

CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS/CESREI
FACULDADE REINALDO RAMOS/FARR
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

**DIREITO PATRIMONIAL FAMILIAR: A APLICAÇÃO DA
INTERTEMPORALIDADE NO REGIME DE BENS E NA DIVISÃO DO
PATRIMÔNIO FAMILIAR SOB A LUZ DO CÓDIGO CIVIL**

NILSON DO NASCIMENTO

CAMPINA GRANDE – PB

2016

NILSON DO NASCIMENTO

**DIREITO PATRIMONIAL FAMILIAR: A APLICAÇÃO DA
INTERTEMPORALIDADE NO REGIME DE BENS E NA DIVISÃO DO
PATRIMÔNIO FAMILIAR SOB A LUZ DO CÓDIGO CIVIL**

Monografia apresentada à Coordenação da
Faculdade CESREI, como pré-requisito para
obtenção da graduação em Direito.

CAMPINA GRANDE – PB

2016

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA DA CESREI

N244d Nascimento, Nilson do.

Direito patrimonial familiar: a aplicação da intertemporalidade no regime de bens e na divisão do patrimônio familiar sob a luz do código civil / Nilson do Nascimento. – Campina Grande, 2016.

37 f.

Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR, Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI, 2016.

"Orientação: Profa. Esp. Rodrigo Araújo Reül".

1. Direito de Família. 2. Direito Patrimonial Familiar. I. Reül, Rodrigo Araújo. II. Título.

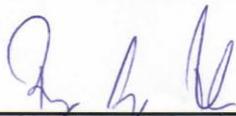
CDU 347.61(043)

NILSON DO NASCIMENTO

**DIREITO PATRIMONIAL FAMILIAR: A APLICAÇÃO DA
INTERTEMPORALIDADE DO REGIME DE BEM E NA DIVISÃO DO
PATRIMÔNIO FAMILIAR SOB A LUZ DO NOVO CÓDIGO CIVIL**

Aprovada em: 01 de dezembro de 2016.

BANCA EXAMINADORA



Prof. Esp. Rodrigo Araújo Reul
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
(Orientador)



Prof. (a) Esp. Vyrna Lopes Torres
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
(1º Examinador)



Prof. (a) Esp. Renata Maria Brasileiro Sobral
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
(2º Examinador)

RESUMO

O presente trabalho tem como principal objetivo refletir acerca das mudanças e características no regime de bens a partir da intertemporalidade do direito, e na divisão do patrimônio familiar à luz das mudanças do ordenamento jurídico, com escopo no Código Civil. Especificamente discorreremos sobre a evolução do direito de família no Brasil através de um breve histórico; num segundo momento discutimos as questões de direito intertemporal e sua influencia nos bens patrimoniais. E conclusivamente debatemos a teoria do patrimônio de separação e regimes patrimoniais da família com o advento do Código Civil além das novidades mais recentes acerca criação de *holdings familiares*. A reflexão acerca da temática visam discutir e questionar o como os conceitos de patrimônios ordinários e massas patrimoniais foram afetadas dentro dessa nova realidade normativa; além de uma ampla discussão acerca da intertemporalidade do direito pode afetar tanto para proteção como para evitar prejuízo dos cônjuges nas relações patrimoniais familiares. Conclusivamente temos a imperiosa necessidade de discutir como a mutabilidade do regime e sua aplicabilidade ao direito intertemporal afeta a mutabilidade de regime de bens afetam a partilha de bens após o divórcio e outras situações de formação familiar, isso para que não haja prejuízos, e sim, clara diferenciação de bens patrimoniais familiares que estejam sob incomunicabilidade.

Palavras-chave: Patrimônio. Intertemporalidade. Regimes patrimoniais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO I – DIREITO DE FAMÍLIA	11
1.1 PATRIMÔNIO FAMILIAR	14
1.2 PATRIMÔNIO FAMILIAR E O CÓDIGO CIVIL	19
CAPÍTULO II – O DIREITO INTERTEMPORAL E SUA INFLUÊNCIA NOS BENS PATRIMONIAIS FAMILIARES	24
CAPÍTULO III - SEPARAÇÃO E REGIME PATRIMONIAL DAS FAMILIAS	28
3.1 REGIMES PATRIMONIAIS DA FAMÍLIA	28
3.2 REFLEXÃO DO REGIME PATRIMONIAL À LUZ DO CÓDIGO CIVIL – <i>HOLDING FAMILIAR</i>	34
CONSIDERAÇÕES FINAIS	37
REFERÊNCIAS	39

INTRODUÇÃO

Mesmo diante de tanta discussão, a família, ainda é considerada a menor célula formadora de uma sociedade, mas, que ainda suscita, diante de sua adaptação cada vez maior às necessidades relacionais dessa mesma sociedade. Necessitando uma nova observação à luz dessa “modernidade” de relações a que está submetido, mais especificamente, nas relações patrimoniais deste decorrentes. O casamento, é aquele que representa uma união civil entre um homem e uma mulher. Mais especificamente, os artigos 1511 ao 1514, do Código Civil.

A questão ora aqui direcionada nos demonstra que não deve ser entendido unicamente como um contrato, porém, como um importante meio relacional de cônjuges. Essas relações podem ser claramente descritas como o enunciado, que compreende “*fidelidade recíproca; vida em comum, no domicílio conjugal; mútua assistência; e sustento, guarda e educação dos filhos*”. Então não há que se falar apenas em contrato patrimonial, mas, em relações mais profundas, onde há a comunhão de vidas. E, assim, ele vai além da sociedade conjugal, mais especificamente ao regime de bens; mas, também as relações dos cônjuges entre si, com seus filhos e terceiros. Chegando alguns autores a considerar que com a separação dos cônjuges, não quer dizer exatamente, o fim do casamento; restando, dessa maneira, todos os outros pontos relacionais a serem discutidos.

Parafraseando o Código Civil, o patrimônio é encarado meramente como um complexo de relações jurídicas economicamente apreciáveis de uma pessoa, e quando na realidade, com as modificações sociais e jurisprudenciais que as acompanham, no entanto há um maior desdobramento desse conceito que podem gerar questionamentos de como afetam essas mudanças, os conceitos de patrimônio ordinário, massas patrimoniais especiais ou separadas; de como se concebem as massas patrimoniais diante da mutabilidade do regime de bens do casamento; ou ainda, de como a intertemporalidade do direito pode afetar tanto para proteção como para evitar prejuízo dos cônjuges nas relações patrimoniais familiares.

O direito pátrio vem sofrendo as mudanças necessárias conforme as alterações sociais que perpassam a própria sociedade, em especial o Direito Patrimonial da Família. Relevantes questões são levantadas diariamente com escopo no Código Civil de 2002, tais como a intertemporalidade do direito que são destaque em especial nas suas disposições finais e transitórias. Busca-se no primeiro capítulo da presente pesquisa compilar os conceitos de Direito de Família e a contribuição das disposições do Novo Código Civil que afetam diretamente os bens que estejam sob a proteção da égide familiar.

No entanto, esses bens podem encontrar-se no cerne de das mais variadas questões, seja na relação entre os seus membros quanto de terceiros que estejam com eles envolvidos. E aí desponta a importância desse estudo, posto que ele delimita não apenas os aspectos que fundamentam sua divisão e aspectos afins diante de separação, mas na partilha, sucessão e regime patrimonial.

O segundo capítulo da presente pesquisa visou relatar, mais especificamente, como a divisão do patrimônio familiar acontece, diante de todas as mudanças no ordenamento jurídico, consentidas a partir do Código Civil, e mais especificamente para facilitar essa pesquisa, partindo do conceito de intertemporalidade da divisão desse patrimônio, enunciar suas mudanças e características. A finalização da pesquisa bibliográfica comparativa será buscada após os dois capítulos anteriores terem delineado um breve histórico do Direito de Família no Brasil; discutido as questões de intertemporalidade na aplicação do direito nas questões patrimoniais familiares e sua influência nesses bens patrimoniais, para finalmente, finalmente refletirmos acerca da teoria do patrimônio de separação e regimes patrimoniais decorrentes do advento do Código Civil.

Com toda essa efervescência das diversas análises sobre os novos conceitos de família, entender e pormenorizar os efeitos dessas novas relações nos bens patrimoniais além de relativamente novo também é de interesse comum, visto que todos advêm de famílias e tem interesse em compreender esses efeitos e sua dinâmica.

