoluta, não há falar em patrimônio comum. Nesses casos, temos patrimônios individuais – distintos – e não há patrimônio comum como regra.

Aliás, *meação não é herança*⁴⁰. Segue nesse sentido Sílvio de Salvo Venosa: *como em qualquer outra sociedade, os bens comuns, isto é, pertencente às duas pessoas que foram casadas, devem ser divididos. A meação é avaliada de acordo com o regime de bens que regulava o casamento. (...) Se há pacto antenupcial, a meação será encontrada de acordo com o estabelecido nessa escritura. Portanto, ao se examinar uma herança no falecimento de uma pessoa casada, há que se separar do patrimônio comum (portanto, um condomínio) o que pertence ao cônjuge sobrevivente, não porque o seu esposo morreu, mas porque aquela porção ideal do patrimônio lhe pertencia*⁴¹.

O ingresso do cônjuge sobrevivente como herdeiro pode ficar na dependência do regime de bens estabelecido por ato notarial⁴².

Há necessidade de identificar se há ou não a concorrência entre descendentes e cônjuge sobrevivente. Na situação indicada pelo art. 1.829, inc. I, na ordem da exegese do artigo, pode-se extrair as seguintes conclusões em casos de concorrência com os descendentes do *de cujus*⁴³:

- a) No regime de comunhão universal, não há direito à herança em caso de concorrência com os descendentes do *de cujus* (não concorre), mas possui direito à meação;
- b) Na comunhão parcial de bens, deixando bens particulares, haverá direito à herança relativamente a estes⁴⁴;
- c) No regime de separação convencional de bens, terá direito à herança (concorre), mas não haverá direito à meação;
- d) Nos casos do regime de separação obrigatória de bens (casos do art. 1.641), não haverá direito à meação⁴⁵, nem direito à herança (não concorre);
- e) Conclui, pelo silêncio da lei, que haverá concorrência no regime de participação final nos aqüestos também quanto aos bens particulares.

(...) justifica-se que a natural inibição dos nubentes ao tratarem de questões patrimoniais antes do casamento, pelo constrangimento característico da situação, possa levar a escolhas erradas quanto ao regime (...)

Arnaldo Rizzardo ilustra quais seriam as justificativas para que o cônjuge não figure como herdeiro em qualquer caso dos regimes de bens: *Justificam-se as exceções, (...), já fica mais amparado o cônjuge sobrevivente se a meação envolve a totalidade do patrimônio: (...), desnaturaria o próprio regime se viesse a receber parcela da herança, ou repudia a divisão daquilo que nunca foi comum*⁴⁶; *(...) acarretaria demasiado enfraquecimento patrimonial aos herdeiros descendentes se não deixar o de cujus bens particulares. (...) a cor-*

*rente mais justa é a que defende justamente essa interpretação, ou seja, de que participa o cônjuge sobrevivente na hipótese de existirem bens particulares*⁴⁷.

Ainda quanto à ordem da vocação hereditária estabelecida pela lei ao cônjuge sobrevivente, defere-se a sucessão legítima aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente/supérstite, nos casos determinados pela lei; na sua falta, aos ascendentes⁴⁸, em concorrência com o cônjuge sobrevivente e somente na inexistência destes, exclusivamente ao cônjuge sobrevivente.

Por fim, justifica-se que a natural inibição dos nubentes ao tratarem de questões patrimoniais antes do casamento, pelo constrangimento característico da situação, possa levar a escolhas erradas quanto ao regime, ou melhor, ao desconhecimento do conteúdo de cada regime de bens – quais deles permanecem como patrimônio particular ou farão parte da meação (se houver). Assim, não seriam atendidos os princípios constitucionais do direito à propriedade e do direito à liberdade, visto que a escolha não seria livre, pelo próprio desconhecimento das características de cada um dos regimes, resultando em importantes conseqüências na esfera contratual-patrimonial, protegida pelo direito à propriedade, no caso de não-atendimento ao princípio da boa-fé.

