

EFEITOS *EX TUNC* E *EX NUNC* NA MUDANÇA DE REGIME DE BENS NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL

Maria Ligia Coelho Mathias*

José Lourenço**

Sumário: 1. Introdução. 2. Casamento e união estável. 3. Regime de bens no casamento. 3.1. Princípios gerais. 4. Pacto antenupcial e contrato de união estável. 5. Diferentes regimes de bens. 5.1. Comunhão parcial. 5.2. Comunhão universal. 5.3. Separação convencional e obrigatória. 5.4. Participação final nos aquestos. 6. Mutabilidade do regime de bens no casamento e na união estável. 7. Orientação doutrinária e jurisprudencial. 8. Nossa posição. 8.1. Mudança do regime da comunhão parcial para o da separação de bens. 8.2. Mudança do regime da comunhão parcial de bens para comunhão universal. 8.3. Mudança do regime da comunhão parcial de bens para o da participação final nos aquestos. 8.4. Mudança do regime da separação de bens para

* Advogada. Professora titular de Direito Civil da Fundação Armando Álvares Penteado e coordenadora dos cursos de pós-graduação *lato sensu* em Direito Civil. Professora adjunta da Universidade Presbiteriana Mackenzie, dos cursos de graduação e pós-graduação *lato sensu*. Vice-coordenadora do curso de especialização em direito de família e sucessões do COGAE/PUC. Mestre e doutora em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

** Mestre em Direito Civil e Doutorando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) em São Paulo; Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado (FAAP) em São Paulo; Professor Convidado de Direito Civil na especialidade “Das Sucessões”, da Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR), em Londrina, Paraná; ex-professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie, nos cursos de pós-graduação *lato sensu*, em São Paulo; Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, na seção de São Paulo e Advogado inscrito na Ordem dos Advogados de Portugal, na seção de Lisboa.

o da comunhão parcial de bens. 8.5. Mudança do regime da separação de bens para o da comunhão universal. 8.6. Mudança do regime da separação de bens para o da participação final nos aquestos. 8.7. Mudança do regime comunhão universal para o da separação de bens. 8.8. Mudança do regime da comunhão universal para o da comunhão parcial. 8.9. Mudança do regime da comunhão universal para o da partilha final nos aquestos. 8.10. Mudança do regime da participação final nos aquestos para o da separação de bens. 8.11. Mudança do regime da participação final nos aquestos para o da comunhão parcial. 8.12. Mudança do regime da participação final nos aquestos para o da comunhão universal. 9. Mudança de regime nos sistemas híbridos. 10. Proteção de terceiros. 11. Conclusão. 12. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO.



presente estudo tem por fim promover algumas reflexões acerca da questão polêmica, relativa aos efeitos decorrentes da mudança do regime de bens quer no casamento quer na união estável. Há posições discordantes sobre o tema, entendendo alguns que os efeitos resultantes seriam *ex nunc*, enquanto que, para outros, os efeitos seriam *ex tunc*.

Por conseguinte, para os que reconhecem o efeito *ex nunc* (expressão de origem latina que significa de agora em diante) é a partir da mudança do regime de bens que seus efeitos operariam. Já para os que defendem efeito *ex tunc* (que significa desde o início, desde então), as repercussões da alteração do regime de bens seriam retroativas, alcançando o regime anteriormente adotado.

Nessas condições, procuramos contribuir com a discussão, adotando um posicionamento que leva em conta maior ou menor comunicabilidade do regime de bens, quando da mudança verificada por vontade dos cônjuges ou conviventes.

2. CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL.

O casamento, a despeito de entendimento diverso, é um contrato solene por meio do qual duas pessoas de orientação sexual diferente ou não se unem para constituir uma família. Embora contrato, não segue estritamente as regras a ele atinentes, dado que sua natureza é especial, englobando interesses econômicos e pessoais. Muitas de suas normas decorrem estritamente da lei, a exemplo da forma e de grande parte de seus efeitos pessoais. É possível afirmar, todavia, que é um contrato complexo, cujas regras são peculiares e distintas das modalidades tradicionais.

A união estável, da mesma forma, não exige diversidade de sexos, mas, diferentemente do casamento constitui-se sem maiores formalidades e livre da chancela do Estado, sendo assim reconhecida pela convivência pública, contínua e duradoura dos companheiros com o objetivo de constituição de família (art. 1.723 do Código Civil).

Embora não receba significativa regulamentação legislativa como o casamento, há um considerável arcabouço jurídico a ela dedicado.

Importante salientar que os efeitos produzidos pelo pacto antenupcial e os decorrentes do contrato de união, não são concomitantes ao ato como se dá na seara contratual.

3. REGIME DE BENS NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL.

O regime matrimonial de bens compreende as disposições patrimoniais no âmbito do direito de família. Consiste num conjunto de regras, de escolha relativamente livre, envolvendo os bens do casal. Admite-se, no entanto, que o casal eleja um sistema misto, com conteúdo que abranja regras de um e de outro

regime, desde que compatíveis. Estipulações desse teor dependem da formalização de pacto antenupcial, por escritura pública, lavrada em tabelionato.

Na união estável é admissível a adoção pelos conviventes, dos mesmos regimes de bens estruturados para o casamento, mas sem as formalidades a ele inerentes.

3.1. PRINCÍPIOS GERAIS.

Encontramos no direito de família um rol de princípios orientadores do sistema, dentre eles o da dignidade da pessoa humana, igualdade, afetividade, solidariedade familiar, liberdade de escolha, variedade do regime de bens e o da intervenção mínima do Estado. Este último de grande relevância para o presente tema, que busca analisar os efeitos decorrentes da mudança de regime de bens, com reduzida participação judicial.

O Estado que intervinha excessivamente nas relações familiares passou a abrandar sua influência, concedendo maior liberdade à vontade do casal, suavizando as regras que eram demasiadamente rigorosas.

Com isso, exemplificativamente, facilitou o divórcio, possibilitando sua concretização extrajudicialmente e permitiu a alteração do regime de bens.

A regra que revela essa ingerência menor é a do artigo 1.513 do Código Civil, segundo a qual: *“É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, intervir na comunhão de vida instituída pela família”*.

Bem por isso, reconhece-se que as normas disciplinadoras dos interesses patrimoniais, notadamente o regime de bens, têm natureza disponível, devendo atuar de forma livre a autonomia da vontade.

Não se deixa de reconhecer, entretanto, a presença de normas cogentes no direito de família, mormente nas relações pessoais.

4. PACTO ANTENUPCIAL E CONTRATO DE UNIÃO ESTÁVEL.

O pacto antenupcial (art. 1.639 do Código Civil) traduz-se numa convenção solene, lavrada por escritura pública, em que os nubentes declaram a escolha de um regime de bens diferente do legal (comunhão parcial), que vigorará durante o casamento. Dado que versa sobre direito disponível, é possível o casal optar pela combinação dos regimes, despontando, então, um regime misto ou híbrido.

Revela-se, pois, o prevalectimento da livre estipulação dos nubentes com relação ao patrimônio que possuíam e aquele que irão angariar durante o enlace.

A união estável (art. 226, parágrafo 6º da Constituição Federal e art. 1.723 do Código Civil) é eminentemente informal, estando livre do abono estatal para sua constituição ou término. O que existe é uma notoriedade de relacionamento afetivo, uma comunhão de sentimentos e de vidas, com o objetivo de constituir uma família.

A regra adotada para o casamento aqui se aplica, ou seja, se os conviventes não adotarem um regime de bens específico ou misto, vigorará, no que couber, durante o relacionamento, o regime da comunhão parcial de bens (art. 1.725 do Código Civil). Caso optem por outro regime que não o legal, para efeito de prova, deverão formalizar a declaração de vontade em um instrumento que não precisa ser público, diversamente do que ocorre no casamento.

A eficácia do pacto antenupcial sujeita-se à condição suspensiva que é a celebração do casamento, persistindo essa eficácia até que qualquer uma das formas de extinção da sociedade conjugal ocorra. Verifica-se, desse modo, que existem dois momentos distintos, isto é, a formalização do pacto e o início de sua eficácia.