CAPÍTULO I

DIREITO DE FAMÍLIA

Como dito na introdução, as transformações do Direito Patrimonial de Família decorre de todas as mudanças sociais e legais que desenvolveram-se nos últimos anos. As diversas transformações no conceito de família, de união estável, de separação de fato, divórcio, da igualdade entre marido e mulher, refletem-se nas questões que incidem diretamente sobre patrimônio e patrimônio familiar. Daí a pertinência e importância de um aprofundamento no estudo dessas reações ao efeito nos núcleos patrimoniais de uma pessoa e, nos núcleos patrimoniais de cônjuges e ainda da relação desses com terceiros.

Como se observa são muitos os questionamentos que decorrem desse conceito, vai-se além da noção de que o patrimônio é encarado meramente como um complexo de relações jurídicas economicamente apreciáveis de uma pessoa, e quando na realidade, com as modificações sociais e jurisprudenciais que as acompanham fica claramente comprovada a necessidade do estudo das questões decorrentes desse conceito trazido pelo novo Código Civil, sendo dessa maneira, uma observação que se faz necessária diante das necessidades da nossa sociedade em acompanhar e adequar as supracitadas modificações sociais e jurisprudenciais que dela decorrem.

De acordo com Dill e Calderan (2011) o direito de família, está evoluindo desde os tempos mais remotos. Sua concepção é importante porque é a base da comunidade estatal, ou seja, o Estado, seria em última instância, a instituição originária do próprio Estado. Alguns autores colocam a evolução da família em três fases históricas: selvagem, barbárie e civilização. A selvagem está caracterizado como o período onde os homens aproveitam os bens naturais da maneira que a natureza oferece; na barbárie já se tem a linguagem, domesticação e criação de animais, cerâmica e aprimoração da alimentação. Na última fase, temos o homem explorando e elaborando a natureza, advindo o período industrial e de criação de arte.

No que se refere à evolução normativa, temos no direito romano a base para nossa linha histórico temporal posto que boa parte de nosso histórico legal vem dessa base. E vê-se que na família românica temos a ascendência masculina, dando origem inclusive a expressão muito utilizada “pátrio poder”, diferentemente do que temos na modernidade, dentro do conceito de entidade familiar romano temos um mesmo instituto que reunia uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional.

O Direito Romano marcou de forma expressiva o Direito de Família. Os conceitos de família e filiação eram alicerçados no casamento e no autoritarismo, imposto pela figura do pater, dando origem ao termo pátrio poder, hoje denominado poder familiar. Esses conceitos incorporaram-se ao antigo Código Civil brasileiro, sendo que ainda hoje se percebe a sua influência e seus resquícios na legislação vigente (DILL, CALDERAN, 2011, p. 6).

Mais adiante vemos a família evoluir e enfrentar a primeira grande mudança histórica que revolucionou novamente esses conceitos: a decadência do império romano e a ascendência do cristianismo. O casamento supervalorizou, e a mulher passa a não ser mais a propriedade, entretanto, seu lugar próprio é o gerenciamento do lar e a educação dos filhos. A autoridade masculina ainda era inquestionável, mas o poder espiritual era maior que qualquer outro poder, o homem mandava em tudo, mas a igreja dominava o homem.

A influência ou autoridade da mulher era quase nula, ou diminuída de toda a forma: não se justificava a mulher fora de casa. Ela estava destinada a inércia e a ignorância. Tinha vontade, mas era impotente, portanto, privada de capacidade jurídica. Consequentemente, na organização familiar, a chefia era indiscutivelmente do marido. Este era também o chefe da religião doméstica e, como tal, gozava de um poder absoluto, podendo inclusive vender o filho ou mesmo matá-lo (PEREIRA, 2003, p. 61).

Dentro dessa evolução, vemos com o século XIX, a família passa ao período contemporâneo e até a contemporaneidade tendo dois importantes pontos: a evolução científica e industrial e, a passagem da mulher para além dos muros familiares, ganhando o direito ao trabalho e à liberdade de escolha de sua vida na forma legal. O casamento passa a ser de livre e espontânea vontade.

Neste diapasão, direito familiar é visto como um dos que mais evoluíram, e ainda evoluem, pois acompanham as principais mudanças sociais, e estas acontecem primeiramente dentro das casas, dentro dos lares, nas famílias. No Brasil colocamos a Constituição de 1988 como o ponto de evolução normativa mais importante desse direito. E assim temos uma preocupação em proteger a dignidade humana, legitimando filhos acontecidos dentro ou fora do casamento, dando à mulheres proteção, mas também à entidade familiar, onde crianças e idosos também passaram a ser vistos como parte integrante e plena de direitos, o que não era visto anteriormente. O poder público já passa a ser responsabilizado e denominado o guardião desses interesses que antes não eram vistos. Em síntese, o direito de família no Brasil pode colocar a Constituição de 1988 como um dos seus pontos mais importantes para o Direito de Família:

A partir desta foi reconhecida a união estável, como entidade familiar tutelada jurisdicionalmente e também ficou vedada qualquer discriminação em virtude da origem da filiação. Igualmente, a família incorporou o pensamento da contemporaneidade (igualdade e afeto), à luz dos princípios trazidos pela Magna Carta e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (DILL, CALDERAN, 2011, p. 18).

Esse direito é o que mais desenvolve-se em detrimento de outros porque ele assume as mudanças sociais na qual está inserido, não podendo esperar, pois tem que lidar com as questões assim que elas se dão, exigindo uma adaptação da realidade à norma e vice-versa.

1.1 PATRIMÔNIO FAMILIAR

O ponto de partida para a formação e/ou delimitação do patrimônio familiar é o casamento, e este consiste em uma união entre cônjuges, de acordo com a lei civil, para estreitar suas relações de vida e de interesse. Mais didaticamente podemos conceituar como sendo o casamento:

Um contrato *sui generis*, solene, que institui uma sociedade conjugal conforme seu regime de bens, regulamentando a união de um homem e de uma mulher com um elenco de direitos e de obrigações, para suprirem suas carências numa convivência imantada pela

solidariedade para o mútuo auxílio e para a criação responsável dos filhos.

Ou, de forma mais adequada à terminologia atual e mais resumidamente:

É contrato que cria um vínculo conjugal entre um homem e uma mulher, de acordo com a lei civil, visando uma interação e realização psicoafetiva (GONTIJO, 1996, p. 54).

Também, de acordo com Azevedo (2005), no Código Civil de 2002, no *caput* do art. 1.723, pelo qual é reconhecida como entidade familiar:

A união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. O comando legal acabou por reproduzir o art. 1º da Lei n. 9.278/1996, norma que foi revogada tacitamente pela atual codificação, eis que incorporada (AZEVEDO, 2005, *apud* TARTUCE, 2008, p. 15).

Com o reconhecimento do Novo Código Civil, da admissão que a pessoa separado de fato ou judicialmente constitua união estável, pela previsão do § 1º do art. 1.723, acaba por gerar uma problemática interessante, onde se questiona, porque se a pessoa separada de fato não pode contrair novo casamento, porém, como serão geridos os bens patrimoniais familiares advindos desse tipo de união – que não pode ser convertida em casamento – e do casamento anterior, ainda não desfeito; como podem ser partilhados?

De acordo com Couto (2005, p. 3) o subtítulo I, do Título II, DO REGIME DE BENS ENTRE OS CÔNJUGES, no CC/02, apresenta três características básicas:

(...) revogabilidade, variedade de regimes e livre estipulação. O princípio da irrevogabilidade ou imutabilidade contemplado no CC/16 tinha por objetivo preservar os direitos dos cônjuges e de terceiros. Devendo a exigência do pedido ser motivado, por ambos os cônjuges, mediante autorização judicial, § 2º, art. 1.639, CC/02. O princípio da variedade de regimes tem por objetivo colocar a disposição dos interessados os regimes de bens: comunhão parcial ou regime legal, comunhão universal, separação legal, separação convencional e o da participação final dos aquestos (COUTO, 2005, p. 3).

E, ainda, há a possibilidade do futuro casal criar o seu regime de bens exclusivo, híbrido, distinto dos regimes disciplinados pelo código. Assim, o sistema faculta que o casal gere o seu regime de bens próprio que pode ser misto,

combinado e exclusivo, desde que observadas as situações previstas no art. 1.641, do código acima citado (COUTO, 2005). Sabemos que a Constituição de 1988, em seu art. 226, §5º, determinou a isonomia entre os cônjuges, assim dispondo: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”. Neste ponto não podendo nenhum dos dois omitir-se de suas responsabilidades em relação aos filhos decorrentes de sua união.

