



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO**

**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU***

**DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

**FABÍOLA SILVA LIMA**

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO PROCEDIMENTO DE  
ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS DO MATRIMÔNIO**

Salvador  
2018

**FABÍOLA SILVA LIMA**

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO PROCEDIMENTO DE  
ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS DO MATRIMÔNIO**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de Direito e  
Gestão como requisito parcial para a obtenção de grau de  
Especialista em Direito Processual Civil

Salvador  
2018

**FABÍOLA SILVA LIMA**

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO PROCEDIMENTO DE  
ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS DO MATRIMÔNIO**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau Especialista em Direito Processual Civil, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / 2018

## AGRADECIMENTOS

Enfim, concluído! Um dos degraus mais desafiadores da minha vida acadêmica e profissional, que me fez lidar com o que há de melhor e pior em mim. E como é gratificante compreender, que apesar de tudo, posso ser (sempre) a melhor versão de mim mesma.

Obrigada meus pais, Fernando e Rosa, por viabilizarem essa pós graduação sem pestanejar. A confiança, cuidado e amor que nutrimos um pelos outros é lindo. Vocês são meu começo, meio e fim, por toda minha vida.

Às minhas irmãs, Fernanda e Fabrícia, gratidão pelo apoio, pela felicidade conjunta, pelos pesos compartilhados, por tornarem a minha caminhada terrena mais fácil de ser vivida. Vocês acreditam em mim mais do que eu mesma.

À Família Costa e Silva Advocacia Especializada, obrigada pelo companheirismo. Trabalhar em um ambiente de paz, dedicação e harmonia permitiram que eu me mantivesse forte e tranquila para concluir este trabalho.

À todos que por mim passaram, pelo que me ensinaram, pelo que aprendi e senti.

Obrigada Deus, Universo e todas as boas energias que me permitiram desfrutar de uma vitória tão batalhada como essa.

Gratidão é a palavra!

## RESUMO

O presente trabalho versa acerca do procedimento especial de jurisdição voluntária para alteração do regime de bens do casamento e a inconstitucionalidade da exigência de motivação e justificativa para fundamentar o pedido. Desde a Constituição Federal de 1988, a autonomia privada ganhou força no âmbito das relações familiares, especialmente nas questões de natureza patrimonial e disponível, como o regime de bens. A mesma Carta Magna também disciplinou direitos fundamentais à liberdade, privacidade, intimidade e inviolabilidade familiar, introduzindo a intervenção estatal mínima na seara familiar. Todavia, apesar das novas exigências da sociedade moderna, com críticas antigas à mutabilidade do regime de bens prevista no Código Civil de 2002, o atual Código de Processo Civil pecou ao manter o mesmo regramento legal para a modificação do regime, deixando de se adequar à contemporaneidade ao não promover o afastamento da exigência de motivação e justificativa para o procedimento autônomo de modificação do regime, bem como na manutenção da autorização judicial para a promoção de efeitos jurídicos à vontade consensual do casal, sem prever a possibilidade pela via administrativa.

**Palavras chaves:** Família; Casamento; Regime de Bens; Procedimentos especiais de jurisdição voluntária; Liberdade; Autonomia; Privacidade; Intimidade; Intervenção Mínima; Ações de Família; Inconstitucionalidade.

## **LISTA DE ABREVIATURA**

Art. – Artigo

CC/02 – Código Civil de 2002

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CPC/15 – Código de Processo Civil de 2015

CPC/73 – Código de Processo Civil de 1973

MP – Ministério Público

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2. ASPECTOS RELEVANTES DO DIREITO DAS FAMÍLIAS .....</b>	<b>12</b>
2.1 ORIGEM E OBJETO .....	12
2.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA FAMÍLIA E AS FONTES DO DIREITO.....	16
2.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES .....	19
2.4 O CASAMENTO COMO ENTIDADE FAMILIAR CLÁSSICA .....	29
2.5 EFEITOS ECONÔMICOS .....	34
<b>3. PROCEDIMENTOS ESPECIAIS DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA .....</b>	<b>39</b>
3.1 A JURISDIÇÃO .....	39
<b>3.1.1 Características e Elementos de Diferenciação da Jurisdição Voluntária.....</b>	<b>41</b>
<b>3.1.2 Natureza Jurídica e Classificação.....</b>	<b>46</b>
3.2 OS PROCEDIMENTOS JUDICIAIS .....	52
<b>3.2.1 A Tradição Jurídica do Procedimento Uniforme e o Procedimento Comum.....</b>	<b>53</b>
<b>3.2.2 Os Procedimentos Especiais e o Direito ao Procedimento Adequado .....</b>	<b>58</b>
3.3 OS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA .....	64
<b>4. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE NO PROCEDIMENTO ESPECIAL DE ALTERAÇÃO DO REGIME PATRIMONIAL DE BENS.....</b>	<b>69</b>
4.1 REQUISITOS E PROCEDIMENTO .....	70
4.2 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DE MOTIVAÇÃO .....	79
<b>4.2.1 A liberdade, dignidade e privacidade como limites .....</b>	<b>81</b>
<b>4.2.2 Inviolabilidade da Família e o Intervencionismo Estatal Mínimo .....</b>	<b>88</b>
<b>4.2.3 A postura do Juiz e os limites para sua atuação.....</b>	<b>93</b>
4.3 IMPOSSIBILIDADE DE ACESSO À VIA ADMINISTRATIVA .....	100
<b>5. CONCLUSÃO .....</b>	<b>105</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>108</b>

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 introduziu o Estado Democrático de Direito, com a consagração de direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, liberdade, privacidade e intimidade.