Inversamente, no caso de união estável, em que havendo contrato adotando certo regime de bens, sua eficácia tem início a partir da data avençada, retroagindo seus efeitos ao início da união, salvo disposição em contrário por escrito, ou quando houver sentença declaratória na ação de reconhecimento de união estável, oportunidade em que o termo inicial da convivência será fixado judicialmente.

Vale lembrar aqui que, normalmente, a união estável tem início anterior a qualquer opção por um determinado regime de bens. Isso porque, via de regra, somente depois de estabelecido o relacionamento é que os conviventes decidem dispor sobre o patrimônio do casal.

Cabe assinalar que as regras concernentes ao regime de bens, seja no casamento, seja na união estável caracterizam-se pela disponibilidade.

Importante ressaltar, ainda, que existe nítida diferença entre o momento em que se assina o pacto antenupcial ou contrato de união estável e a produção de efeitos. O primeiro depende da realização casamento e o segundo da convivência, com o objetivo de constituir família.

Há que se ponderar, no entanto, a existência de um regime de bens obrigatório, cujas regras decorrem do artigo 1.641 do Código Civil¹.

5. DIFERENTES REGIMES DE BENS.

Apresentamos de forma sumária os regimes de bens, para que, ao depois, passemos à intrigada questão relativa à sua mutabilidade.

¹Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

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

II- da pessoa maior de sessenta anos;

III- da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

IV- de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.

5.1. COMUNHÃO PARCIAL.

É o regime oficial, considerado pela doutrina como aquele que melhor atende ao equilíbrio patrimonial no casamento ou na união estável. Independe de pacto antenupcial e prevalece nos casos de nulidade ou ineficácia da convenção antenupcial ou do contrato de convivência.

Com efeito, dispõe o art. 1.640 do Código Civil que: *“Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial”*.

A despeito de ser considerado o regime de bens mais adequado à sociedade, cremos que essa questão merece ser revista, já que a igualdade tão propalada em nossos dias encontraria melhor suporte no regime da separação de bens, refletindo a superioridade da afetividade nas uniões sobre a patrimonialidade.

Se e quando o amor deixar de existir, a convivência que se iniciou pelo afeto deveria findar-se por completo sem que os ex consortes permaneçam vinculados pelas questões patrimoniais. Trilhamos por um caminho que respeita os preceitos do moderno direito de família, onde a afetividade se sobrepõe a qualquer outro princípio ou interesse individual. Nessa senda estão a maternidade e paternidade socioafetiva e a Emenda Constitucional nº 66/2.010, que suprimiu a discussão da culpa no divórcio, indicando, nitidamente, a superioridade do princípio da afetividade sobre os demais.

Feitas essas considerações, pelo regime da comunhão parcial de bens, pertencerão em comum ao casal os bens adquiridos durante o casamento ou união estável, entretanto ficam excluídos dessa comunhão os bens que possuíam ou que vieram a adquirir em razão de fato anterior, bem como os que forem recebidos por herança.

A disciplina jurídica do regime da comunhão parcial de

bens está prevista nos artigos 1.658 a 1.666 do Código Civil.

Ocorrendo o rompimento da sociedade conjugal, cada cônjuge terá direito à metade dos bens amealhados durante a convivência, incluídos aqui os frutos dos bens particulares percebidos na constância do casamento ou pendentes ao tempo em que cessar a comunhão.

Por outro lado, cada cônjuge terá direito exclusivo à totalidade do patrimônio que trouxe para o casamento ou que recebeu durante a união por motivos anteriores ao casamento.

5.2. COMUNHÃO UNIVERSAL.

Cuidam da comunhão universal de bens os artigos 1.667 a 1.671 do Código Civil.

No regime em comento há um patrimônio comum, cabendo a cada consorte a metade ideal do referido patrimônio, uma vez que a lei prevê a comunicação de todos os bens, atuais e futuros, dos cônjuges e suas dívidas passivas (art. 1.667 do Código Civil), exceção feita ao quanto previsto no artigo 1.668 do mesmo diploma legal.²

Extinta a comunhão e efetuada a divisão do ativo e do passivo, cessará a responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro (art. 1.671 do Código Civil).

5.3. SEPARAÇÃO CONVENCIONAL E OBRIGATÓRIA.

²Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

I- os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;

II- os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;

III- as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;

IV- as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;

V- Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.

Essa modalidade de regime pode decorrer da vontade dos nubentes expresso em pacto antenupcial, oportunidade em que recebe a denominação de regime da separação convencional de bens. Depende de pacto antenupcial para sua constituição, podendo ficar estipulado, se for do interesse do casal, que certos bens fiquem em comunhão, como também lhes é facultado disciplinar a forma de administração e fruição do patrimônio.

No regime da separação de bens convencional existe verdadeira separação de patrimônios, relativamente não só ao que será amealhado durante a constância do casamento, como também no concernente aos bens que já existiam anteriormente ao enlace, além dos que vieram a compor o patrimônio de um dos cônjuges por decorrência de sucessão hereditária ou doação feita a um só deles.

A despeito da distinção de patrimônio, consoante o artigo 1.688, do Código Civil, ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial.

Paralelamente ao regime da separação convencional de bens há o regime da separação obrigatória de bens (art. 1.641 do Código Civil). A própria denominação revela ser uma modalidade imposta pela lei como uma forma de sanção ou como uma regra de proteção a determinadas pessoas. Como se traduz numa forma imperativa, o casamento realizado nessas condições independe de pacto antenupcial.

É no regime da separação de bens obrigatória que a Súmula 377³ se impunha no regime do Código anterior.

5.4. PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS.

Essa modalidade de regime de bens, presente em alguns

³“No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”

países, surge na nossa legislação com o vigente Código, para cuja disciplina foram reservados os artigos 1.672 a 1.686 do Código Civil.

Depende de pacto antenupcial a adoção do regime da participação final nos aquestos, valendo lembrar que os consortes poderão dispor diferentemente quanto aos bens, como a possibilidade de livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares do alienante, dispensando assim a outorga do outro. Caso não façam constar referida reserva, a liberdade de alienar limita-se aos bens móveis (art. 1.673, parágrafo único, do Código Civil).

Explicita o artigo 1.672, do mesmo Código que nesse regime, cada cônjuge possui patrimônio próprio e lhe cabe à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento, com exclusão daqueles que já pertenciam a cada um dos consortes.

A peculiaridade do presente regime está na circunstância da formação, em realidade, de um sistema heterogêneo de patrimônio, que engloba o regime da separação de bens durante o casamento, e outro na dissolução (regime da comunhão parcial), oportunidade em que serão apurados na partilha os bens de cada consorte, cabendo-lhe a metade dos adquiridos pelo casal, a título oneroso.

Nessas condições, a administração do patrimônio que o cônjuge tem ao se casar, bem como aquele adquirido na constância do casamento é feita pelo proprietário dos bens.

Cada cônjuge possui patrimônio distinto durante o casamento, porém, na dissolução deverá ser partilhado o produto do patrimônio adquirido na constância do casamento, exigindo para solução justa, necessária verificação contábil. Dado que a apuração contábil pode ser onerosa e redundar em significativos desentendimentos e considerando a necessidade de não só definir os aquestos como também sua valoração, autores há que vêm

nesse fator um desestímulo à escolha desse regime de bens.

Relativamente às dívidas contraídas por um dos cônjuges somente este responderá, salvo prova de terem revertido, parcial ou totalmente, em benefício do outro (art. 1.677 do Código Civil). Ainda, as dívidas de um dos cônjuges, quando superiores à sua meação, não obrigam o outro ou a seus herdeiros (art. 1.686 do Código Civil).

Pondera Sílvio Venosa⁴ sobre a utilidade do mencionado regime, dirigido em princípio, aos cônjuges que atuam em profissões diversas em economia desenvolvida e já possuem certo patrimônio ao casar-se, ou a potencialidade profissional de fazê-lo posteriormente.