Para não desprestigiar o instituto jurídico do casamento civil, como também, incentivar a formação de uma sociedade com relacionamentos clandestinos, passageiros, e, ainda, sobrecarregar o sistema judiciário com lides versando sobre a declaração da União Estável, não há que se agasalhar interpretações de forma a admitir a falência jurídica do casamento. Ao contrário do que muitos pensam, o reconhecimento da União Estável vem para incentivar e facilitar o casamento e não para torná-lo inviável ou improfícuo. O novo Código Civil trouxe inovações no direito de família e das sucessões, dentre as mudanças se destacam as que versam sobre a União Estável e concubinato. Acolhendo e disciplinando os direitos e deveres de cada uma destas figuras jurídicas (FRANÇA, 2003).

Ainda de acordo com França (2003), a lei oferece garantias para a sociedade conjugal, e formalidades para o seu término volitivo, devendo ser observadas as prescrições legais, inclusive estando sujeitas à fiscalização do Ministério Público. Para isto a prescrição conjugal, a certeza do fim da sociedade conjugal. Lapsos temporais que não mais se comunicariam os bens e que aprovaria a União Estável. Trata-se de um estado de fato, separar-se de fato implica na separação de corpos e de acordo, ou não, sobre os bens comuns. Desta forma, sem o interesse na separação judicial para concretizar a sua situação com o companheiro mostra a falta do objetivo de constituição de família, não sendo aceita a União Estável.

Mas muito ainda há o que se discutir acerca dessa divisão de bens pertencentes ao direito patrimonial de família:

A discussão já existe na doutrina nacional quanto à concorrência entre eles (*companheiro + convivente*), mormente nos casos de separação de fato efetivada pelo distanciamento físico entre os cônjuges. A nossa conclusão, já manifestada em outra obra, escrita com José Fernando Simão, é no sentido de dividir a massa patrimonial em dois montes. O primeiro monte deve ser composto pelos bens adquiridos na constância fática do casamento, sobre os quais apenas o cônjuge tem direitos sucessórios, não sendo herdados pelo novo companheiro. A segunda massa de bens é

composta pelos bens adquiridos durante a união estável. Relativamente a tais bens, necessária se faz uma segunda divisão para atender ao *caput* do art. 1.790 do Código. Seguindo a última norma, se os bens forem adquiridos a título oneroso quando da união estável, a sucessão se defere apenas ao companheiro sobrevivente. Se os bens tiverem como origem uma aquisição a outro título – como pela gratuidade -, pertencerão apenas ao cônjuge sobrevivente e não ao companheiro (TARTUCE, 2008, p. 242-243).

Sendo que esta não é uma assertiva comum, mas, apenas demonstra uma discussão a partir da temática em tela. O debate em relação ao patrimônio ainda não é uma vertente pacificada em nossa jurisprudência. Entrementes não há apenas a possibilidade relativa a união estável ou o reconhecimento da sociedade de fato. Há a possibilidade dos cônjuges criarem o seu regime de bens exclusivo, híbrido, distinto dos regimes disciplinados pelo Código Civil vigente. Podemos citar o Regime da Comunhão Parcial, Legal ou Limitada; o Regime da Comunhão Universal de Bens; Regime de Separação Convencional de Bens ou Absoluta; Regime da Participação Final dos Aquestos; Regime da Separação Legal ou Obrigatório; Regime de Separação Obrigatória de Bens para Maiores de Sessenta Anos; Pessoas que Dependem de Autorização Judicial para Casar; Regime de Separação Obrigatória de Bens e a Nova Regra da Mutabilidade.

Dentre os abordados, o que hoje é considerado quase que “*automático*” nos cartórios é o chamado Regime da Comunhão Parcial, Legal ou Limitada, e é o regime de bens eleito quando os noivos nubentes não realizaram o pacto antenupcial, ou quando este é nulo ou indevido. De acordo com a norma legal são três massas de bens estabelecidos nesse regime, que são: os bens do marido antes do casamento; os bens da mulher antes do casamento; os bens comuns, ou seja, os adquiridos de maneira partilhada na constância do casamento.

Um importante elemento a ser destacado nesse tipo de união civil é a incomunicabilidade dos bens havidos a título gratuito, na constância do casamento pelos cônjuges, tais como, os recebidos por doação e por sucessão de herança; os adquiridos com o produto da venda de bens particulares ou subrogação; as obrigações anteriores ao casamento; as obrigações resultantes de atos ilícitos desde que não seja revertido em proveito do casal; os bens de uso pessoal; os livros; os instrumentos de profissão; os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; as pensões; meios soldos; montepios e outras rendas semelhantes, conforme podemos

ver no disposto do art. 1.659, do Código Civil de 2002, pois de acordo com código civil anterior os bens que eram excluídos da comunhão universal, indiferentes de sua origem, pois eram considerados incomunicáveis (COUTO, 2005).

Os bens que podem ser considerados incomunicáveis nesse caso, também segue o que dita o art. 1.661 do Código Civil de 2002, pois este em seu escopo determina que são incomunicáveis os seguintes bens: que tiverem por título uma causa anterior ao casamento, onde cita-se como exemplo, o bem do marido adquirido quando casado, mas produto de acordo judicial de uma ação judicial iniciada antes do casamento; o dinheiro recebido após o casamento por venda anterior ao casamento de um bem particular.

Discutindo o que foi citado no art. 1.659, mais especificamente, exclui da comunhão “os *proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge*” (FIÚZA, *et al*, 2002, p. 28), podemos deduzir que o motivo da comunicação do direito aos proventos, pelo seguinte, enquanto unidos, o dinheiro faz parte do patrimônio comum do casal, mas acontecendo uma separação tal salário não é partilhado. Os bens comuns são os adquiridos na constância do casamento por título oneroso, por fato eventual como, por exemplo, a loteria, (aluvião ou avulsão), por doação, herança ou legado em favor de ambos os cônjuges, as benfeitorias em bens particulares por serem realizadas com o esforço comum do casal, os frutos dos bens comuns ou particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento ou pendentes no momento em que cessar o casamento, art. 1.660 do CC/02 (COUTO, 2005).

Há uma grande evolução partindo ainda desse artigo (1.663, do CC/02), pois retira do homem a exclusividade na administração do patrimônio comum, competindo a qualquer um dos cônjuges esse poder de administrar os bens relativos ao casal, perdendo o marido o privilégio da posição de administrador exclusivo dos bens comuns e dos particulares, pois em caso de malversação dos bens do casal, o julgador amparado pela norma legal poderá atribuir a administração a apenas um deles, conforme o art. 1.663, § 3º “*O cônjuge administra os seus bens particulares, salvo convenção diversa em pacto antenupcial*” (FIÚZA, *et al*, 2002, p. 28). E mais ainda, o mesmo artigo citado anteriormente, determina que é presumido que os bens móveis foram adquiridos na constância do casamento, quando não se provar que o foram em data anterior, ajudando ainda no deslinde de massas que não expõem a clareza de sua origem.

Então há muito que se refletir nesse caso sobre a comunicabilidade dos bens tendo em vista que, refletindo acerca da Súmula 377 do Superior Tribunal Federal – “*No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.*” (GONÇALVES, 2002, p. 87) – acerca do assunto é de que no Brasil, não existe regime de separação obrigatória de bens, já que a declaração de comunicabilidade dos bens na constância do casamento, através da Súmula citada, transmuda o regime de separação para o regime de comunhão parcial de bens.

Desse modo, os sistemas acima expostos facultam que o casal gere o seu regime de bens próprio que pode ser misto, combinado e exclusivo, desde que observadas as situações previstas no art. 1.641. Porém, de acordo com Couto (2004), o princípio da livre estipulação não é absoluto, visto que o art. 1.655 reza que é “nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei”. Não são válidas as cláusulas contrárias à lei do contrato ou pacto antenupcial. O pacto antenupcial ao conter cláusula, por exemplo, que prive um dos cônjuges de exercer o poder familiar ou que dispense os cônjuges ou apenas um deles cumprir o dever de fidelidade ou qualquer outro dever conjugal, por exemplo, será nulo ou ineficaz. E a consequência da nulidade deste pacto antenupcial é a aplicação do regime legal de bens, art. 1.640, denominado regime de bens supletivo.