À luz desses novos vetores axiológicos, o modelo familiar foi ressignificado, passando a ser compreendido como núcleo primário de realização da pessoa humana, existente em razão dos seus componentes e para a promoção do desenvolvimento da personalidade e da felicidade de cada um.

Nesse contexto, a liberdade familiar está acompanhada de aspectos morais, éticos, afetivos e solidários, que tem como pressuposto a convivência saudável de todo o núcleo, em um contexto coletivo e individual. Lado a lado da liberdade, erigiu-se à condição de direito fundamental a privacidade e intimidade, com a proibição de intromissões externas desmedidas, complementada pela inviolabilidade da esfera mais íntima da vida humana: o relacionamento do sujeito com si mesmo.

O grande desafio dos operadores do direito é conseguir equilibrar o direito à liberdade e à autonomia com os interesses de ordem pública, garantindo a exclusiva atuação protetora-provedora-assistencialista do Estado, sem intervenções excessivas.

Indo de encontro com essa nova perspectiva constitucional, o atual Código de Processo Civil perdeu a oportunidade de modificar o regramento sobre a alteração do regime de bens do casamento, incorrendo em flagrante inconstitucionalidade ao manter a necessidade de processo judicial, sem viabilizar a via extrajudicial, ao mesmo tempo em que manteve a exigência de apresentação da motivação e justificativas.

O regramento processual limita a vontade dos cônjuges sobre os aspectos patrimoniais incidentes na comunhão de vida que desejam criar, afastando a força determinante da afetividade e tornando invasiva a intervenção do legislador.

Deste modo, o presente estudo objetiva analisar a constitucionalidade do art. 734 e seguintes do Código de Processo Civil, criticando o excesso de formalismo e a necessidade da adequação jurisdicional com a flexibilização e desburocratização do procedimento, para tutelar o direito material da melhor forma, inclusive com a possibilidade da via extrajudicial.



Para atender aos questionamentos formulados e alcançar as discussões propostas com este trabalho, foram utilizados a pesquisa bibliográfica, acompanhada da técnica descritiva para discorrer acerca da Constituição Federal, do Código Civil e do atual Código de Processo Civil, bem como os posicionamentos dos Tribunais Superiores acerca das ações de família.

O trabalho está estruturado em três capítulos de desenvolvimento, que abordam desde noções introdutórias até a demonstração prática do tema escolhido, de modo a construir, com embasamentos jurídicos e sociais, a percepção sobre a inconstitucionalidade do modelo mantido pelo legislador processualista para a alteração do regime patrimonial de bens no curso do matrimônio.

No primeiro capítulo foram trazidos elementos conceituais e gerais a respeito do Direito das Famílias, destrinchando sua origem, objeto e princípios norteadores, com foco no casamento enquanto entidade familiar clássica e seus aspectos patrimoniais e econômicos.

O segundo capítulo se dedicou a análise da jurisdição voluntária, natureza, características e elementos de diferenciação da jurisdição comum, esmiuçando a tradição jurídica de um procedimento único e uniforme para tutelar qualquer direito, e comparando-a com a urgente e antiga necessidade de um procedimento adequado às peculiaridades do direito material discutido, o que fundamentou a criação dos procedimentos especiais.

Por último, o terceiro capítulo trata sobre o procedimento especial de alteração do regime patrimonial de bens do casamento, espécie de jurisdição voluntária, analisando os fundamentos para a defesa da inconstitucionalidade do atual regramento, considerando a liberdade, dignidade, privacidade, inviolabilidade familiar e intervencionismo estatal mínimo.

Critica-se, ainda, a ausência de previsão legal da via extrajudicial para a modificação do regime, com o estudo sobre a conduta que deve ser adotada pelos operadores do direito, especialmente os magistrados, para promover a desburocratização do procedimento, compreendendo a possibilidade de decisão com base na equidade como uma ferramenta indispensável para o alcance da finalidade das normas, permitindo a ampliação da discricionariedade e do poder criativo sem extrapolar os direitos fundamentais.

Ao final, o presente trabalho expõe as suas conclusões, fazendo menção às referências utilizadas para o seu desenvolvimento.