4 PRINCIPAIS CONCLUSÕES A RESPEITO DO DEVER DE INFORMAR NA FASE PRÉ-CONTRATUAL DO CASAMENTO CIVIL NO BRASIL

O desconhecimento do conteúdo e limitações de cada regime acaba por inibir e, conseqüentemente, por impedir o livre acesso à informação se a escolha se realizar sem conhecimento real acerca do conteúdo, limites e possíveis conseqüências patrimoniais de cada regime. Como alguém pode ser livre para escolha, nos casos permitidos por lei (salvo nos casos do regime obrigatório de separação de bens), desconhecendo o teor e as conseqüências legais de cada regime de bens?

A própria Constituição brasileira afirma, no *caput* do seu art. 5º, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a inviolabilidade do direito à liberdade e à propriedade⁴⁹.

Para que os nubentes possam fazer escolhas livres, é preciso conhecer o conteúdo dos quatro regimes de bens, as possibilidades de conteúdo das disposições contratuais (cláusulas em pacto antenupcial) e, ainda, as possibilidades de inclusão como herdeiro (em caso de falecimento). Resta saber se o cartório de registro civil das pessoas naturais, como órgão competente para tal, está apto a elucidar questões envolvendo tamanha complexidade nos breves momentos anteriores à escolha do regime matrimonial. Aliás, vale lembrar que os nubentes podem perguntar a respeito das possibilidades na escolha por um dos quatro regimes (não sendo regime de separação obrigatória de bens).

Destaque-se ainda a evidente e natural inibição no momento da escolha do regime de bens, nas palavras de Débora Gozzo: *os nubentes na sua grande maioria se sentem constrangidos para discutir questões de cunho patrimonial antes do casamento. É uma inibição natural, que pode levar a escolhas erradas quanto ao regime (...)*⁵⁰.

Na esfera da informação pré-matrimonial, o desconhecimento vicia, gerando uma escolha ou elaboração de pacto antenupcial sem o atendimento ao princípio contratual do dever de informação. Caso fique evidenciado o desconhecimento do conteúdo de

cada um dos quatro regimes, a escolha não será livre, tendo em vista o próprio desconhecimento das características e efeitos patrimoniais de cada um dos regimes, gerando, assim, importantes conseqüências na esfera patrimonial, protegida pelo direito à propriedade.

Com o advento da despatrimonialização e o surgimento do fenômeno da repersonalização, tornou-se importante *repor a pessoa como centro do Direito Civil, passando o patrimônio para segundo plano*, porém, não significando (...) que *haja o completo abandono da regulamentação acerca do patrimônio*⁵¹.

O não-atendimento à liberdade individual na possibilidade de escolha consciente, compreendendo os reflexos patrimoniais⁵² advindos da relação matrimonial, reflete-se no não-atendimento aos direitos fundamentais preconizados pela Constituição cidadã de 1988.

No plano do Direito, existem os sujeitos de direito⁵³ e aqueles com direitos hipotéticos, aqueles que apenas são parte de um conceito formal definido pela lei. Isso leva a admitir uma injusta e desigual ordem social, na qual poucos podem figurar em situação de igualdade. Em outras palavras, há uma *igualdade jurídica a que não corresponde uma igualdade real*⁵⁴.

Afinal, quem é o sujeito de direito no sistema jurídico brasileiro? Para o sistema jurídico de Direito Civil, e, portanto, esse sistema de direito privado codificado e edificado⁵⁵, os sujeitos nas suas relações aparecem como pessoas juridicamente iguais⁵⁶. Determinados sujeitos podem estar fora dessa classificação: mesmo sendo pessoas, não são, necessariamente, sujeitos de um determinado direito, como ocorre nos casos de casamento dos maiores de sessenta anos, quando o sistema determina e regula juridicamente os limites da liberdade, oferecendo proteção⁵⁷ tão somente aos que não ultrapassam os limites estabelecidos pelo poder público.

Cabe ao Direito estabelecer a concretização dos valores fundamentais do ser humano, com base nos seus instrumentos jurídicos, operacionalizando o alcance dos interesses, a realização de atos e atividades dos indivíduos, para que os *não contrastem com a segurança, liberdade e dignidade humana*⁵⁸.