6. MUTABILIDADE DO REGIME DE BENS NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL.

Atualmente é possível aos cônjuges e aos companheiros alterarem o regime de bens anteriormente adotado, por outro que melhor corresponda às necessidades patrimoniais do casal. Com relação ao casamento há previsão legal a teor do artigo 1.639, parágrafo 2º, do Código Civil, que dispõe: “*É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial, em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvado os direitos de terceiros*”⁵

⁴Sílvio de Salvo Venosa. *Direito civil: Direito de família*. 10ª ed.- São Paulo, Atlas, 2010, p.191.

⁵Sobre a motivação do pedido ver Resp. 1.427639/SP, rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, 3ª T., j. 10.03.2015. Também: Apelação 9211765-21.2006.8.26.0000, TJSP, Rel. Des. Antonio Vilenilson. 9ª Câmara de Direito Privado. j. 16/10/2007.

Enunciado no 113 da I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal: “*É admissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com a ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade*”.

Depreende-se do dispositivo legal que a mudança depende de autorização judicial, sendo vedada, portanto, a via administrativa. Entendemos que não se justifica tal exigência a uma porque para a escolha do regime inicial não há qualquer interferência do Estado, sendo livre aos nubentes a opção pelo regime de bens, de acordo com sua vontade e a duas porque, sendo relação patrimonial não se justifica qualquer ingerência na autonomia da vontade dos cônjuges, mantendo hígido o princípio da menor interferência estatal nas relações privadas.

Nesse sentido é a possibilidade, como já dissemos, dos cônjuges promoverem, extrajudicialmente, a dissolução do casamento. Melhor seria, pois, que a mudança do regime de bens seguisse na mesma linha, facultando aos consortes promovê-la, se desejarem, em cartório de notas.

Lavrada a escritura pública de mudança de regime de bens no casamento deveria ser levada a registro no Cartório de Registro de Imóveis do domicílio do casal, conforme artigo 167, I, n. 12 e II, n. 1, da lei de Registros Públicos⁶, Lei 6.015/73 e artigo 1.657⁷ do Código Civil.

O requisito da motivação, por igual, não deveria existir porque transfere ao julgador que, por sentença em procedimento de jurisdição voluntária, avalia a manifestação de vontade, livremente expressada e sobre a qual não deveria existir fiscalização *a priori*, preservando, assim, a autonomia privada e a privacidade dos cônjuges.

⁶ Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos.

I.O registro:

.....
12) das convenções antenupciais;

.....
II - a averbação:

1) das convenções antenupciais e do regime de bens diversos do legal, nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais pertencentes a qualquer dos cônjuges, inclusive os adquiridos posteriormente ao casamento;

⁷Art. 1.657. As convenções antenupciais não terão efeito perante terceiros senão depois de registradas, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges.

De mais a mais os cônjuges alteram o regime de bens porque isso atende mais satisfatoriamente aos seus interesses econômicos.

A eventual existência de quaisquer vícios, má fé ou abuso no direito por um dos consortes sobre o outro no acordo, podem ser sanados por meio do Poder Judiciário.

Para a união estável não há exigência legal, podendo, destarte, os conviventes, alterarem o regime de bens por escrito particular, sem maiores formalidades. No entanto, para efeito com relação a terceiro imprescindível a publicidade.

Como não existe norma específica sobre a questão, sugerimos que o registro seja feito no Cartório de Títulos e Documentos, à semelhança dos instrumentos particulares, cujo registro está previsto no art. 127, I, da Lei 6.015/73⁸.

Entendemos ainda que, se os conviventes já tiverem feito opção por regime de bens, mediante contrato registrado no Cartório de Títulos e Documentos, poderão fazer a alteração, averbando à margem do registro anterior a alteração que lhes aprouver do regime (artigo 128, da Lei 6.015/73⁹). E, se não fizeram nenhuma opção e estiver prevalecendo o regime da comunhão parcial, nos termos do artigo 1.725 do Código Civil, poderão registrar a nova opção no Cartório de Títulos e Documentos, nesse caso, com fundamento no artigo 127, da Lei 6.015/73.

7. ORIENTAÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL.

A doutrina nos fornece subsídios para a compreensão dos efeitos da mudança do regime de bens. Embora, em regra, os autores façam referência ao casamento, nada obsta que regras

⁸Art. 127. No Registro de Títulos e Documentos será feita a transcrição.

I- dos instrumentos particulares, para a prova das obrigações convencionais de qualquer valor.

⁹Art. 128. À margem dos respectivos registros, serão averbadas quaisquer ocorrências que os alterem, quer em relação às obrigações, quer em atinência às pessoas que nos atos figurarem, inclusive quanto à prorrogação dos prazos.

semelhantes sejam aplicadas à união estável, em função do artigo 1.725 do Código Civil¹⁰.

Oportuno, nos parece, expor algumas opiniões abalizadas sobre o tema, antes de nos posicionarmos.

Preleciona Maria Helena Diniz¹¹ que: *“nas relações entre cônjuges, a sentença homologatória da alteração do regime terá, após o trânsito em julgado, para alguns autores, efeito ex tunc, conseqüentemente o novo regime retroagirá à data das núpcias, a não ser que haja disposição em contrário dos consortes, mas seu efeito em relação a terceiros é ex nunc, visto que poderá prejudicar credores, que, então, arguirão fraude na execução”*. Acrescenta mais adiante que: *“Esse contrato, feito por escritura pública ou por instrumento particular, deverá apresentar todos os elementos exigidos para a validade negocial, e ser levado ao assento no Cartório de Títulos e Documentos para produzir efeitos erga omnes. (CDT Boletim, 9:33-4). Esse pacto convivencial poderá ser alterado, total ou parcialmente, qualquer momento.”*

Por seu turno, a mudança também cabe na união estável. Sob esse aspecto assevera Maria Berenice Dias¹² que: *“na união estável existe essa mesma possibilidade. A qualquer tempo os conviventes podem, imotivadamente, por meio de sucessivos contratos de convivência, modificar o que quiserem sobre o regime de bens. E não reconhecer que existe a mesma liberdade no casamento gera injustificável desequiparação entre os dois institutos. Os companheiros sempre gozaram de maior mobilidade no tocante aos bens. Sem maiores traumas, na união estável é possível a alteração, a qualquer tempo, das disposições de caráter patrimonial, inclusive com efeito retroativo, mediante*

¹⁰ Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

¹¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Direito de família*. 30ª Ed. - São Paulo, Saraiva, 2015, p. 185 e 479.

¹² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª Ed. - São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 333.

singelo acordo despido de formalidades. Não é necessária nem chancela judicial, tampouco pública escritura ou qualquer outra modalidade de publicização”.

Nas palavras de Paulo Nader¹³:*“Indaga-se, doutrinariamente, se a mudança do regime de bens produz efeitos retroativos (extunc) ou não (ex nunc), ou seja, se alcança o patrimônio existente à época do ajuizamento do pedido. A não-atribuição de efeitos retroativos implicaria mutação parcial e o casamento ficaria sob o controle de dois regimes de bens, tendo o trânsito em julgado da sentença como um divisor de águas: os bens anteriormente existentes continuariam sob o regime adotado no casamento, enquanto os adquiridos posteriormente, sob o novo regime.”*

Pondera Luciano Lopes Passarelli¹⁴, que: *“Tenho, pois, como melhor a posição adotada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que decidiu que a alteração do regime de bens pode ser efetuada a qualquer tempo, com efeitos retroativos à data da celebração do casamento, ressalvados direitos de terceiros”* (ap. Cível nº 70.006.423.891, 7ª Câmara Cível, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. em 13.08.2003).

Dissertando sobre o tema, Cristiano Chaves¹⁵, afirma: *“ainda sobre a sentença, há grande dificuldade em apontar se os seus efeitos serão retroativos ou não retroativos. Com efeito, imaginando se tratar de modificação de um regime de comunhão para uma separação absoluta é de se lhe reconhecer efeitos ex nunc, não retroativos, sendo obrigatória a realização da partilha. De outro modo, hipoteticamente admitida a mudança de um regime separatório para a comunhão universal,*

¹³NADER, Paulo. *Curso de direito civil: Direito de família*. 3ª Ed. – Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 359/360.