## 2. ASPECTOS RELEVANTES DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

### 2.1 ORIGEM E OBJETO

Não há como falar em seres humanos e agrupamentos humanos sem, necessariamente, perpassar pelo conceito de família.

A família é a estrutura social básica, onde o ser humano nasce, cresce, se desenvolve e se estabelece como sujeito, iniciando a sua convivência em sociedade em busca da realização pessoal. É, portanto, “o primeiro agente socializador do ser humano”<sup>1</sup> ou, nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “o fenômeno humano em que se funda a sociedade”<sup>2</sup>.

Apesar das relações afetivas não serem exclusivas da espécie humana – considerando o acasalamento como mecanismo sempre existente entre os seres vivos –, os seres humanos alcançaram um nível mais elevado de afeto, se unindo espontaneamente por uma química biológica além do instinto de perpetuação da espécie<sup>3</sup>.

Foi a partir da família que a sociedade passou a se organizar, exigindo do Direito a transformação dos fatos da vida em normas juridicamente tuteladas. Para tanto, precisou-se regulamentar a construção cultural da família, permitindo ao Estado o cumprimento do seu dever de sistematização das relações entre as pessoas.

Esta família, origem da sociedade, recebeu atenção especial do Estado, que tem como função primordial preservar o instituto sobre o qual repousam suas bases. Assim consagra a Constituição Federal em seu artigo 226 “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”<sup>4</sup>, e também a Declaração Universal dos Direitos do Homem que estabelece que “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 30.

<sup>2</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 33.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 29

<sup>4</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 18 fev. 2018.

<sup>5</sup> Art. 16, III. ONU, **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em <[https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)>. Acesso em: 09 maio 2018.

Nessa perspectiva, é incontroverso que a família natural surgiu muito antes do Estado e do próprio Direito, razão pela qual a família juridicamente regulada jamais conseguirá corresponder à realidade vivida no presente, muito menos contemplar as inquietações da família contemporânea.

Bem por isto, é impossível atrelar à família um conceito estático e definitivo, já que falamos de uma instituição composta por seres humanos. As formas de se relacionar e os valores e ideais predominantes em cada momento histórico, promoveram (e ainda promovem) uma inerente mutabilidade da compreensão da família, de modo que

(...) a família tem seu quadro evolutivo atrelado ao próprio avanço do homem e da sociedade, mutável de acordo com as novas conquistas da humanidade e descobertas científicas, não sendo crível, nem admissível, que esteja submetida a ideias estáticas, presas a valores pertencentes a um passo distante, nem a suposições incertas de um futuro remoto. É realidade viva, adaptada aos valores vigentes.<sup>6</sup>

No momento histórico da edição do Código Civil Brasileiro de 1916, por exemplo, influenciado pela Revolução Francesa, o modelo de família era patriarcalizado e hierarquizado, exclusivamente decorrente do casamento, sendo compreendida como uma unidade de produção.

Não havia mínima preocupação com os laços afetivos. As pessoas se uniam com vistas a procriação e constituição de patrimônio comum, para sua posterior transmissão aos herdeiros<sup>7</sup>.

Com a Revolução Industrial e os avanços sociais, introduzindo a mulher no mercado de trabalho, levando à migração dos campos para as cidades, houve o enxugamento da visão de família entendendo-a como um pequeno grupo formado pelo casal e seus filhos, com uma conseqüente aproximação afetiva<sup>8</sup>.

Avançou-se para uma compreensão socioafetiva da família, abandonando o casamento como única forma de organização dos vínculos interpessoais. Surgiram novas representações sociais e arranjos familiares, descentralizados, democráticos e desmatrimonializados, evidenciando o desenvolvimento da personalidade humana<sup>9</sup>.

A pós-modernidade com seu avanço científico, cultural e tecnológico, acompanhada da globalização, abandonou a visão institucionalizada da família abrindo espaço para uma

---

<sup>6</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 35.

<sup>7</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 30.

<sup>8</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>9</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, 2016, p. 35.

família plural, multifacetada e aberta, compreendida como um “núcleo privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana”<sup>10</sup>.

Hoje, o casamento, a união estável, as uniões homoafetivas, a família monoparental, e até mesmo o poliamor, são encarados como núcleos familiares cuja função primordial é a formação de pessoas humanas dignas, pautadas na solidariedade social e no progresso humano.

O caráter plural das entidades familiares afirmado pela Constituição Federal, com a consagração dos princípios da dignidade da pessoa humana, solidariedade social e isonomia, repercutiram na mudança conceitual do Direito das Famílias.

Atualmente ele é compreendido como um “conjunto de normas-princípios e normas-regras jurídicas que regulam as relações decorrentes do vínculo afetivo, mesmo sem casamento, tendentes à promoção da personalidade humana, através de efeitos pessoais, patrimoniais e assistenciais”<sup>11</sup>.