A intervenção estatal nas relações privadas deve vir acompanhada do acesso à informação, para impedir a vitória de uma

aparente liberdade e uma autonomia de vontade limitada, zelando pelo direito à informação dos contraentes. Visto que os desfavorecidos não têm consciência da verdadeira justiça e por desconhecerem as limitações do conteúdo dos regimes de bens do casamento civil, esperam benefícios que dificilmente lhes são concedidos.

REFERÊNCIAS

- 1 BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília-DF: Senado, 1988.
- 2 MADALENO, Rolf. Do regime de bens entre os cônjuges. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coords.) *Direito de Família e o novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 162.
- 3 Não esquecendo a possibilidade de mutabilidade: alteração do regime de bens entre os cônjuges, mediante autorização judicial, respeitados os elementos do art. 1.639, § 2º, do Código Civil.
- 4 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 6, p. 40.
- 5 Partindo-se da máxima de que as pessoas no geral se casam sem se preocupar, naquele momento, com os efeitos patrimoniais de uma ruptura posterior.
- 6 WALD, Arnoldo. *O novo Direito de Família*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 54-55.
- 7 LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil aplicado: Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 5, p. 49.
- 8 RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Direito de Família*. 27. ed. atual. Por Francisco José Cahali, com anotações ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 206.
- 9 MADALENO, *op.cit.*, p. 167.
- 10 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família: Lei n. 10.406, de 10/1/2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 662.
- 11 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento n. 70013119425, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 21 de dezembro de 2005.
- 12 OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 248.
- 13 A sociedade conjugal termina: pelo falecimento, nulidade ou anulação, pela separação ou divórcio – art. 1.571, inc. I ao IV; dissolve: morte ou pelo divórcio – art. 1.571, § 1º, do NCC.
- 14 Em conformidade com o teor do art. 1.647 e incisos do Código Civil.
- 15 Na cidade de Passo Fundo/RS, até a data de 27 de junho de 2005, só há um pacto antenupcial realizado diante da escolha deste regime.
- 16 Não se aplicando o disposto no art. 1.647 e incs. do Código Civil.
- 17 Art. 1.673, parágrafo único, do Código Civil.
- 18 Art. 1.673, *caput*, do Código Civil.
- 19 Art. 1.674, parágrafo único, do Código Civil.
- 20 Art. 1.661 do Código Civil.
- 21 Necessitariam consultar um criterioso advogado familiarista, o que não é praxe no Brasil, antes do casamento, mormente para administrar conseqüências desta escolha.

- 22 Em conformidade com o art. 1.660, inc. I, do Código Civil, lembrando que a tradição patrimonialista evidencia o registro no nome do marido, em caso de bens.
- 23 Art. 1.686 do Código Civil.
- 24 Art. 1.682 do Código Civil.
- 25 Art. 1.655 do Código Civil.
- 26 DONADEL, Adriane. Efeitos da constitucionalização do Direito Civil no Direito de Família. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). *Tendências constitucionais no Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 13.
- 27 Conforme considerações feitas nas noções introdutórias sobre o tema e no item 2 – Regime da separação de bens e a separação obrigatória ou legal – do presente artigo.
- 28 LÔBO, Luiz Paulo Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Jus Navegandi*, Teresina, v. 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 30 maio 2004
- 29 Idem, p.12-13.
- 30 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 70004348769, Rel. Desª. Maria Berenice Dias, julgada em 27 de agosto de 2003. (Grifo nosso).
- 31 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *op. cit.*, 2003.
- 32 São circunstâncias que permitem o casamento se houver autorização judicial; ainda que infringidas, não constituem invalidação do ato. Adverte-se que às pessoas nestas condições será determinado o regime da separação obrigatória de bens.
- 33 Em casos excepcionais será permitido o casamento daqueles que não atingiram a idade núbil, conforme teor do art. 1.520 do Código Civil.
- 34 SANTOS, Luiz Felipe Brasil. A mutabilidade do regime de bens. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=2295>. Acesso em: 30 jun. 2005.
- 35 GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Atual. Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 172.
- 36 A exemplo de cláusula em pacto antenupcial determinando a inclusão ou exclusão de algum bem móvel ou imóvel em regime de comunhão universal de bens.
- 37 SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 87.
- 38 Idem, p. 94.
- 39 LÔBO, *loc. cit.*, p. 11.
- 40 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 7, p. 104.
- 41 Idem, p. 105.
- 42 A possibilidade de alteração do regime de bens envolve ato judicial, porém o pacto antenupcial é ato notarial.
- 43 Conforme art. 1.829, inc. I, do Código Civil.
- 44 *AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. SUCESSÃO LEGÍTIMA. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. INC. I DO ART. 1.829 DO CCB. VOCAÇÃO HEREDITÁRIA. CONCORDÂNCIA. O cônjuge sobrevivente casado pelo regime da comunhão parcial de bens detém o direito de meação e herança, na forma do art. 1.829 do CCB, na hipótese de o autor da herança deixar bens particulares. Todavia, no caso, inexistindo bem*