Fazemos nossas as palavras de Couto (2005) quando este afirma que a temática gera uma série de dúvidas, de diversidade de interpretações e as inúmeras adequações que teremos que suplantar para que haja total adequação do Direito Patrimonial Familiar pelo Novo Código Civil, devendo haver muito cuidado para que nesse processo de adaptação e transição entre o “*direito velho*” e o “*direito novo*”, tendo em vista a movimentação das leis no tempo, esta ocorra de maneira satisfatória e adequada.

1.2 PATRIMÔNIO FAMILIAR E O CÓDIGO CIVIL

Um dos grandes pilares de nosso ordenamento se refere à proteção do bem familiar. O chamado “bem de família” é notadamente protegido pela normativa legal brasileira com características de inalienabilidade e impenhorabilidade, dependendo

da situação a que esteja submetido. Entretanto, nem sempre foi assim, posto que esse instituto passa a ter importância a partir do Código Civil.

De acordo com Guimarães (2008) esse instituto teve sua origem nos Estados Unidos em 1839, devido ao fato de uma grave crise econômica, muitas famílias emigraram para o estado conhecido como Texas e, para evitar que tivessem suas novas terras conseguidas nesse novo mundo as famílias exigiram o chamado “*homestead act*” que pode ser literalmente traduzido como: *home* = lar; *stead* = lugar; ou seja, “lugar do lar”; essa publicação determinava essencialmente que imóveis residenciais, urbanos ou rurais de até cinquenta acres estavam isentos de execução judicial por dívidas. Esse conceito de bem patrimonial familiar acabou por ser difundido em grande parte do mundo civilizado, em meados do século XX.

No Brasil com a apresentação de uma emenda apresentada por Comissão Especial do Senado, o Código Civil de 1916 vem, ser um comparativo ao *homestead*, onde podemos diferenciar um do outro porque nos Estados Unidos ele torna impenhorável uma pequena propriedade, aqui no Brasil a lei refere-se a um único imóvel, que sirva de residência para a família, de acordo com alguns autores, essa benesse não possui eficácia em relação a dívidas anteriores à sua constituição, porque aqui a regra aplicável é a de que o patrimônio do devedor responde por suas dívidas.

De acordo com Pires Neto (2009) havendo despertado menos interesse no Brasil, houve inclusive quem apostasse em seu desaparecimento da nossa legislação, visto que ia acabar por ser tornar ponto pacífico, até o dito pela Lei de 8.009/90 que estabeleceu a impenhorabilidade, por dívida, do único imóvel residencial do devedor. Entretanto, com o advento do Código Civil, há uma gama de novidades que vão lançar novos olhares ao bem familiar. Isso se deve principalmente porque, essa nova lei determinou que esse bem não se refere mais apenas à residência, mas também, imóvel urbano ou rural e valores imobiliários que tem como principal destinação da renda a conservação do imóvel e o sustento familiar. Seja qual for a situação:

(...) o patrimônio instituído não poderá ultrapassar 1/3 do patrimônio líquido do instituidor, existente na data do ato. Essa restrição, enquanto favorece a circulação das riquezas e evita que credores sejam lesados com nomeação indiscriminada de bem de família, também afasta a classe média tão depauperada financeiramente e à qual restará a lei processual 8009/90. Essa lei especial processual,

de ordem pública, protege o domicílio (além de benfeitorias, plantações, móveis equipamentos profissionais), seja qual for o montante do patrimônio familiar e determina a impenhorabilidade do imóvel residencial por dívidas cíveis, comerciais, fiscais, previdenciárias e trabalhistas constituídas pelos pais ou pelos filhos, excepcionando quando se tratar de dívidas relativas aos trabalhadores da residência e suas contribuições previdenciárias, os empréstimos para financiamento da compra ou construção do imóvel residencial, imposto predial e territorial do mesmo imóvel, dívidas alimentares e quando os beneficiários oferecerem o imóvel residencial como garantia real quando o imóvel foi adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória e ainda por dívidas decorrentes de fiança em contratos de locação (GUIMARÃES, 2008, p. 2).

Vemos assim que com o advento da Constituição de 1988, e com o Código Civil a necessidade de harmonizar esses conceitos para que possamos seguir adiante na aplicabilidade do direito a partir desses preceitos. Ora se é notório que nos nossos estudos acadêmicos observamos que a aplicabilidade do Direito de Família é um dos mais dinâmicos por que segue de muito perto as mudanças sociais vê-se a sua necessidade de acompanhar as variáveis sócias no tempo e no espaço social; trata de direito personalíssimo e individualizado e, de modo geral, exceto em algumas exceções previstas em lei, não admite seu exercício por procurador e normalmente é imprescritível (GONTIJO, 2003).

A proteção ao patrimônio familiar está claramente expressa no que denominamos de proteção ou abrigo de bem familiar. Essa constituição está expressa nos Arts. 1711 a 1.722 do Código em que o legislador garante a impenhorabilidade e a constituição voluntária do bem de família, com o registro obrigatório no ofício imobiliário da situação do bem, mesmo que este não seja o de mais baixo valor dos bens familiares, devendo haver a escolha voluntária de quais serão esses bens quando por ocasião do registro.

Como as formações familiares também mudaram, também a ascendência legal sobre os bens familiares também modificaram-se:

Elucidativo o decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no agravo de instrumento 240.297-SP-DJU, de 24/10/2000, às páginas 202 e 203 (Boletim do Irib n. 314, de 15/5/2001): “As expressões ‘casal’ e ‘entidade familiar’ constantes do art. 1o da Lei 8.009/90, devem ser interpretadas consoante o sentido social da norma, devendo a família ser caracterizada como instituição social de pessoas que se agrupam por laços de casamento, união estável ou descendência. Considerando que a lei não se dirige a um grupo de pessoas, mas

permite que se proteja cada indivíduo como membro da instituição em apreço, mister se faz estender seus benefícios a qualquer pessoa integrante da entidade familiar, seja ela casada, solteira, viúva, desquitada ou divorciada, uma vez que o amparo legal é dado para que seja a esses assegurado um lugar para morar. Precedentes desta Corte.” (FIORANELLI, 2006, p. 2).

Outrossim, cessando a questão das limitações restritivas, pode ser declarado como bem familiar cônjuges, entidade familiar, separado ou divorciado judicialmente ou de fato, viúvo ou viúva, solteiro e por terceiros, dependendo do caso concreto e dos bens particulares destes, tudo isso de acordo com o parágrafo único do Art. 1.711 e art. 1.714), claro que devendo haver consentimento expresso dos cônjuges beneficiados, por testamento ou doação, com título aquisitivo e devidamente registrado, estando o bem em tela indisponível a ônus ou gravames, em condições de solvência e ocupação pela família.

Claro que há controvérsias, visto que ainda no § único, do mesmo Art. 1.711 demonstre ainda duas novidades: “*a) a possibilidade de os cônjuges, conviventes ou terceiros optarem pelo testamento ou doação para instituição do benefício, ato de liberalidade inter vivos ou causa mortis; e b) o limite do valor do bem a um terço (1/3) do patrimônio líquido dos instituidores*”.

Anteriormente não havia qualquer limitação do valor desse bem a lei impôs que esse deve ser de um terço (1/3) do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, buscando evitar fraudes e podendo haver a preservação do restante do patrimônio para que possa solver ou quitar possíveis dívidas anteriores

Par que um bem seja declarado como patrimônio familiar este deve estar em plena consonância com a instrumentalização pública, havendo o risco de nulidade do ato. Diz ainda o Art. 1.712 que “*o bem de família consistirá em prédio urbano ou rural e não apenas prédio para domicílio da família*”, “*com suas pertencas e acessórios*”, do que podemos depreender que este consistirá sempre em prédio residencial urbano ou rural, não podendo recair sobre imóvel comercial ou industrial, prédio de lazer ou similares ou em terra nua. Para o imóvel rural, há que se entender a pequena propriedade, ou seja, a sede da moradia e seus naturais acessórios e não retirar do comércio o todo da propriedade rural.

Vemos o Art. 1.715 decretar a inalienabilidade do bem de família regularmente constituído, visando evitar a execução do mesmo por dívidas posteriores, observando-se as exceções, nos fazendo entender de que este não

deverá ser oferecido como garantia real hipotecária ou mesmo em caução locatícia, posto que numa futura execução da garantia, pode ser decretada a falência do instituto, pela constrição – penhora – e arrematação do bem.