E é tradicionalmente dividido em três eixos temáticos: o direito matrimonial – que regulamenta o casamento, sua celebração, efeitos e regime de bens; o direito parental – que diz respeito às relações de parentesco, incluindo adoção; e o direito assistencial – incluindo os alimentos, tutela e curatela<sup>12</sup>.

Por tutelar o ser em seus diversificados interesses morais, existenciais e materiais, o Direito das Famílias está incluído na estrutura do Direito Civil, com normas de natureza predominantemente particular, submetido à autonomia privada.

Entretanto, em decorrência do interesse estatal na organização das estruturas familiares, há forte presença de normas de ordem pública, imperativas e cogentes, que visam impor limitações às pessoas para atender aos interesses da coletividade, dizendo respeito, inclusive, à implementação de políticas públicas.

---

<sup>10</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 37.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 43

<sup>12</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 35.

Via de regra, tais normas incidem sobre questões familiares existenciais, a exemplo das questões relativas à filiação e ao bem de família, cuja natureza é indisponível, personalíssima, irrenunciável e inalienável, mitigando, relativamente, a autonomia privada<sup>13</sup>.

Apesar da utilização de normas imperativas para regulamentação das relações familiares, deslocar o Direito das Famílias para o Direito Público configura verdadeiro contrassenso. Não existe nada mais privado do que o ser humano e seus vínculos interpessoais, núcleo em que nasce, cresce, se desenvolve e morre, o qual é nutrido e unido pelo afeto.

Como escreveu Silvio de Salvo Venosa, pender o Direito das Famílias para um perfil publicista é abrir as portas para um intervencionismo estatal intolerável na vida íntima, situação incompatível com um Estado Democrático de direito, cujo objetivo é a tutela e proteção da família através de uma intervenção mínima e indireta, apenas quando essencial para a manutenção desta estrutura<sup>14</sup>.

Assim, o interesse fundamentalmente presente diz respeito à pessoa humana, inclusive os interesses patrimoniais de família, como o regime de bens do casamento, de modo que normas de cunho disponível e submetidos à autonomia privada também estão fortemente presentes.

Independente desta discussão, o Direito das Famílias existe para regulamentar o direito dos seus membros, enquanto coletividade e individualidade, que estão cada vez mais em pé de igualdade e preocupados com suas realizações individuais.

Além disso, este ramo também se dispõe à criação de obrigações e direitos para os núcleos familiares especiais, aqueles vulneráveis e necessitados, como o nascituro, a criança, o adolescente e os idosos, que são juridicamente protegidos por legislações específicas<sup>15</sup>.

Por estar intimamente atrelado ao aspecto mais profundo e sensível dos seres humanos, e ao seu núcleo básico de convivência social, o Direito das Famílias certamente é um dos ramos da ciência jurídica com o mais elevado grau de dificuldade para editar normas jurídicas e regulamentar os fatos sociais.

---

<sup>13</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 46.

<sup>14</sup> Para Silvio de Salvo Venosa, diante das particularidades deste ramo do direito seria possível considerar, em um futuro próximo, o surgimento de um microsistema jurídico específico para o direito das famílias, na zona intermediária entre o direito público e o privado. Atualmente os seus estudos vem ganhando autonomia e especialistas exclusivos, exigindo a edição de um tratamento legal autônomo, com um Código ou Estatuto das Famílias, que incluiria o direito sucessório, do menor e institutos correlatos, intimamente ligados à família. Foi com base nesta tendência que o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM elaborou o Estatuto das Famílias, projeto de lei que tramite perante o Senado Federal, PLS 470/2013 (VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 6, p. 12 *et seq.*)

<sup>15</sup> MADELENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.39.

A evolução humana, social e cultural é constante e crescente. O processo histórico e as turbulências dele naturalmente decorrentes criam um cenário extremamente difícil para os operadores do Direito.

A realidade é sempre anterior ao Direito, dinâmica, rica e muito mais ampla. Ainda que a ciência jurídica se disponha a abarcar todas as situações fáticas no seu âmbito de regulamentação, a existência de lacunas é decorrência lógica do sistema, uma vez que “a moldura dos valores juridicamente relevantes torna-se demasiado estreita para a riqueza dos fatos concretos”<sup>16</sup>.

Em razão disto, a aplicação do direito exige o socorro aos princípios constitucionais dispostos, expressa e implicitamente, na Constituição Federal, especialmente no âmbito familiar, tendo em vista ter sido o constituinte quem estabeleceu as diretrizes básicas do Direito das Famílias, norteando todo o tecido infraconstitucional em consonância com o espírito igualitário e solidário das garantias fundamentais<sup>17</sup>.

## 2.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA FAMÍLIA E AS FONTES DO DIREITO

No período do Código Civil de 1916, a sociedade era iminentemente rural e patriarcal, hierarquizada na figura do pai/marido, considerado chefe, administrador e representante da sociedade conjugal. As mulheres se dedicavam exclusivamente ao lar, sendo enquadradas como incapazes e inferiores, enquanto os filhos se submetiam à autoridade paterna<sup>18</sup>.