¹⁴PASSARELLI, Luciano Lopes. *Artigo: Modificação do regime de bens no casamento - Aspectos gerais e reflexos no patrimônio imobiliário do casal*. Disponível em <http://arpenp.org.br/principal/index.cfm?tipo_layout=sistema&url=noticia_mostror.cfm&id=8015> Acesso em 28.02.2016

¹⁵FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: famílias*. 7ª Ed. – São Paulo, Atlas, 2015, p. 290/291.

naturalmente, vislumbra-se uma eficácia retroativa, ex tunc. Assim, entendemos que dependerá do caso concreto a retroação, ou não, dos efeitos da sentença. De qualquer modo, é certa a possibilidade de os interessados requererem, expressamente, ao juiz que estabeleça a retroação da eficácia do comando sentencial, optando pelos efeitos ex tunc. Outrossim, no que tange à esfera jurídica de interesses de terceiros, a eficácia será, invariavelmente, ex nunc, não retroativa”.

Nas palavras de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona ¹⁶:
“Anotamos ainda que, no que se refere aos efeitos da sentença que altera o regime de bens, posto a doutrina não adote posição única e em uníssono, entendemos que a sua eficácia é retroativa”.

E por uma razão muito simples.

Quando os cônjuges pretendem modificar o seu regime, o patrimônio atingido, que sofrerá a incidência do novo regramento é, por óbvio, aquele existente até a data da sentença de mudança.

Ora, com isso, é forçoso convir que os bens e valores amealhados – em conjunto ou separadamente – pelos consortes até o momento da mudança serão atingidos pelo pronunciamento judicial, submetendo-se, pois, a novo regramento.

Sob esse aspecto, a sentença, pois, necessariamente, incide no patrimônio anterior.

Daí por que a sua eficácia é *ex tunc*”.

Quanto à jurisprudência, reproduzimos, nesse passo, a orientação de alguns julgados.

No Recurso Especial n. 1.533.179/RS, anotou o Rel. Ministro Marco Aurélio Bellize a divergência, relativamente, aos efeitos decorrentes da mudança do regime de bens ao ponderar que: *“Por sua vez, a questão da fixação do termo inicial dos*

¹⁶ STOLZE, Pablo Gagliano e FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional*. 2ª Ed. – São Paulo, Saraiva, 2012, p. 336.

efeitos da alteração do regime de bens ainda suscita discussão no campo doutrinário e jurisprudencial: retroação à data do casamento (eficácia ex tunc) ou a partir da data do trânsito em julgado da decisão judicial que o alterou (eficácia ex nunc). Para aqueles que defendem a eficácia extunc, o principal argumento é de que o regime de bens do casamento deve ser único ao longo de toda a relação conjugal. Entre eles, destaca-se a abalizada opinião de Luiz Felipe Brasil Santos, entre outros. Já para os simpatizantes da segunda corrente, eficácia ex nunc, os bens adquiridos antes da prolação da decisão judicial que alterar o regime de bens permanecerão sob os ditames do pacto anteriormente estipulado, incidindo o novo regime tão somente sobre os bens adquiridos e os negócios jurídicos contratados após a decisão que autorizar, nos termos do referido art. 1.639, § 2º, do CC de 2002, a modificação do regime de bens, ou seja, a mudança valerá apenas para o futuro. Filiam-se a esse entendimento, juristas como Nelson Nery Junior e Milton Paulo de Carvalho Filho”. Afirma, também, o relator: “No âmbito desta Corte, tem prevalecido a orientação de que os efeitos da decisão que homologa a alteração do regime de bens operam-se a partir de então, ex nunc, ficando regidos os fatos anteriores e os efeitos pretéritos pelo regime de bens então vigente”. Conclui: “Pelo exposto, dou provimento ao recurso especial para julgar integralmente procedente o pedido inicial, a fim de permitir que, após o trânsito em julgado da sentença que autorizou a alteração do regime de bens do casamento de comunhão parcial para separação total, possam os autores, ora recorrentes, realizar a partilha dos bens adquiridos na constância do regime anterior, resguardados os interesses de terceiros.” (Terceira Turma, j. 08.09.2015).

No mesmo sentido o REsp 1300036/ MT, cuja ementa segue transcrita:

Recurso especial. Civil e processual civil. Direito de família. Dissolução do casamento. Alteração do regime de bens. Termo inicial dos seus efeitos. Ex nunc. Alimentos. Razoabilidade.

Binômio. Necessidade. Possibilidade. Conclusões alcançadas pelo corte de origem. Impossibilidade de revisão na via eleita. Súmula 7/STJ.

1. Separação judicial de casal que, após período de união estável, casou-se, em 1997, pelo regime da separação de bens, procedendo a sua alteração para o regime da comunhão parcial em 2007 e separando-se definitivamente em 2008. 2. Controvérsia em torno do termo inicial dos efeitos da alteração do regime de bens do casamento ("ex nunc" ou "extunc") e do valor dos alimentos. 3. Reconhecimento da eficácia "ex nunc" da alteração do regime de bens, tendo por termo inicial a data do trânsito em julgado da decisão judicial que o modificou. Interpretação do art. 1.639, § 2º, do CC/2002. 4. Razoabilidade do valor fixado a título de alimentos, atendendo aos critérios legais (necessidade da alimentanda e possibilidade do alimentante). Impossibilidade de revisão em sede de recurso especial. Vedação da Súmula 07/STJ. 5. Precedentes jurisprudenciais do STJ. 6. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª T., j. 13.05.2014.

O Tribunal de Justiça de São Paulo admitiu efeito retroativo, em acórdão da lavra do Desembargador Theodureto Camargo, como indica o texto da ementa:

“Regime de bens do casamento – Modificação do regime de separação obrigatória para o da comunhão universal – Possibilidade, em face da alteração que a lei 12.344/2010 impôs ao inciso II do art. 1.641 do CC – Enunciado 262 do CEJ – precedente - Efeitos retroativos à data do casamento, resguardados os direitos de terceiros e os atos jurídicos perfeitos - Sentença parcialmente reformada – Recurso provido”¹⁷

¹⁷ Para melhor compreensão da hipótese transcrevemos trecho do acórdão: “*Oded e Mara contraíram núpcias em 20 de dezembro de 2008 sob o regime da separação obrigatória por força de lei, uma vez que, na ocasião, tanto ele quanto ela tinham mais de 60 anos de idade. Sucede, porém, que a regra inscrita no inciso II do art. 1.641 foi modificada pela Lei 12.344/2010, que passou a exigir o regime da separação obrigatória de bens apenas na hipótese de casamento de pessoa maior de 70 anos. Sendo assim, uma vez superada a causa que impôs o regime de bens do matrimônio do casal, nada impede a respectiva alteração, consoante, aliás, orientação traçada pelo Enunciado nº 262 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, que, embora não faça referência ao casamento dos sexagenários, a ele pode ser estendida. Mais adiante, conclui: Portanto, se, como regra, a alteração*

8. NOSSA POSIÇÃO.

Coerente com o que até agora desenvolvemos, fixaremos algumas balizas. Primeiramente, entendemos que há no casamento e na união estável ampla liberdade de estipulação no que tange ao patrimônio e, por consequência, autonomia na alteração do regime de bens anteriormente adotado, seja mediante pacto, seja decorrente da lei. Da mesma forma, deve ser reconhecida ao casal ampla liberdade de escolha dos seus efeitos, podendo, destarte, serem *ex nunc* ou *ex tunc*.