particulares, conforme reconhece a própria viúva-meeira, deve o juízo, desde logo, porque questão de direito, excluí-la da classificação de herdeira, mantida, apenas, a sua condição de meeira. RECURSO PROVIDO. (Agravo de Instrumento n. 70013227533, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, julgado em 21/12/2005)

- 45 Somente entendendo-se pela aplicação da Súmula 377 do STF.
- 46 Se casado pelo regime da separação de bens.
- 47 RIZZARDO, *op. cit.*, p. 180.
- 48 Neste caso, independentemente do regime de bens estabelecido.
- 49 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.
- 50 GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 126.
- 51 DONADEL, *op. cit.*, p. 14.
- 52 Os reflexos extrapatrimoniais não podem ser atribuídos ao serviço notarial.
- 53 Sujeito de direito: *aquele que tem bens, patrimônio sobre si, compra, vende, pode testar, e até contrai nupcias*. FACHIN, Luiz Edson. *Limites e possibilidades da nova Teoria Geral do Direito Civil*. In: *Jurisprudência cível e do comércio*, 172. Série. Paraná: Curitiba, 1994, p. 49.
- 54 CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. 2. ed. atual. Coimbra: Centelha, 1981. p. 11.
- 55 Hoje é inaceitável a rígida contraposição entre o Direito Público e o Privado.
- 56 Visão ultrapassada diante da realidade da constitucionalização do Direito Civil.
- 57 Proteção dita infraconstitucional e no momento de processo de habilitação para o casamento civil, quando não será realizado pacto antenupcial, apenas constando a observação do regime obrigatório de bens.
- 58 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 19.

REFERÊNCIAS COMPLEMENTARES

- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível* n. 70004348769 da 7ª Câmara Cível. Rel. Desª Maria Berenice Dias. Julgado em 27/8/2003.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento* n. 70013119425, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 21/12/2005.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento* n. 70013227533, Rel. Ricardo Raupp Ruschel, Tribunal de Justiça do RS, julgado em 21/12/2005.
- BITTAR, Carlos Alberto. *A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GEHLEN, Gabriel Menna B. von. O chamado Direito Civil Constitucional. In: COSTA, Judith Martins (Org.). *A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.174-209.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). *Temas atuais de direito e processo de família*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 496-525.
- LORENZETTI, Ricardo. *Fundamentos do Direito*

Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ROCHA, Sílvio Luiz Ferreira da. *Introdução ao Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional da Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

Artigo recebido em 1/6/2006.

ABSTRACT

The authoress states that ignorance of the content and limitation of marital property systems result in an inappropriate choice when making a prenuptial agreement, since the contractual principle of information duty has not been taken into consideration.

Similarly, she adds, the legal determination of the compulsory separate ownership of property for some engaged couples violates the principle of the will autonomy, by not allowing them to knowledgeably choose the most suitable marital system, taking into account, also, the assets reflections arising thereof.

Thus, she concludes that failure to consider individual freedom violates the contractual/constitutional guaranties, and, thus, the fundamental rights, provided by the 1988 Brazilian Constitution.

KEYWORDS

Civil Law; Family Law; marital property system; marriage; prenuptial agreement; will autonomy; Civil Code – article 1,641; constitutional, contractual – guaranty.

Beatriz Helena Braganholo é advogada e professora de Direito de Família e Direito das Sucessões da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo – RS.