Somente se reconhecia enquanto família aquela decorrente do vínculo matrimonial, o qual era indissolúvel e de conotação essencialmente patrimonial e produtiva. Assim, a família refletia os valores de uma sociedade agrícola e patrimonialista, guardando profundos traços com a família da Antiguidade.

Com o passar do tempo, a globalização, o surgimento da *internet* e a conseqüente ampliação das relações intersubjetivas, se criou uma atmosfera de abertura e liberação dos costumes,

---

<sup>16</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 28.

<sup>17</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 6, p. 56.

<sup>18</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 6, p. 16.

responsável por incentivar movimentos sociais ao redor do mundo, como o feminismo e o homossexualismo<sup>19</sup>.

No âmbito familiar, a família assumiu uma concepção plural e multifacetada, formada a partir de qualquer modelo de convivência afetiva ligado por traços biológicos ou sociopsicoafetivos<sup>20</sup>.

A sociedade passou a enfrentar resistências e vencer barreiras, conduzindo o legislador a reconhecer práticas sociais antes desconhecidas. Exigiu-se, assim, uma mudança na postura do Estado, fazendo surgir o Estado Democrático de Direito.

Essa modalidade de Estado buscou equilibrar o dever de efetivação dos direitos sociais já conquistados, com a participação ativa do povo. A sua missão foi promover, com a máxima efetividade, os direitos fundamentais do indivíduo, rompendo

(...) com os injustos valores individualistas propostos pelo liberalismo burguês, verdadeiros responsáveis pelas desigualdades sociais, para que enfim fosse realizada a justiça social, por meio da concretização da igualdade entre os indivíduos, entendida em sua vertente material.<sup>21</sup>

Consagrado pela CF/88 desde o seu art. 1º<sup>22</sup>, a norma constitucional fez questão de esmiuçar as sólidas bases sobre as quais se fundava a democracia, se preocupando com o dever de transformação da realidade social ao disciplinar em seu art. 3º<sup>23</sup> os objetivos da República Federativa do Brasil.

O pós positivismo jurídico representou para o ordenamento brasileiro a ascensão dos valores, consagrou a essencialidade dos direitos fundamentais, reconheceu os princípios enquanto normas e conferiu dimensão axiológica e teleológica ao constitucionalismo moderno<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 78.

<sup>20</sup> MATTOS NETO, Antônio José. A Constitucionalização do Direito de Família. **Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará**. Belém: ESM-PA, v. 1, n. 1, nov.2008, p. 31.

<sup>21</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 79.

<sup>22</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. (BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 fev. 2018.)

<sup>23</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (*Ibidem*)

<sup>24</sup> CAVALCANTI, Camilla de Araujo. **A constituição e a dignidade da pessoa humana na tutela das famílias pós-modernas**. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, p. 84.

Além de introduzir os princípios enquanto verdadeiros orientadores dos processos hermenêuticos e decisórios, de conteúdo predominantemente ético, responsáveis pela reaproximação da Constituição Brasileira aos valores sociais.

Com a valorização da principiologia constitucional, o grande destaque foi a introdução do princípio da dignidade da pessoa humana, trazendo impactos significativos para o Direito das Famílias.

O conceito de entidade familiar foi ressignificado ao disciplinar como núcleo essencial os indivíduos, pautando-se na solidariedade, afetividade, promoção do desenvolvimento da personalidade e busca pela realização pessoal de cada um.

Deixou-se de lado a visão de família enquanto instituição, para se consagrar a família como instrumento de desenvolvimento da pessoa humana, merecendo especial proteção do Estado na medida em que promove a dignidade dos seus participantes.<sup>25</sup>

Ocorreu a “universalização e a humanização do direito das famílias, que provocou um câmbio de paradigmas”<sup>26</sup> ao se reconhecer outras formas de conjugabilidade além do casamento, prever a igualdade substancial entre homem e mulher, equiparar o direito dos filhos independentemente de sua origem e permitir a dissolução do matrimônio.

Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

A família do novo milênio, ancorada na segurança constitucional, é igualitária, democrática e plural (não mais necessariamente casamentária), protegido todo e qualquer modelo de vivência afetiva e compreendida como estrutura sociafetiva, forjada em laços de solidariedade<sup>27</sup>.

Assim, o império do *ter* deu lugar ao triunfo do *ser*, e o ser humano passou a ser visto enquanto o sujeito de direito natural, único capaz de agir com plena autonomia e finalidade própria, guiando-se pelas suas vontades internas e fazendo evidenciar

Cada vez de modo mais patente, que o fundamento último e a própria *ratio essendi* de um direito justo não é outro senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, como um ser que encerra um fim em si mesmo, cujo valor ético intrínseco impede qualquer forma de degradação, aviltamento ou coisificação da condição humana<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 6, p. 41.