Para melhor compreensão do tema, elencamos as principais probabilidades de combinação e alteração do regime de bens, já declinando que nossa posição, em princípio volta-se para o reconhecimento do efeito *ex tunc*, ressalvados os casos em que o efeito *ex nunc* seja de escolha dos cônjuges ou conviventes, por três razões essenciais:

a) preponderância da autonomia da vontade, no sentido de que o casal possa ter a liberdade de regulamentar seus interesses patrimoniais, privilegiando a possibilidade de reformulação do regime de bens adotado no casamento ou na união estável (*caput*, do art. 1.639 e art. 1.725, ambos do Código Civil).

b) unicidade de regime de bens ao longo do casamento e da união estável. Indaga-se, doutrinariamente, se a mudança do regime de bens produz efeitos retroativos (*ex tunc*) ou não (*ex nunc*), ou seja, se alcança o patrimônio existente à época do ajuizamento do pedido. Entendemos que a atribuição de efeitos *ex*

produz efeitos apenas para o futuro, sem retroagir, admite-se, no caso, que a modificação produza efeitos a partir do casamento civil, como se a Lei 12.344/2010 já estivesse em vigor no momento em que se casaram, ressalvados, no entanto, os direitos de terceiros e os atos jurídicos perfeitos. Nesses termos, a r. sentença recorrida deve ser parcialmente reformada, para reconhecer expressamente a alteração do regime de bens do casal de separação total de bens para o da comunhão universal, com efeitos retroativos à data do casamento civil, resguardados os direitos de terceiros. (Apelação n. 0057768-89.2011.8.26.0100, 9ª C de Direito Privado do TJSP, j. 27/01/2015)

nunc na mudança de regime acarretaria alteração parcial e o casamento ficaria sujeito a dois ou mais regimes, provocando confusão patrimonial.

Suponha que os conviventes durante o relacionamento alterem por mais de duas vezes o regime de bens. Estaríamos diante de uma situação inusitada, com vários regimes de bens dentro de um mesmo relacionamento, sem que se possa definir com precisão quais bens comporiam cada um dos regimes. O montante de cada uma das partes seria apurado somente na dissolução da sociedade ou transmissão por morte, oportunidade em que a verificação efetiva do patrimônio pode ser tornar inviável. Entendemos mais lógico que a unicidade do regime seja a tônica, de sorte que o regime sempre será único. Cada mudança implica em retroatividade e adequação do patrimônio ao novo regime.

c) há, dentre as várias possibilidades, uma que, invariavelmente, tem efeito *ex tunc* e ocorre quando se admite o regime da comunhão universal de bens em substituição a qualquer outro. Em realidade, o efeito será sempre *ex tunc* da mudança quando se comutar um regime com menor comunicabilidade para um regime de total comunicabilidade (comunhão de bens), inexistindo possibilidade de se optar pelo efeito *ex nunc*.

Quando houver substituição de um regime de menor comunicabilidade para um regime de maior comunicabilidade, desde que não seja o de comunhão de bens o efeito será *ex tunc*, porém não obrigatório, podendo as partes optar pelo efeito *ex nunc*, contanto que pactuado expressamente. Como exemplo, temos o caso da mudança do regime da separação de bens para o da comunhão parcial (menor comunicabilidade para maior comunicabilidade). Se, no entanto a substituição for de um regime com maior comunicabilidade para um regime de menor comunicabilidade, o efeito continua sendo *ex tunc*, porém poder-se-á optar pelo efeito *ex nunc*, uma vez que expressa essa vontade, importando nesse caso que se estabeleça o equilíbrio, mediante

partilha de bens anteriores à mudança restritiva. Para que se mantenha a coerência, a segurança jurídica das partes e adequada interpretação sistemática do direito, o efeito terá que ser um só, não se sujeitado às vicissitudes de um julgamento, mas tão somente à vontade do casal. Esse efeito entendemos é o *extunc*, uma vez que o regime é único para toda a união, independentemente de ter sido alterado no curso do relacionamento.

Esclarecemos que o regime da separação obrigatória de bens, não foi objeto de item específico em razão de vedação legal, prevista no artigo 1.641, do Código Civil. Depreende-se desse dispositivo que o inciso II tem caráter insuperável, vedada de toda maneira a mutabilidade, porém em relação aos incisos I e III, do mesmo artigo, se desaparecerem as motivações ali referidas é possível a mutabilidade¹⁸.

Vale ressaltar que as pessoas quando buscam a mudança do regime de bens é porque não lhes serve mais o anterior. Não tencionam encerrar a sociedade conjugal, efetuando ou não o divórcio com eventual partilha, mas sim pretendem continuar casados, sob um novo acerto econômico por meio da mudança do

¹⁸ REsp 821.807/PR. Rel. Min. Nancy Andrighi – J. 19.10.2006, DJ 13.11.2006, pág. 261, 3ª turma. 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.

regime de bens. Se o casal busca alterar o regime para a comunhão universal, evidente que o objetivo é beneficiar o cônjuge ou o companheiro. Por outro lado, se não mais desejam a interferência em sua vida amorosa de questões patrimoniais, podem optar pela mudança, adotando o regime da separação de bens, preservando, com isso, a unidade de sentimentos e a separação do patrimônio.

É tempo de mudar a visão que se tem sobre a alteração do regime de bens. Se ela decorre do acordo livre de vontades, não há porque suspeitar do locupletamento de um dos cônjuges ou companheiro sobre o outro, suspeita essa que se depreende da leitura de muitos dos julgados sobre o tema.

Segue, nos próximos itens, análise das probabilidades de mudança do regime de bens, cujo objetivo não é dar a última palavra sobre o tema, mas colaborar com a solução da questão concernente à interpretação dos efeitos, quando silente o pacto, bem como identificar a dificuldade que, em alguns casos haverá, na prática, ao se aplicar um ou outro efeito.

8.1. MUDANÇA DO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL PARA O DA SEPARAÇÃO DE BENS.

O patrimônio amealhado durante o regime da comunhão parcial de bens, pertence em comum ao casal. Se pretenderem alterar o regime para separação de bens, tem-se uma questão fática a ser resolvida: o patrimônio¹⁹.

¹⁹ Elucidativa é a ementa do julgado sobre o tema: Procedimento de jurisdição voluntária de alteração de regime de bens entre cônjuges. Código Civil, § 2º do art. 1.639. Se o regime vigente é o da comunhão, ainda que parcial, e o que se pretende é o da separação total, por imperativo de lógica há que se fazer partilha de bens. Decisão que determina o contrário que, por isso, se reforma. Cautelas impostas pelo acórdão, a par das já determinadas em primeiro grau (certidões, editais, etc.): apresentação de certidões de distribuidores forenses e de Cartórios de Protestos, expedição de ofícios à Receita Federal, observância do procedimento de inventário e partilha (CPC, arts. 982 e seguintes), avaliação do real valor do patrimônio comum, etc. Agravo provido, com

Tendo em vista que no regime da separação de bens, cada qual é titular do seu patrimônio, como conciliar com a existência de patrimônio comum quando da mudança.

De observar que o regime passa a ser o da separação de bens que retroage desde o início do casamento ou da união estável, com uma relevante questão que deve ser solucionada, ou seja, a partilha dos bens, a fim de que cada qual tenha seu próprio patrimônio, condizente, destarte, com o novo regime adotado.