No mais, excluídas as exceções, o bem de família, pela simples razão de ser do instituto, está isento de execução por dívidas posteriores à sua constituição. Mas, aos débitos pretéritos, responderá o imóvel, o que, convenhamos, nada mais justo em dar garantia aos credores, sob pena de permitir a má fé, a fraude e o enriquecimento sem causa. Em relação a esses credores, não poderá prevalecer, uma vez que é mesmo ineficaz a constituição do bem de família (FIORANELLI, 2006, p. 8).

O Código Civil também trata de maneira mais prática a questão do tempo de duração do patrimônio familiar, então, como as pessoas beneficiadas pela instituição são os cônjuges, os integrantes da entidade familiar, conviventes ou o responsável pela família monoparental, seja qual tipo de arranjo familiar que for, o tempo está condicionado à vida daqueles e enquanto perdurar a menoridade e incapacidade destes (art. 1.716 e 1.722) não podendo a morte extinguir o benefício dessa atribuição, pois pela morte de um dos cônjuges ou conviventes, subsiste o bem de família em favor do sobrevivente, ainda que sem prole. É importante frisar a cessação da incapacidade, que havendo filho, ainda que maior interdito, sujeito a curatela, diz o artigo 1.722, permanecerá o benefício ainda que sobrevivendo a morte de ambos os pais.

A dissolução da sociedade conjugal, nos casos indicados no artigo 1.571 do Código Civil, não é forma extintiva do bem de família, conforme expressa o artigo 1.721. Quer pela morte de um dos cônjuges, quer pela separação judicial e pelo divórcio, persistirá o bem de família em relação aos menores até que cesse sua incapacidade. Também em novas núpcias predomina o entendimento alicerçado na doutrina de que o instituto deve ser mantido se houver filhos menores ou incapazes. Um dos sobreviventes pode pedir a extinção, se for o único bem do casal (§ único, art. 1.721), ato legal que não é automático, mas que deve ser de acordo com toda a normativa legal, de modo que, mesmo seguindo todo o rito, deve ser ouvido em juízo os interessados e seus representantes legais, e ainda, ouvido o Ministério Público (artigo 1.717), isso tudo porque a alienação é a única forma de extinção do patrimônio familiar, a liberação desse bem, deve obrigatoriamente acontecer em intervenção judicial.

CAPÍTULO II

O DIREITO INTERTEMPORAL E SUA INFLUÊNCIA NOS BENS PATRIMONIAIS FAMILIARES

Inicialmente devemos tentar definir o direito intertemporal, visto que este vai auxiliar o magistrado que critérios utilizar para a aplicação das leis no tempo, autorizando o uso de leis novas ao caso concreto e em tela, podendo ocorrer quando os processos ainda não tenham sido julgados e estejam presentes no caso em tela todos os requisitos da lei aplicável.

O direito intertemporal, regendo a aplicação da lei no tempo, cuida de eventuais conflitos entre leis consecutivas, a pretérita e a nova versando mesmo tema, objetivando determinar os limites de abrangência de cada qual. Nessa conformação, seu objeto envolve questões relativas às consequências da *vacatio legis* e à aplicação da nova lei ou da anterior, por aquela revogada, aos efeitos de relações jurídicas precedentes (MANFRÉ, 2003, p. 17).

Importante que se esclareça que o conflito de leis só acontece entre leis da mesma hierarquia, entre nova legislação e Constituição Federal, por exemplo, podemos afirmar que não há conflito, pois será aplicada a hierarquia legal, pois as leis novas serão sucedâneas, mas não será superior hierarquicamente.

No caso dos bens patrimoniais a incidência da nova lei aos processos em tramitação não implica retroatividade e sim aplicação de novos efeitos a um fato proposto em juízo, sem prestação jurisdicional definitiva, isso acontece porque na aplicação das novas leis à questões da união estável, também acontecem conflito entre leis. De acordo com Couto (2005) a observância do livro complementar das disposições finais e transitórias é um livro próprio da nova lei que estabelece as regras para a passagem do antigo Código Civil para o Código Civil. De acordo com este livro o art. 2.039, CC/02 que reza o seguinte: “O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido”, pode ser considerada uma regra de

caráter transitório, porque ajuda os julgadores a analisar e reger atos e destino dos bens que compõem o patrimônio dos cônjuges casados antes do código; auxilia a determinar quais as regras que seguem com vigência para estes cônjuges, pois é necessário preservar a eficácia dos atos praticados na lei do código anterior; além de reger as leis entre os cônjuges e terceiros. Um exemplo citado por Couto (2005), o aval, agora, necessita de autorização do outro cônjuge, mas, se concedido sem a autorização do outro cônjuge na vigência do código anterior, que não exigia a anuência do cônjuge, este ato está resguardado pela norma do art. 2.039, CC/02.

Um exemplo da importância desse estudo é a questão da intertemporalidade no regime patrimonial. Podemos colocar a questão: para o casamento celebrado na vigência do código anterior o Art. 230, do CC/16 afirma que: “*O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável*”. Já o casamento celebrado após o Código Civil, o Art. 1.639, § 1º reza que: “*O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento*”; e no § 2º temos que “*É admissível a 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*”. Ou seja, com o CC/16 os nubentes que não expressassem claramente opinião ou desejo diverso em pacto antenupcial, automaticamente se adotava o regime de comunhão universal de bens; com a chegada da lei do Divórcio, em 1977, na validade do CC/16, se fundou que os consortes que não ofereciam pacto antenupcial o regime seria automaticamente o da comunhão parcial de bens; e com o Código Civil, se os consortes escolherem pelo regime da comunhão parcial não há necessidade de pacto antenupcial, os mesmo só deverão reduzir a termo a escolha.

Isso tudo pareceria uma discussão irrelevante se, não decorressem questões do tipo: pessoas que casaram sob a vigência do Código Civil anterior podem alterar o seu regime de bens? De acordo com Código Civil e o direito intertemporal, pode-se observar o aspecto da aplicabilidade do art. 2.039 do CC/02 que nos diz que a lei nova tem efeito imediato, no entanto são preservados os efeitos já causados ou a ocorrência consumada, porém, diferentes opiniões acerca dos bens patrimoniais, influenciados diretamente pelo regime de bens, gerou correntes doutrinárias antagonistas: uma contra a modificação de regime de bens do casamento e outra a favor. As duas correntes podem ser representadas, na primeira hipótese, contra essa mudança:

- 1) A lei em vigor tem efeito geral e imediato, mas não pode prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, conforme determina o arts. 5º XXXVI, da Constituição Federal e art. 6º, caput, da Lei de Introdução ao Código Civil.
- 2) O jurista Pontes de Miranda considera que “lei nova estabelecendo outro regime legal, ou que modifica o existente até então, não alcança os casamentos celebra dos antes dela, salvo regra explícita em contrário”.
- 3) O posicionamento do Juiz Washington de Barros Monteiro é o seguinte: “as ações de caráter patrimonial, que o casamento origina, regulam-se pela lei do tempo em que se formaram. O regime de bens não está sujeito às alterações da lei nova”.
- 4) O Jurista Leônidas Filippone Farrula Júnior afirma que o casamento se aperfeiçoa com as núpcias e as questões patrimoniais do casamento se regulam pela legislação vigente à época da celebração. E, ainda, completa que a alteração do regime de bens aos casamentos anteriores ao CC/02 acarretaria a infringência ao ato jurídico perfeito e ao princípio constitucional de irretroatividade das leis.
- 5) O Jurista afirma, ainda, que a interpretação literal do art. 2.039, quando menciona “é o por ele estabelecido”, se refere a todo o ordenamento jurídico referente aos regimes de bens, assim entende que, o código anterior, mesmo revogado, permanecerá eficaz para disciplinar esta matéria.
- 6) A Doutrinadora Maria Helena Diniz tem a posição de que a lei revogada permanecerá a produzir efeitos “porque outra lei vigente ordena o respeito às situações jurídicas definitivamente constituídas ou aperfeiçoadas no regime da lei anterior” ou “se deve aplicar a lei em vigor na época em que os fatos aconteceram...”. (COUTO, 2005, p. 25).