<sup>26</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. p. 36.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>28</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 128.



A nova tábua axiológica consagrada pela CF/88 promoveu uma releitura do Direito Civil como um todo, tanto para afastá-lo dos preceitos presentes nas codificações anteriores, como o individualismo e o patrimonialismo, quanto para reexaminar os seus conceitos tradicionais a partir da observância da dignidade da pessoa humana, assegurando um lastro mínimo de direitos fundamentais capazes de prover uma existência digna.<sup>29</sup>

A partir disso, a fonte principal do Direito das Famílias foi redirecionada para a Constituição Federal, “que chamou para si o papel de lei fundamental da família até então ocupado pelo Código Civil de 1916 e leis esparsas”<sup>30</sup>.

Deste modo, o Código Civil de 2002 e demais microsistemas jurídicos, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, passaram a ser estudadas tendo como parâmetro os princípios constitucionais encartados na Carta Magna, sobretudo a dignidade da pessoa humana, a afetividade e a solidariedade, enquanto macroprincípios das relações familiares.

Há que se falar, portanto, na verdadeira constitucionalização do Direito das Famílias, ponto de partida para compreensão das digressões contidas no presente trabalho.

### 2.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES

As legislações não são capazes de acompanhar a realidade e a evolução social, sobretudo no âmbito familiar, onde a vida e as relações sociais são extremamente ricas, complexas e amplas, com mais peculiaridades do que qualquer norma positivada poderia conter.

O Direito das Famílias precisa ser diuturnamente reorganizado para buscar em outras fontes os elementos necessários para aproximá-lo da justiça. É preciso desvinculá-lo dos valores sociais estigmatizantes que predominam na origem das normas, nos textos legais e, especialmente, no pensamento indissociável dos operadores do direito, a fim de que se possa preservar a natureza multifacetária de suas relações.

---

<sup>29</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: sucessões**. São Paulo: Editora Atlas, 2015, v.7, p.14.

<sup>30</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 81.

É nesse contexto que os princípios exercem a função de mandamentos de otimização, que garantem a dinamicidade inerente às relações familiares, ao mesmo tempo em que permitem o preenchimento das profundas – e inevitáveis – lacunas deixadas pelas normas.

O estudo das famílias se inicia com o princípio da dignidade da pessoa humana, hoje considerado vértice do Estado Democrático de Direito, pressuposto de existência e finalidade da ordem jurídica<sup>31</sup>.

Este princípio reconhece a pessoa humana como ser dotado de consciência racional e moral, ser pensante e desejante, capaz de responsabilidades e liberdade, com dignidade ao invés de um valor ou preço<sup>32</sup>.

Neste sentido é que a família consagrada pelo art. 226 da CF/88 (expressamente em seu §7º<sup>33</sup>), é entendida como núcleo primário de realização da pessoa humana, que existe em razão dos seus componentes e para promoção do desenvolvimento da personalidade de cada um.

Convencionou-se modernamente o significado eudemonista de família, pautado na afetividade e busca pela dignidade, felicidade pessoal e solidariedade dos seus membros, trazendo a dignidade do homem como essência, pelo simples fato de ser substancialmente humano<sup>34</sup>.

Ao lado da dignidade da pessoa humana existe o princípio da solidariedade, outro elemento essencial da hermenêutica constitucional (art. 3º da CF). No âmbito familiar, esta solidariedade está intrinsecamente relacionada ao afeto e fraternidade, de modo que os entes devem respeitar as diferenças de cada um como forma de garantir a dignidade de todos.

Em sua perspectiva interna, esta solidariedade diz respeito ao vínculo entre os participantes da família, com o dever de cooperação, respeito recíproco e auxílio mútuo, onde todos devem se esforçar para que o outro se desenvolva, alcance a felicidade e garanta a sua dignidade pessoal. É com base neste espírito que se pautam as normas de assistência recíproca entre os

---

<sup>31</sup> CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 260.

<sup>32</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 114 *et seq.*

<sup>33</sup> Art. 226, § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 fev. 2018.)

<sup>34</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 6, p. 24.

cônjuges (art. 1.566, III, do CC/02), o *múnus* familiar de cuidado dos filhos enquanto menores (art. 1.630, CC/02) e o dever familiar de prestar alimentos (art. 1.694)<sup>35</sup>.

A perspectiva externa, por sua vez, incide sobre as relações entre os grupos familiares e a comunidade e o meio ambiente, vinculando o Estado e a sociedade civil a um dever de proteção dos direitos humanos através da implementação de políticas públicas de atendimento às necessidades dos vulneráveis e marginalizados, como as crianças, os adolescentes e os deficientes, garantindo às famílias o mínimo necessário para o desempenho de suas funções<sup>36</sup>.

No contexto da dignidade humana e solidariedade familiar sobressai o princípio jurídico da afetividade, que ganhou força a partir do século XX, quando a família se afastou dos aspectos individuais e patrimonialistas para dar espaço aos vínculos decorrentes do amor e afeto.

Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira, a contemporaneidade foi marcada pela transformação do afeto em um valor jurídico, erigindo-o, posteriormente, ao *status* de princípio jurídico do qual necessariamente surge a família. Mais do que uma união de laços meramente consanguíneos ou patrimoniais, a família passou a estar ligada pelo afeto.<sup>37</sup>

É o que se extrai, por exemplo, do art. 1.593 do Código Civil, que estabelece o parentesco como “(...) natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”<sup>38</sup>.

Este princípio constitucional implícito, apesar de ser um elemento estrutural, não é o único que garante a existência de um núcleo familiar. O afeto coexiste com a estabilidade, solidariedade e liberdade, derivando da convivência e confiança entre os membros e legitimando todas as formas de família.

Assim,

O afeto caracteriza a entidade familiar como uma verdadeira rede de solidariedade, constituída para o desenvolvimento da pessoa, não se permitindo que uma delas possa violar a natural confiança depositada por outra, consistente em ver assegurada a dignidade humana, assegurada constitucionalmente. E mais: o afeto traduz a confiança que é esperada por todos os membros do núcleo familiar e que, em concreto, se materializa no necessário e imprescindível respeito às peculiaridades de cada um de seus membros, *preservando a imprescindível dignidade de todos*.<sup>39</sup>

<sup>35</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 56.

<sup>36</sup> VILAS-BÔAS, Renata Malta. A importância dos Princípios Específicos do Direito das Famílias. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo. v. 12, n. 63, dez/jan. 2011, p. 30.

<sup>37</sup> PEREIRA, R Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 218.

<sup>38</sup> BRASIL. **Código Civil: Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF, 11 jan 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 03 mar. 2018.

<sup>39</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 131.

Os vínculos afetivos promoveram profundas transformações nos modelos clássicos de entidades familiares, tornando socialmente incompatível a matrimonialização da família. Isso fez surgir famílias mais igualitárias quanto ao sexo, idade, tempo e componentes, muito mais ligadas ao desejo e à comunhão de vida do que às regras socialmente impostas<sup>40</sup>.

Isto é, passou-se a perceber que a família não decorre pura e simplesmente de um casal reprodutor, que dá origem a um pai, uma mãe e um filho, legitimando a sexualidade entre os homens e servindo de base para a construção de um patrimônio. A família se tornou aquilo que essencialmente é: um núcleo transformador, libertador e estruturador dos sujeitos em sua individualidade, cada um ocupando seu lugar e função, unidos em nome do afeto e da comunhão do amor, sem necessariamente estarem ligados biologicamente.<sup>41</sup>

O Estado passou a reconhecer essas outras formas de família não só através da regulamentação do casamento, da união estável e da família monoparental, como chancelando o princípio da pluralidade ao excluir a expressão “constituída pelo casamento” contida nas constituições anteriores.<sup>42</sup>

À medida que se compreendeu a família como toda forma de união pautada no amor, afeto e cuidado, decorrente de vínculos biológicos ou não, permitiu-se o surgimento de arranjos familiares diversificados, que necessitavam ser retirados da marginalização e do manto da ilegalidade, para verdadeiramente materializar os princípios da liberdade, igualdade e dignidade.

Seja qual for a forma, solenidade ou convenção social, sendo um núcleo de formação da pessoa humana digna e feliz, existirá uma família que demandará especial proteção do Poder Público.

Como resultado das novas compreensões e conceituações familiares, com a inauguração de princípios específicos para o estudo do Direito das Famílias, houve o reconhecimento de que a família, como qualquer outro instituto, precisa cumprir a função e finalidade a que se destina, permitindo a realização individual dos seus membros em favor de toda a sociedade.

A ciência jurídica é um sistema aberto composto de regras e princípios, produtos de uma cultura e frutos das aspirações de uma sociedade. Em razão disto, todo instituto jurídico é

---

<sup>40</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 53.

<sup>41</sup> PEREIRA, R Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 199 *et seq.*

<sup>42</sup> *Ibidem, loc. cit.*

criado com uma determinada função visando o alcance de um determinado fim, os quais, obrigatoriamente, precisam ser observados, sob pena de desvirtuar sua razão de ser<sup>43</sup>.

É com base nisso que a Constituição Federal disciplina, por exemplo, a função social da propriedade e a função social do contrato, espíritos que também são reproduzidos pelas normas infraconstitucionais como forma de reforçar a sua observância na aplicação.

Obviamente, que os institutos do Direito das Famílias não poderiam ser diferentes. Estudá-los demanda dos operadores atenção voltada para os princípios constitucionais, buscando a efetivação da dignidade do homem, solidariedade social, liberdade e igualdade<sup>44</sup>. É esta a função social da família.