tais determinações. Consta do corpo do Acórdão importantes considerações que acreditamos oportuno transcrever: Cautelas que, observo, não de ser maiores quando se cuide da alteração de regime teoricamente mais favorável a credores, como o da comunhão, mesmo que parcial, de bens, para regime em que o patrimônio será separado. É o caso dos autos. Mormente porque não faria sentido, aquilo que, afinal de contas, resultaria da manutenção da decisão agravada, a saber, a persistência de dois regimes de bens entre os cônjuges, da comunhão parcial quanto aos bens pretéritos à alteração e da separação quanto aos posteriores. É, data máxima vênia, portanto, imperativo de lógica que se proceda à partilha negada em primeira instância. Assim, a doutrina de Francisco José Cahali, invocada na minuta recursal: “No particular, considero que, se houver opção por qualquer dos regimes que o Código regula, a retroatividade é decorrência lógica, pois, p. ex., se o novo regime for o da comunhão universal, ela só será 'universal' se implicar comunhão de todos os bens. Impossível seria pensar em comunhão universal que implicasse comunicação apenas dos bens adquiridos a partir da modificação. Do mesmo modo, se o novo regime for a separação absoluta, necessariamente será retroativa a mudança, ou a separação não será absoluta! E mais: se o escolhido agora for o da separação absoluta, imperiosa será a partilha dos bens adquiridos até então, a ser realizada de forma concomitante à mudança de regime (repito: sem eficácia essa partilha com relação à terceiros). (Família e Sucessões no Código Civil de 2002, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, pág. 108).” (fls. 12). Assim também a jurisprudência anotada por Theotonio Negrão: “Regime de bens. Pretensão da mudança de comunhão parcial para separação de bens. Necessidade de as partes procederem ao inventário e à partilha de eventuais bens adquiridos após o casamento, a ser homologada pelo juiz, antes da expedição do mandado de averbação ao registro civil de pessoas naturais. A separação de bens não retroage à época da celebração do casamento, passando a vigorar daqui para diante.” (JTJ 329/566: AP 561.634-4/0-00)” Código Civil, 32ª ed., pág. 589. Nessa linha, ainda, os precedentes desta Corte mencionados na minuta recursal (Ap. 0342317-28.2009, Elcio Trujillo; Ap 536.900-4, Paulo Eduardo Razuk). Pois bem, em sendo assim, de se reformar a r. decisão recorrida, para deferir-se o que pretendem os agravantes, isto é, que se proceda ao inventário e à partilha dos bens comuns, de modo que sejam, com igualdade, divididos entre os agravantes. Rel.Cesar Ciampolini, 10ª C. de Direito Privado do TJSP, j. 21.05.2013.

Com essa mudança considera-se que o casal adotou o regime da separação de bens desde o início, com uma intercorrência que é a partilha de bens.

Em razão da necessidade da partilha muitos autores reconhecem nesse caso efeitos *ex nunc*, todavia o real efeito é *ex tunc*, porque o regime da separação de bens passará a ter validade para todo o período da união.

Consoante o critério que adotados houve a substituição de um regime de maior comunicabilidade para um de menor comunicabilidade, cujos efeitos são *ex tunc*, com possibilidade de escolha de efeitos *ex nunc*, desde que pactuados por escrito público ou particular. De fato, se as partes resolveram estabelecer referido efeito *ex nunc*, em verdade, conceberam um regime híbrido, consoante permitido no caput do artigo 1.639, do Código Civil²⁰.

8.2. MUDANÇA DO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS PARA COMUNHÃO UNIVERSAL.

Sobressai aqui que, os efeitos dessa mudança serão *ex tunc*, pela própria natureza do regime da comunhão universal de bens.

O que ocorre é que com a adoção da comunhão universal deixam de existir três patrimônios distintos, próprios do regime da comunhão parcial de bens (do casal e de cada cônjuge ou companheiro), passando a existir uma massa patrimonial única.

Com essa mudança não haverá mais patrimônio particular, salvo as exceções previstas no art. 1.668, do Código Civil.

²⁰ Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

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

§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

(nota de rodapé nº 2). Assim, adotado o regime da comunhão universal em substituição ao regime da comunhão parcial, tem-se com casados ou companheiros desde o início, revelando nítida retroação (efeito *ex tunc*), com impossibilidade de efeitos sem retroação. (*ex nunc*).

Em suma, segundo a posição que adotamos teremos, por consequência, um regime de menor comunicabilidade passando para um regime de total comunicabilidade, fato que inviabiliza a opção do efeito não retroativo.

8.3. MUDANÇA DO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS PARA O DA PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS.

Há relativa semelhança entre esses dois regimes de bens, porque ambos possuem comunicabilidade do patrimônio conquistado durante a relação, porém diferenciam-se no momento em que ocorre a referida verificação, sendo que no regime da comunhão parcial de bens essa comunicabilidade é imediata e continuada durante o casamento ou união estável, ao passo que no regime da participação final nos aquestos a comunicabilidade se dá quando do encerramento da sociedade conjugal, com a partilha do patrimônio adquirido em comum (aquestos), dividido pela metade.

O efeito aqui, seguindo a regra, será *ex tunc*, porém há necessidade de se efetivar a partilha do patrimônio no momento da mudança. Isso porque durante o regime da comunhão parcial o patrimônio conquistado durante o casamento ou união estável, como já se disse, é comum, ao passo que no regime da participação final nos aquestos, durante a relação o regime assemelha-se ao da separação de bens e, portanto, não há comunicabilidade.

Como o regime passa a ser o da participação final nos aquestos haverá uma imperiosa necessidade de se saber qual é o patrimônio de cada um dos cônjuges para poder se aferir a sua

evolução, a fim de que se realize ao final da união a meação somente dos aquestos.

Amparados na orientação por nós adotada, nesse caso, temos a mudança de um regime de maior comunicabilidade (comunhão parcial de bens) para um de menor comunicabilidade (participação final nos aquestos) o que se conclui dos artigos 1.681 e 1.684 do Código Civil.

Para esclarecer a mudança restritiva, vale lembrar aqui, que o regime da participação final nos aquestos tem nítida similitude com o da separação de bens durante a vigência da união, uma vez que a verificação do montante dos aquestos será realizada somente no encerramento da vida em comum.

Reiteramos, pois, o efeito *ex tunc* dessa alteração de regime, com necessária partilha.

8.4. MUDANÇA DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS PARA O DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS.

Na presente situação ocorre a mudança de um regime de bens com menor comunicabilidade para outro de maior comunicabilidade.

No regime da separação de bens temos dois patrimônios completamente distintos que formarão, com a alteração do regime, três massas patrimoniais, a saber, a de cada cônjuge ou convivente que já possuía antes da união e a que lhes sobrevier por motivos anteriores ao casamento ou por herança e o patrimônio comum do casal adquirido na constância do casamento ou união estável. Os efeitos dessa mudança retroagirão à data do casamento ou união estável e não à data da mudança do regime de bens, pois, como propusemos como regra, o efeito é *ex tunc*.

Após a modificação do regime, todo o patrimônio ameaçado durante a relação passará a ser comum, sem que isso represente qualquer prejuízo a terceiros que tenham contratado

com somente um dos cônjuges ou companheiros, dado que será ineficaz, em face deles, quaisquer modificações que lhes traga prejuízo.

Nessa mudança ter-se-ão os efeitos *ex tunc*, com desnecessidade de qualquer intercorrência.

8.5. MUDANÇA DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS PARA O DA COMUNHÃO UNIVERSAL.²¹

Estamos diante da substituição de um regime sem comunicabilidade para um regime de total comunicabilidade, com as exceções previstas no art. 1.668 do Código Civil, o que implica efeito *ex tunc*, sem qualquer possibilidade de opção pelo efeito *ex nunc*.

Explicamos: no regime da separação convencional de bens os cônjuges ou companheiros o escolheram para reger sua vida patrimonial, no sentido de que cada qual preserve a sua individualidade econômica. Portanto, é um sistema sem comunicabilidade como dissemos. Com a modificação para o regime da

²¹ Embora cuidar a hipótese de casamento contraído sob o regime da separação de bens por imposição legal, entendemos merecer destaque a questão da retroatividade. EMENTA: Alteração de regime de bens de casamento, de separação total para comunhão universal de bens, em face da permissão contida no § 2º, do art. 1.639, do novo CC pretensão de que a alteração retroaja à data da celebração do casamento circunstâncias excepcionais que justificam o pleito superada a causa que impôs o regime da separação de bens (suprimento judicial por ausência de idade núbil da virago) pedido motivado e apuração da procedência das razões invocada admissibilidade eventuais direitos de terceiros que devem ser ressaltados. Apelo provido, com observação. Extraí-se do acórdão: Portanto, tendo em vista que o casamento dos apelantes sob o regime de separação de bens se deu em virtude de imposição legal eis que a virago não tinha à época idade núbil, sendo imprescindível o suprimento judicial e, levando-se em conta que já se encontra superada a causa que impôs aquele regime, havendo motivação plausível de ambos os cônjuges, nada obsta o reconhecimento do pleito dos apelantes, reconhecendo-se excepcionalmente que o efeito da alteração do regime de bens, de separação total para comunhão universal de bens, retroagirá à data da celebração do casamento, ressaltados eventuais direitos de terceiros. Apelação n. 9172577-84.2007.8.26.0000. Rel. Testa Marchi, 10ª C. de Direito Privado do TJSP, j. 09.06.09.

comunhão total, a comunicabilidade da mesma forma é total. É variação de um extremo ao outro. As partes deixam para trás a incomunicabilidade que poderíamos considerar total, para adotarem a comunicabilidade, também total.