E tem-se, como dito anteriormente, uma segunda corrente doutrinária que entende possível a modificação do regime de bens dos casamentos realizados na exegese no CC/16 afirma o seguinte:

- 1) O Jurista José da Silva Pacheco considera que se há a possibilidade de alteração pela nova lei, após a entrada em vigor do novo código nada obsta que se admita a mudança, em relação ao regime escolhido anteriormente.
- 2) O Juiz Luís Francisco Aguilar Cortez, da 1ª Vara da Família e das Sucessões de São Paulo, autorizou esta modificação fundamentando a sentença da seguinte forma: Art. 6º, §1º, da Lei de introdução do CC/02: “Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”. Art. 2.035: “A validade dos negócios e demais atos jurídicos constituídos antes da entrada em vigor deste código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no Art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução”.
- 3) O Juiz João Batista Silvério da Silva, da 12ª Vara de Família e Sucessões Central de São Paulo, deferiu o pedido de alteração de regime de bens, argumentando a sentença da seguinte forma: As normas jurídicas referentes aos regimes de bens disciplinam relações patrimoniais, portanto não são de ordem pública e somente uma exceção justifica a intervenção do estado. O art. 2.039 não proíbe a retroatividade e nem determina serem irrevogáveis os regimes matrimoniais relativos aos casamentos anteriores à vigência do CC/02, requisitos essenciais para a não aplicação da mutabilidade. O CC/02 assegura o respeito à escolha feita na vigência do diploma precedente. Direitos de terceiros são por lei ressalvados. Não pode existir desigualdade de tratamento entre pessoas que se casaram antes e após o CC/02. Além de todas as considerações em favor da mutabilidade de regime de bens para os matrimônios realizados no Código anterior, ou seja, da aplicação retroativa do CC/02, podemos incluir a necessária efetividade da prestação jurisdicional (COUTO, 2005, p. 25-26).

E esta é apenas uma expressão de um único item levantado. Podem tanto surgir novos questionamentos quanto se chegar à resolução do impasse apresentado. Esse foi apenas uma colocação didática para que possamos discutir mais adiante o regime patrimonial de maneira mais acurada.

CAPÍTULO III

SEPARAÇÃO E REGIME PATRIMONIAL DAS FAMILIAS

Como percebe-se em todo o escopo da pesquisa, o direito de família, mais especificamente o direito patrimonial familiar, como um dos mais céleres e que mais se adapta à realidade socioeconômica e familiar. Com esta adaptabilidade é um dos ramos do Direito que mais apresenta peculiaridades tanto em sua normativa legal quanto nas suas questões adaptativas à realidade social.

Nas páginas que se seguem teremos algumas compilações acerca do Regime Patrimonial; da teoria do Patrimônio de Separação e uma novidade no campo de regime patrimonial familiar.

3.1 REGIMES PATRIMONIAIS DA FAMÍLIA

Com o advento da Constituição de 1988, determinou a isonomia dos cônjuges em seu art. 226, §5º, passando a responsabilidade de sustento familiar para ambos, já o Novo Código Civil, temos novas regras que dizem respeito também ao patrimônio familiar. Uma das novidades é o assegura o inciso V do art. 1.642 que permitem aos cônjuges direito de reivindicar os bens comuns, móveis e imóveis, doados ou transferidos pelo cônjuge ao concubino(a), desde que restar provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes – o adúltero (a) e concubino (a) – e se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos (COUTO, 2005). Se não fosse por isso, pelo CC/02 o cônjuge separado de fato poderia ser favorecido com a meação do patrimônio que não ajudou a construir, nos cinco anos que se passou da separação de fato, se o ex-marido e a sua convivente não provar devidamente que tais bens foram adquiridos pelos seus esforços comuns.

Veremos agora uma compilação dos regimes legais que a normativa legal aplica a instituição familiar no Brasil a partir da ótica de Couto (2005) e Tartuce e Simão (2008):

- Regime da Comunhão Parcial, Legal ou Limitada

Quando expressamente os consortes não expressam sua vontade, ou ainda segue o Art. 1.640 do CC/02 se o pacto antenupcial for nulo ou ineficaz, onde chama-se de supletivo, estabelece três massas de bens: os bens do marido antes do casamento; os bens da mulher antes do casamento; os bens comuns, ou seja, os adquiridos onerosamente na constância do casamento.

São incomunicáveis os bens havidos a título gratuito, na constância do casamento, como, por exemplo, os recebidos por doação e por sucessão; os adquiridos com o produto da venda de bens particulares ou subrogação; as obrigações anteriores ao casamento; as obrigações resultantes de atos ilícitos desde que não seja revertido em proveito do casal; os bens de uso pessoal; os livros; os instrumentos de profissão; os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; as pensões; meiossoldos; montepios e outras rendas semelhantes (art. 1.659, CC/02). O código anterior considerava incomunicáveis os bens que eram excluídos da comunhão universal. A incomunicabilidade dos bens acontece para os que estiverem em causa anterior ao casamento; são considerados bens comuns os que são adquiridos na constância do casamento por título oneroso ou por fato eventual tais como: loteria, (aluvião ou avulsão), por doação, herança ou legado em favor de ambos os cônjuges, as benfeitorias em bens particulares por serem realizadas com o esforço comum do casal, os frutos dos bens comuns ou particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento ou pendentes no momento em que cessar o casamento, art. 1.660 do CC/02.

Quanto a administração do patrimônio compete a qualquer um dos cônjuges, e em caso de malversação dos bens, o juiz poderá atribuir a administração a apenas um deles, conforme o art. 1.663, § 3º. E quanto a bens particulares cada cônjuge administra os seus bens particulares, salvo convenção diversa em pacto antenupcial, art. 1.665.

- Regime da Comunhão Universal

É um regime convencional que para sua disposição deve ser expressa antes do ato do casamento e que estabelece a comunicação de todos os bens dos

cônjuges. Embora os bens comuns predominem, podem existir bens próprios do marido e bens próprios da mulher. São bens excluídos, art. 1.668 do CC/02:

I – os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os subrogados em seu lugar. São excluídos os bens doados em vida e os deixados em testamento se houver cláusula de incomunicabilidade. Quem se casa no regime da comunhão universal está, indiretamente, alienando. A Súmula 49 do STF dispõe: “A cláusula de inalienabilidade inclui a incomunicabilidade dos bens”. Não se comunicam os bens doados com cláusula de reversão, ou seja, se o donatário morrer antes do doador, o bem volta ao patrimônio do doador, ou seja, não se comunica ao cônjuge do falecido, art. 547 do CC/02.

II – os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva. Onde conceitua-se que Fideicomisso aquela modalidade de substituição hereditária que consiste na instituição de herdeiro ou legatário, designado fiduciário, com obrigação de, por sua morte, há certo tempo ou sob condição preestabelecida, transmitir a uma outra pessoa, chamada fideicomissário, a herança ou o legado (TARTUCE, SIMÃO, 2008).

III – as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus prestos, ou reverterem em proveito comum. Só se comunicam as dívidas contraídas com os aprestos, ou seja, com os preparativos do casamento e as que são contraídas com o objetivo de proveito comum do casal.

IV – as doações antenupciais de um cônjuge a favor do outro com cláusula de incomunicabilidade.

V – os bens referidos no art. 1.659 do CC/02.

- Regime da Separação Convencional de Bens ou Absoluta

Também é um regime convencional, mas que deve ter sido expressamente determinado pelos cônjuges e permite a cada cônjuge na administração de seu próprio patrimônio. Sua separação atinge todos os bens, sejam os presentes e futuros, bem como os seus frutos e rendimentos ao casamento. A separação dos cônjuges pode ser de duas formas: a pura ou absoluta e a limitada, ou seja, o Art. 1.647. afirma que “*Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta*”, dessa maneira ambos são obrigados a contribuir para as despesas do casal, como em todos os

regimes de bens, em razão da isonomia constitucional, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, onde podem inclusive estabelecer a quota de cada um ou, até mesmo, a dispensa do encargo, bem como fixar regras sobre a administração dos bens.

- Regime da Participação Final dos Aquestos

Consiste em um regime convencional, que deve ser expresso pelo casal antes do casamento e que durante a constância do casamento se aplicam às regras da separação total e na dissolução do casamento aplicam-se as regras da comunhão parcial de bens.