Seguindo a regra que sugerimos, os efeitos são *ex tunc*, sem a possibilidade de atribuição de efeitos *ex nunc* pela vontade das partes.

8.6. MUDANÇA DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS PARA O DA PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS.

Revela-se aqui a mudança de um regime de bens com menor comunicabilidade para um sistema de maior comunicabilidade.

Temos inicialmente um regime (separação) em que os patrimônios são distintos na sua integralidade, distinção essa que perdura durante e após o término da relação, passando para o regime (comunicação final nos aquestos) em que existe a distinção de patrimônios durante a convivência, havendo a comunicação obrigatória com o fim do relacionamento.

Podemos, assim, traçar um paralelo entre os dois regimes durante a convivência, pois em ambos não há comunicabilidade. Todavia ao término da relação não se tem comunicabilidade no regime da separação de bens, mas essa comunicabilidade se verifica no regime da participação final nos aquestos, confirmando a mudança de menor para maior comunicabilidade.

Considerando as ponderações lançadas, o efeito da mudança é *ex tunc*, com inviabilidade da opção do efeito não retroativo, havendo necessidade, entretanto, da perfeita averiguação da evolução patrimonial dos cônjuges ou conviventes durante todo o período da união, sob o regime da separação, para perfeita adequação ao novo regime adotado.

Não há que se falar em partilha.

8.7. MUDANÇA DO REGIME COMUNHÃO UNIVERSAL PARA O DA SEPARAÇÃO DE BENS.

Apresenta-se, nesse passo, a mudança de um regime de bens com maior comunicabilidade (comunhão universal) para um regime de menor comunicabilidade (separação de bens).

Temos aqui novamente uma mudança de extremos, ou seja, da comunicação total de bens para a incomunicabilidade, também, total de bens.²²

²² Colhe-se da jurisprudência sobre o tema: Ementa *Família - Regime de Bens Alteração Possibilidade Presença dos requisitos constantes do art. 1.639, §2º do Código Civil. Pedido de partilha do acervo patrimonial. Acolhimento Inteligência da Lei nº 11.441/07 - Cônjuges que poderão administrar de forma independente o próprio patrimônio Recurso provido.* Do acórdão extraímos: *Mas, se a pretensão posta nos autos era a modificação do regime da comunhão universal para a separação total permitindo a cada cônjuge a administração independente do próprio patrimônio, o atendimento apenas parcial do pedido esvazia a prestação jurisdicional. É certo que, em casos de alteração de regime de bens, o que importa é que os direitos de terceiros fiquem devidamente resguardados, o que já está garantido no caso presente, vez que a modificação ora deferida somente produz efeitos ex nunc. Assim, o pedido de partilha de todos os bens adquiridos pelo casal até o trânsito em julgado desta decisão demonstra verdadeira pretensão de fazer uma “partilha amigável”, o que está expressamente previsto em texto de lei (Lei nº 11.441/07) e é inclusive recomendável, posto que fundamento para o pleito formulado nestes autos. Destarte, se as partes são maiores e capazes e estão assistidas por seus patronos, inexistente óbice ao acolhimento integral do pedido inicial, de forma que proponho a reforma da decisão para autorizar a partilha extrajudicial do acervo patrimonial comum. (Apelação nº 0053352-44.2012.8.26.0100, Rel. Luiz Antonio Costa, 7ª C. de Direito Privado, j. 18.12.2013. No mesmo sentido: *Família. Alteração de regime de bens. Art. 1.639, §2º, do Código Civil. Matrimônio contraído em 1.998, sob o regime de comunhão parcial de bens que se pretende modificar para o da separação total de bens. Admissibilidade. Pedido de partilha de bens que não encontra óbice na medida em que garantido o direito de terceiros até a data da modificação. Emenda da inicial afastada no particular. Acentuação da exigência de documentos adicionais para a comprovação da situação financeira dos agravantes e preservação de interesses de terceiros. Recurso parcialmente provido. Agravo nº. 0139350-52.2013.8.26.0000. Rel. Maia da Cunha. 4ª C. de Direito Privado, j. 22.08.2013. Ainda: *Valor a causa - Alteração do regime de bens do casamento - Pretensão à mudança de comunhão universal para separação de bens - Necessidade de se promover o inventário e partilha dos bens - Valor da causa que deve corresponder ao dos bens do casal - Agravo desprovido. Agravo n. 0445407-18.2010.8.26.0000. Rel. Luiz Antonio de Godoy. 1ª C. de Direito Privado do TJSP, j. 16/11/2010.***

Nesses casos de restrição da comunicabilidade, os efeitos não deixam de ser *ex tunc*, entretanto para a adequação ao novo regime escolhido há necessidade da partilha dos bens, de tal sorte que se adeque mediante essa intercorrência ao novo regime escolhido de forma equânime.

Caso as partes pretendam de forma expressa atribuir à mudança algum efeito *ex nunc*, não haveria necessidade de partilha mas, estaríamos diante da adoção de um regime híbrido (*caput* do artigo 1.639, do Código Civil). para todo o período do relacionamento, como forma técnica de qualificação desse efeito.

8.8. MUDANÇA DO REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL PARA O DA COMUNHÃO PARCIAL.

Nesse caso tem-se a mudança de um regime de bens com maior comunicabilidade, no caso, total comunicabilidade (comunhão universal) para um sistema de menor comunicabilidade (comunhão parcial).

Até o momento da mudança há somente patrimônio comum. Após a mudança passamos a ter três patrimônios: o individual pertencente a cada uma das partes e o do casal.

Nessa mudança, como se tem dito opera o efeito *ex tunc*, de tal sorte que considerar-se-ão casados ou conviventes desde o início do relacionamento sob o novo regime de bens (comunhão parcial). Como houve mudança para um regime de menor comunicabilidade, faz-se necessária a partilha dos bens, de tal sorte que defina o patrimônio de cada qual, iniciando-se depois um novo período em que teremos não mais um, mas sim três patrimônios com já dito.

Na hipótese de as partes desejarem de forma expressa atribuir à mudança algum efeito *ex nunc*, desnecessária a partilha e estaríamos diante da adoção de um regime híbrido (*caput* do

artigo 1.639, do Código Civil) para todo o período do relacionamento.

8.9. MUDANÇA DO REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL PARA O DA PARTILHA FINAL NOS AQUESTOS.

Na hipótese, ocorre a alteração de um regime de bens com maior comunicabilidade (comunhão universal) para outro de menor comunicabilidade (participação final nos aquestos).

Lembramos que, no caso, temos somente patrimônio comum durante o casamento ou união estável, sob o regime da comunhão universal. Com a alteração passamos a ter dois patrimônios distintos, cuja evolução deve ser contabilizada durante a relação, sendo que os aquestos serão partilhados, quando findar o casamento ou a união estável.

Os efeitos, na situação narrada, seguem a regra sugerida, ou seja, *ex tunc* de tal modo que as partes serão consideradas casadas sob o regime da participação final dos aquestos deste o início.

Para que ocorra real adequação, há necessidade da partilha dos bens, a fim de que se coadune ao novo regime eleito de forma equânime e para possibilitar o cálculo da evolução patrimonial para final partilha, quando da dissolução do casamento ou da união estável.

8.10. MUDANÇA DO REGIME DA PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS PARA O DA SEPARAÇÃO DE BENS.

Trata-se de situação em que ocorre a alteração de um regime de bens com maior comunicabilidade (participação final nos aquestos) para outro de menor comunicabilidade (separação de bens).

Releva notar que a mudança dos referidos regimes ocorre

somente por ocasião do término da relação. No pertinente ao primeiro regime citado, bem como no segundo, há perfeita separação de patrimônios, durante o enlace. Mantendo-se o regime da participação final nos aquestos haveria a comunicação da evolução patrimonial, ao passo que com a mudança do regime de bens, para o da separação, os patrimônios que estavam separados durante a relação, após a sua extinção não se comunicarão.

O efeito da mudança é *ex tunc*, representando, na realidade, uma exceção à segunda parte da regra por nós proposta, pois, nesse caso, embora o efeito seja *ex tunc*, considerando a mudança de maior para menor comunicabilidade, não há necessidade de qualquer intercorrência, pois a única coisa que haverá no final do relacionamento é que não ocorrerá o levantamento dos aquestos e sua partilha, mas os patrimônios durante a convivência e após o seu término ficam incomunicáveis.

Na prática é como se não houvesse qualquer alteração, mantendo inalterado o regime após encerramento da relação.

8.11. MUDANÇA DO REGIME DA PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS PARA O DA COMUNHÃO PARCIAL.

Cuida-se de hipótese em que ocorre a alteração de um regime de bens com menor comunicabilidade (participação final nos aquestos) para outro de maior comunicabilidade (comunhão parcial).

Seguindo a posição por nós adotada, os efeitos são *ex tunc*, sem qualquer intercorrência. Entendemos que o patrimônio constituído durante a vigência do casamento ou união estável passa a ser comum com a mudança do regime de participação final nos aquestos para comunhão parcial, não se impondo a necessidade de partilha dos bens.

No caso das partes desejarem de forma expressa atribuir à mudança algum efeito *ex nunc* necessária se faz a partilha, para que se apure os aquestos e sua divisão, bem assim a formação de

três patrimônios distintos próprios da comunhão parcial de bens, sendo certo que nessa hipótese estaríamos, com efeito, diante da adoção de um regime híbrido (*caput* do artigo 1.639 do Código Civil), para todo o período do relacionamento.

8.12. MUDANÇA DO REGIME DA PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS PARA O DA COMUNHÃO UNIVERSAL.

Cuida-se de hipótese em que ocorre a alteração de um regime de bens com menor comunicabilidade (participação final nos aquestos) para outro de maior comunicabilidade (comunhão universal).

Estamos diante da transformação de quatro patrimônios existentes, próprios do regime da participação final nos aquestos, para um único patrimônio comum.

Esclarecemos melhor: os quatro patrimônios são compostos por patrimônios distintos antes do relacionamento e patrimônios distintos após o início da relação, a fim de se apurar os aquestos com perfeição. Com a mudança desaparecem todas essas divisões porque não há mais necessidade de se apurar os aquestos. Todos os patrimônios convergem para um só patrimônio.

Evidenciam-se os efeitos *ex tunc* sem possibilidade de acordarem efeitos *ex nunc*, pois trata-se da mudança de um regime com menor para um regime de total comunicação.

9. MUDANÇA DE REGIME NOS SISTEMAS HÍBRIDOS.

É decorrência da escolha do regime de bens, a combinação dos quatro tipos primários que serviram para exemplificar nosso posicionamento. Se levássemos em consideração mudanças casuísticas dentro dos regimes híbridos, teríamos uma infinidade de probabilidades de mudanças de regime. Mas, ainda assim, entendemos que a regra geral continua aplicável, quando

houver substituição de um regime com menor para um de maior comunicação, cujos efeitos serão *ex tunc*, sem necessidade de qualquer intercorrência. E, se a mudança for de regime de maior para menor comunicabilidade haverá a necessidade da intercorrência que, em regra, dá-se pela partilha.

Esses infundáveis casos impõem uma análise específica da situação concreta para, ao final, avaliar a ocorrência de uma mudança de comunicabilidade maior para menor ou vice-versa, para após conferir efeitos *ex tunc* com ou sem intercorrência.

10. PROTEÇÃO DE TERCEIROS.

Vimos que qualquer mudança tem efeitos *ex tunc* com ou sem intercorrência, com relação aos cônjuges ou companheiros. Por óbvio, essa mudança não pode atingir interesse de terceiros que contrataram sob o regime anterior. Daí porque, embora os efeitos sejam *ex tunc*, em havendo prejuízo de terceiro a mutabilidade não será considerada nula nem anulável, mas sim ineficaz com relação a esses terceiros. Nessas condições os credores de qualquer dos cônjuges, companheiros ou do casal não serão afetados pela mudança do regime, mesmo porque violaria os princípios do direito contratual, notadamente, o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos.

11. CONCLUSÕES.

O estudo teve propósito de ser mais um a contribuir para o esclarecimento dos efeitos da mudança do regime de bens. De tudo quanto apresentamos como argumentação, podemos concluir que:

1. Há possibilidade de alteração do regime de bens quer no casamento quer na união estável.
2. A mudança do regime de bens no casamento deveria ser feita sem a intervenção do Poder Judiciário ou necessidade

de justificar os motivos, nos moldes adotados quando da escolha do regime de bens, por meio do pacto antenupcial ou do contrato de união estável.

3. A alteração do regime de bens no casamento poderia ser implementada por instrumento público, registrado da mesma forma adotada com relação ao pacto antenupcial. Já na união estável, a mudança de regime comportaria duas formas: por instrumento público ou particular levado a registro no Cartório de Títulos e Documentos.

4. Em regra, toda e qualquer alteração do regime de bens no casamento e na união estável tem efeito *ex tunc*, para a manutenção da coerência do sistema. Eventuais efeitos *ex nunc* devem ser pactuados expressamente e considerados possíveis materialmente.

5. A premissa fundamental consiste na classificação da mudança em relação à comunicabilidade, ou seja, regimes com maior possibilidade de comunicação de bens e regimes com menor comunicabilidade. Escudados nesse argumento assentamos duas probabilidades: a) mudança de regime de menor comunicabilidade para maior comunicabilidade e, b) mudança de regime de maior comunicabilidade para o de menor comunicabilidade.

6. Coerente com a primeira probabilidade, toda vez que houver a mudança do regime de bens de menor comunicabilidade para maior comunicabilidade, em geral, não há necessidade de qualquer intercorrência e os efeitos são *ex tunc*.

7. De acordo com a segunda probabilidade, se a mudança for de maior comunicabilidade para o de menor comunicabilidade, os efeitos serão, também *ex tunc*, mas para preservação da equidade, haverá necessidade de uma intercorrência que, em princípio, entendemos ser a partilha de bens.

8. Há maior dificuldade de classificação na mudança de maior ou de menor comunicabilidade nos casos dos regimes

mistos, ou seja, aqueles que não são os quatro primários, obrigando o exame de cada caso concreto, para se aferir a maior ou menor comunicabilidade na mudança.

9. Em relação a terceiros não ocorre anulabilidade ou nulidade do novo pacto, mas sim ineficácia, no caso de prejuízo.



12. BIBLIOGRAFIA.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª Ed. - São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Direito de família*. 30ª Ed. - São Paulo, Saraiva, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: famílias*. 7ª Ed. - São Paulo, Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional*. 2ª Ed. - São Paulo, Saraiva, 2012.

LOPES, Luciano Passarelli. *Artigo - Modificação do regime de bens no casamento - aspectos gerais e reflexos no patrimônio imobiliário do casal*. Disponível em <http://ar-pensp.org.br/principal/index.cfm?tipo_layout=sistema&url=noticia_mostrar.cfm&id=8015>. Acesso em 28.02.2016.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: Direito de família*. 3ª Ed. - Rio de Janeiro, Forense, 2009.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de direito civil: família*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015. Vol. 5.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Direito de Família*. 14ª Ed. - São Paulo, Editora Atlas, 2014. Vol. 6.