Em última instância podemos resumir que durante a constância do casamento, cada cônjuge tem a exclusiva administração dos seus bens particulares e os adquiridos a qualquer título na constância do casamento, pode dispor livremente os bens móveis e dependendo da outorga ou autorização do outro cônjuge para dispor dos bens imóveis, conforme o art. 1.673, § único e quando no fim do casamento serão apurados os bens de cada um dos cônjuges, cabendo a cada um deles ou de seus herdeiros a metade dos adquiridos onerosamente pelo casal na constância do casamento. O direito a meação pode não ocorrer se houver doações de um cônjuge, sem a autorização do outro. O cônjuge prejudicado pode reivindicar os bens doados, pode ser compensado com outros bens ou ser indenizado em dinheiro, conforme os Arts. 1.675 e 1.676, respectivamente.

Assim, ao final do casamento se quantifica os aquestos pelo montante a ser avaliado na data da dissolução do regime de bens e na partilha judicial são excluídos da soma dos patrimônios próprios, ou seja, os anteriores ao casamento e os sub-rogados; os que pertencem a cada cônjuge a título gratuito, por sucessão ou por liberalidade, pois a divisão é somente para os bens adquiridos a título oneroso (art. 1.672), e as dívidas relativas aos bens aquestos, art. 1.674, III, CC/02. No caso de morte de um dos cônjuges a sua meação é transmitida aos seus herdeiros, a serem convocados pela ordem de vocação hereditária.

- Regime da Separação Legal ou Obrigatório

Temos esse regime como o naturalmente indicado pelo Art. 1.641, CC/02, ou seja, não necessitando ser expresso em pacto antenupcial por se tratar de regime imposto pela lei. Dessa maneira fica mais fácil regular as causas suspensivas da celebração do casamento e proteger os menores de dezesseis anos, maiores de sessenta e as pessoas que necessitam de suprimento judicial para casar como veremos adiante:

- ✓ Embora seja considerada por alguns autores como uma limitação a autonomia da vontade, exclusivamente considerando a idade, deve ser interpretada como uma norma restritiva de direitos, que fere o fundamento Constitucional da dignidade da pessoa humana e presume, indevidamente, a incapacidade dos maiores de 60 anos⁹, indo de encontro, inclusive, ao Princípio da Isonomia, já que há previsão de disciplina jurídica diversa para pessoas de idade inferior. O CC/16 impunha o regime legal para a mulher maior de 50 anos e para o homem maior de 60 anos. O CC/02 observa a isonomia constitucional e estabelece a mesma idade sem a distinção de sexo. Nessa vertente a imposição do regime legal às pessoas maiores de 60 anos vai, também, de encontro com os direitos constitucionais, da igualdade jurídica, da intimidade e da garantia do justo processo legal, considerando a acepção substantiva.
- ✓ As pessoas que dependem de autorização judicial para casar são aquelas que necessitam do suprimento judicial do consentimento dos pais ou o suprimento judicial de idade e mesmo havendo suprimento judicial. Alguns autores afirmam que a jurisprudência observou que não protegia devidamente as pessoas e passou a ter o entendimento que, neste regime, que se comunicavam os aquestos, ou seja, os bens adquiridos na constância do casamento a título oneroso. Assim, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 377: “No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

- O Regime de Bens na União Estável

Na união estável, o regime patrimonial de bens é a comunhão parcial de bens, salvo existência de contrato escrito, conforme previsto no artigo 1.725, CC/02,

que determina: “*na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplicasse às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens*”.

Tem-se algumas causas Suspensivas do Artigo 1.523 do CC/02 que mesmo existindo não impedem a formação e reconhecimento da união estável. É o que dispõe o § 2º do artigo 1.723: “as causas suspensivas do artigo 1.523 não impedirão a caracterização da união estável”. Em contrapartida, temos o artigo 1.725, CC/02, que determina, somente em caso de existência de contrato escrito estipulando de modo diverso, o regime patrimonial de bens na união estável, será o da comunhão parcial de bens.

Há aí o que discutimos anteriormente com a intertemporalidade do direito, visto que a lei impõe o regime obrigatório de bens para as pessoas que se enquadrem em nas hipóteses do artigo 1.641 do CC/02, mas não descaracteriza ou impede a realização do casamento, que é válido para todos os efeitos. O conflito de normas surge, exatamente, neste ponto: “as causas suspensivas, a idade superior a 60 anos ou a necessidade de suprimento judicial para casamento não são impeditivos à caracterização da união estável”.

De acordo com Couto (2005) caracterizada a união estável, a lei (artigo 1.725 CC/02) estabelece o regime de comunhão parcial de bens, salvo existência de contrato escrito. A opção por outro regime patrimonial na união estável, em qualquer hipótese, sem exceção, compete aos companheiros. Não há qualquer previsão legal onde, em determinadas situações – como o faz em relação ao casamento – se imponha o regime de separação obrigatória de bens.

Vimos também que no artigo 226 da Constituição de 1988, há a previsão de proteção estatal para as entidades familiares ali reconhecidas, incluindo-se a união estável, que é um instituto equiparado ao do casamento que, no entanto, continua o paradigma de entidade familiar. Mas, deve ser obrigatório, também, o regime da separação obrigatória de bens para a união estável, nas mesmas situações previstas para o casamento (art. 1.641 CC/02), ou não se aplique, ao casamento, a restrição ao direito da livre estipulação do regime patrimonial de bens, como se dá na união estável.

3.2 REFLEXÃO DO REGIME PATRIMONIAL À LUZ DO CÓDIGO CIVIL

Um dos diferenciais para o presente estudo é que nas relações negociais que envolvem bens patrimoniais familiares o que percebemos é uma busca cada vez maior segurança e menor carga tributária incidente sobre esses bens, claro que dentro da legalidade. A transmissão de bens patrimoniais é uma questão que suscita debate e interessa a todos as entidades familiares que deseja repassar aos seus de maneira segura, os que às vezes levou-se uma vida inteira para construir.

Alguns detentores de bens, hoje já levando em conta o Código Civil já perfazem a doação, em vida, de seus bens patrimoniais de maneira igualitária entre os seus sucessores, desse modo, o que acontece no momento da sucessão: não haverão mais bens a serem inventariados nem impostos incidentes sobre estes bens. Há a opção de testar, o que não representa grande novidade, visto que o testamento é um instituto antigo e bastante utilizado nas relações patrimoniais familiares, o que podemos colocar de diferente é que pelo Código Civil/02, são herdeiros necessários os descendentes, ascendentes e o cônjuge; desse modo a divisão basicamente seria de cinquenta por cento para os herdeiros necessários, e o dono do patrimônio só pode dispor dos cinquenta por cento restantes da maneira como quisesse, ainda que isto não esteja expresso no seu testamento. E o interessante é que o dono dos bens só poderá dispor efetivamente de todos os seus bens se não existir nenhum herdeiro necessário, conforme podemos observar nos dispositivos legais do Código Civil, abaixo transcritos:

Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

Art. 1.847. Calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação.

Art. 1.848. Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima.

§ 1º Não é permitido ao testador estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa.

§ 2o Mediante autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros.

Art. 1.849. O herdeiro necessário, a quem o testador deixar a sua parte disponível, ou algum legado, não perderá o direito à legítima.

Art. 1.850. Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar.

Uma das novidades do Código Civil, o empresário ou empresária casado(a) que constituir pessoa jurídica pode, sem necessidade de outorga conjugal, qualquer que seja o regime de bens, alienar os imóveis que integrem o patrimônio da empresa ou gravá-los de ônus real. É a chamada Holding Familiar. Que consistem em incorporar os bens da pessoa física à pessoa jurídica, estes poderão ser distribuídos livremente, antes mesmo que o sócio venha a falecer. No Brasil No Brasil as holdings surgiram em 1976, por meio da Lei nº. 6.404 (Lei das S/A's). *Holding* nada mais é que uma maneira de um empresário participar de outras sociedades (simples, limitada, sociedade por ações, etc.) através da sua participação com a finalidade de controle sobre aquelas ações.

Na prática uma empresa holding patrimonial tem a finalidade de controlar o patrimônio de uma ou mais pessoas físicas, ou seja, ao invés das pessoas físicas possuírem bens em seus próprios nomes, possuem através de uma pessoa jurídica – a controladora patrimonial, que geralmente se constitui na forma de uma sociedade limitada que, via de regra, tem a seguinte denominação social: Ltda. Segundo Teixeira (2007, p. 8-9) esta:

Apresenta-se como uma medida preventiva e econômica, com o objetivo de ser processada a antecipação da legítima, o controlador doará aos herdeiros as suas quotas, da Holding Pessoal, gravadas com cláusula de usufruto vitalício em favor do doador, além das cláusulas de impenhorabilidade, incomunicabilidade, reversão e inalienabilidade. Caso a vontade das partes seja doar todos os bens do casal, faz-se necessária a anuência expressa de ambos. Para viabilizar a doação será necessário respeitar os seguintes requisitos: Todos os herdeiros necessários devem receber igualmente seus quinhões; deverá ser estabelecida cláusula de usufruto vitalício para o doador, a fim de preservar sua subsistência, bem como conservar seu poder de decisão nos negócios; a doação não pode reduzir o doador ao estado de insolvência, o que causaria prejuízo aos seus credores, que poderiam promover a anulação do contrato de doação (fraude contra credores); essa nulidade estaria ilidida com a reserva

de usufruto para o doador; o doador pode estabelecer que os bens voltem ao seu patrimônio, se sobrevier ao donatário – cláusula de reversão; o doador pode estipular: cláusula de inalienabilidade – impedindo que o herdeiro necessário disponha desses bens; cláusula de impenhorabilidade – os bens não serão garantia das dívidas assumidas pelos herdeiros, no entanto continuarão como garantia das obrigações assumidas pela holding; cláusula de incomunicabilidade – os bens não serão comuns em razão de posterior casamento dos herdeiros necessários (TEIXEIRA, 2007, p. 8-9).

O objetivo final seria reduzir as disputas familiares, facilitar a continuidade do patrimônio, além de proteger o patrimônio familiar e diminuir a onerosidade comum que sofre os bens quando da abertura da sucessão por morte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O casamento vem estabelecer não apenas a comunhão de vida plena entre os cônjuges, mas, uma união de esforços para satisfação de suas necessidades, a estruturação econômico e social de ambos e de seus descendentes. Temos assim, a união de duas pessoas, que deixam de isoladamente de prover suas necessidades, para que em relações patrimoniais ingredientes passam a auxiliarem-se mutuamente para o provimento dessas.

Dentro dessa união encontram-se as diversas massas de bens: as individuais que já existiam antes da união, as comuns que foram formadas durante essa união, os bens de família, patrimônios juridicamente distintos que são os considerados os bens próprios particulares exclusivos do cônjuge que em casos de dissolução conjugal, não são considerados na partilha patrimonial familiar.

Mas, não apenas se encerra no Direito Patrimonial Familiar os bens que estejam em jogo dentro do rol do casal, há também que se discutir essa influência visto que também alguns desses bens atingem a terceiros, usufruto e administração de bens de filhos menores, alimentos e bens de família, que podem estar diretamente ligados ou ainda independem do regime de bens eleito pelos cônjuges.

A discussão acerca dessa temática foi de extrema importância por percebemos que com as modificações advindas com o Código Civil de 2002, trouxe em seu bojo diversas inovações nas relações dos regimes de bens, da imutabilidade desses regimes e sua aplicabilidade ao Direito Intertemporal havendo uma maior separação entre os tipos de bens e o conceito de regimes, aplicando-o ao caso concreto e, principalmente, gerando grandes discussões acerca do assunto.

Discutir a mutabilidade do regime e sua aplicabilidade prática nos mostrou que as discussões vão crescendo e se tornando ainda mais interessantes acerca da partilha de bens após a separação de fato; do divórcio e outras situações de formação familiar, não ficando os bens unicamente tidos como do casal unidos pelo casamento civil.

Optamos pela pesquisa bibliográfica por ser desenvolvida a partir de materiais publicados em livros, artigos, dissertações e teses porque uma pesquisa

bibliográfica não baseia-se basicamente da coleta de material de diversos autores sobre um determinado assunto, ela transcende essa coleta e aprofunda pontos de vista, e foi isso que aconteceu.

Desta maneira achamos tão importante manter essa abordagem: para que pudéssemos discutir e refletir nas questões sociais, com um nível de realidade que não pode ser expresso em números ou meros conceitos quantificados. A pesquisa acerca dos bens patrimoniais e suas relações, foi de sobremaneira, importante, porque trabalhou com um “*universo de significados, motivos, aspirações, crenças, valores e atitudes, o que corresponde a um espaço mais profundo das relações, dos processos e dos fenômenos que não podem ser reduzidos à operacionalização de variáveis*” (MINAYO, 1992, p. 21-22). E ela ultrapassou esses limites, ele nos mostrou um Direito de Família que se adequa à realidade de maneira peculiar, e isso foi comprovado não apenas nos conceitos modernos, mas, nas próprias linhas do tempo que buscavam mostrar o direito de família através dos tempos.

Não tivemos apenas compilação do material, mas tivemos a oportunidade de refletir sobre os conceitos encontrados, como também sua aplicabilidade no Direito Patrimonial Familiar, gerando um resultado que nos leva a perceber que depois do advento da Constituição de 1988, com o Código Civil e, com a aplicabilidade da intertemporalidade no regime de bens, o que em última instância, a sociedade busca é a proteção da entidade familiar – seja em que formato for – deve ser conceituada e protegida para que não haja prejuízos e clara diferenciação de bens patrimoniais familiares que estejam sob incomunicabilidade, mas que possam adaptar-se às próprias sociedades, sua complexidade e transformações na égide familiar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição**: Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

COUTO, Lindajara Ostjen. Regime patrimonial de bens entre cônjuges e direito intertemporal. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 10, n. 582. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6248>>. Acesso em: 29 out..

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. Evolução histórica e legislativa da família e da filiação. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019>

FIORANELLI, Ademar. Bem de Família no Novo Código Civil e o Registro de Imóveis. **Site Instituto de Registro Imobiliário do Brasil – IRIB**. Publicado em: 2006. Disponível em: <<http://www.irib.org.br/obras/bem-de-familia-no-novo-codigo-civil-e-o-registro-de-imoveis>> Consulta em 10.mai.2016,

FIÚZA, Ricardo e outros. **Novo Código Civil Comentado**. 1a. ed. São Paulo: Saraiva.

FRANÇA, Arthur da Gama. A prescrição conjugal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VI, n. 15, nov. Acesso em: 10 nov. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4168>.

GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. **Sinopses Jurídicas Direito de Família**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONTIJO, Juliana e Fernando. Do regime de bens na separação de fato. *In*: Site **COAD, Edição Especial**. out/nov/96, pág. 54; RT, vol. 735, pág. 131, jan/96 – out/nov/96. Acesso 12 nov. Disponível em: < <http://www.gontijo-familia.adv.br/do-regime-de-bens-na-separacao-de-fato/>>.

GONTIJO, Juliana. Direito de Família no Código Civil de 10/01/02. **Site Juliana e Fernando Gontijo** – Advocacia e Consultoria das Famílias e Sucessões. Publicado em mai. 2003. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/paginas/Material%20didatico/Familia%20-%20introducao%20geral.pdf>> . Consulta em 15.mai.2016.

GUIMARÃES, Marilene Silveira. Bem de Família segundo o novo Código Civil: Análise comparativa com a lei 8009/80. **Site Juliana e Fernando Gontijo** – Advocacia e Consultoria das Famílias e Sucessões. Publicado em maio. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/marilene/Bem.pdf> Consulta em 15. Maio. 2016

HIROMI, Higuchi. **Imposto de Renda das Empresas, interpretação e prática**. 30a ed. São Paulo/SP: IR Publicações Ltda,, 2005.

LAKATOS, Maria Eva. MARCONI, Maria de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Atlas, 1992.

MANFRÉ, José Antônio Encinas. Regime Matrimonial de Bens no novo Código Civil. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2003.

MINAYO, M. C. S. **O desafio do conhecimento**: pesquisa qualitativa em saúde. São Paulo: Hucitec/ABRASCO, 1992.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família**: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey.

PIRES NETO, Ari Álvares. Inovações Do Bem De Família No Novo Código Civil Brasileiro. **Site Instituto de Registro Imobiliário do Brasil – IRIB. Publicado em: 2009. Disponível em: <http://www.irib.org.br/obras/inovacoes-do-bem-de-familia-no-novo-codigo-civil-brasileiro>.**

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**. Direito das sucessões. 2a. ed. São Paulo: Método, 2008.

TEIXEIRA, João Alberto Borges. Holding Familiar Tipo societário e seu regime de tributação. **Site Instituto Brasileiro de Direito Empresarial**. Tupã/SP, 10 de maio. Disponível em: http://www.ibrademp.org.br/UserFiles/Artigo_Holding_Familiar.pdf. Consulta em 15.jan.2016.

WALD, Arnold. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: o Novo Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2004.