A tábua axiológica escolhida pela CF/88 foi a dignidade da pessoa humana, como já explanado no presente trabalho. Entretanto, é importante destacar que essa dignidade não pode ser vista apenas sob a ótica da individualidade, para não correr o risco de sua aplicação egoística.

A dignidade humana também pressupõe o seu aspecto social, considerando o homem enquanto ser essencialmente sociável, possuindo na família o seu primeiro núcleo de contato e integração social.

Portanto, a família não pode ser compreendida como um fim em si mesmo, ou uma espécie de instituto que goza de personalidade jurídica própria, sem se questionar suas razões de existir. Ela é um instrumento de desenvolvimento da personalidade, ambiente seguro para uma saudável convivência, meio de realização da dignidade e potencialidades de cada um dos seus membros<sup>45</sup>.

Seja para reconhecer a união estável homoafetiva, aceitar o vínculo de parentesco decorrente da adoção, garantir a impenhorabilidade do bem de família, facilitar a dissolução do casamento ou autorizar a mutabilidade do regime de bens na constância da união, o tratamento dos institutos ligados à comunidade familiar deve garantir a sua funcionalidade ao atender os anseios constitucionais de proporcionar um lugar privilegiado para a boa convivência e dignificação dos seus membros.

---

<sup>43</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Função social da família e jurisprudência brasileira**. Disponível em: < [http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/177.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/177.pdf)>. Acesso em: 06 mar. 2018.

<sup>44</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 132.

<sup>45</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Função social da família e jurisprudência brasileira**. Disponível em: < [http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/177.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/177.pdf)>. Acesso em: 06 mar. 2018.

Neste sentido, é que a preservação da função social da família também possui a perspectiva de proteção do núcleo familiar contra as ingerências indevidas de terceiros – incluindo o Estado, vedação expressamente recepcionada pelo legislador civilista no artigo 1.513 que assim diz: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”<sup>46</sup>.

O referido artigo é reflexo da previsão constitucional de inviolabilidade da intimidade, vida privada e honra<sup>47</sup>, valores erigidos à condição de direitos individuais, que podem ser sabiamente sintetizados no gênero “direito à privacidade”, o qual englobaria todos os aspectos da vida íntima, privada e da personalidade humana, como se referiu José Afonso da Silva em sua obra<sup>48</sup>.

As relações familiares, suas opções, modo de vida, hábitos, origens e planos futuros, estão inseridas no campo da intimidade e da vida privada, que além de serem consectários da liberdade, precisam estar externamente protegidos, nos limites da divulgação, investigação e conservação que os seus titulares autorizam<sup>49</sup>.

Por mais que o Estado tenha o dever de proteger a família, a sua ingerência só será legítima se tutelar direitos e garantias dos sujeitos em estado periclitante, especialmente aqueles considerados vulneráveis, cujo exercício da autonomia e liberdade encontre-se mitigado pelas circunstâncias fáticas que o circundam.

Destarte, a autonomia privada consiste no exercício da liberdade pessoal, na maneira de se desenvolver e realizar a própria personalidade humana para além da disposição patrimonial, no verdadeiro poder de autodeterminação do sujeito. A autonomia faculta aos indivíduos “modelar o sentido da sua existência, ancorada nos seus valores, crenças, sua cultura e seus anseios”<sup>50</sup>.

Entende-se, em geral, autonomia privada como o poder atribuído pelo ordenamento jurídico ao indivíduo para que este possa reger, com efeitos jurídicos, suas próprias relações. Esse poder confere às pessoas a possibilidade de regular, por si mesmas, as

---

<sup>46</sup> BRASIL. **Código Civil**: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF, 11 jan 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 09 maio 2018.

<sup>47</sup> Art. 5º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 24 maio 2015).

<sup>48</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2012, p. 206.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 208

<sup>50</sup> GODINHO, Adriano Marteleto. A autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir”: uma necessária ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica. *In*: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 32.

próprias ações e suas consequências jurídicas, ou de determinar o conteúdo e os efeitos de suas relações jurídicas, tendo o reconhecimento e podendo contar com a proteção do ordenamento jurídico<sup>51</sup>.

Trata-se de ponto essencial e quiçá fundante do Direito Privado, tema de discussões acaloradas na doutrina e pedra de toque das relações familiares, principalmente em face do casamento e demais relacionamentos conjugais, pura manifestação de vontade de natureza afetiva, social e material, com repercussões definitivas e para além da morte.

O maior campo de atuação da autonomia é no Direito das Obrigações, com a liberdade negocial atribuída aos titulares das relações jurídicas para que possam firmá-las da forma que melhor lhes aprouver, respeitando a esfera jurídica de terceiros e a ordem econômico-jurídico-social.

Como já vimos, o Direito das Famílias sofreu profundas mudanças com a Carta Magna de 1988 que introduziu o princípio da dignidade da pessoa humana, levando o ordenamento jurídico brasileiro e todos os ramos do direito a reinterpretar as relações jurídicas que disciplinavam, de forma a consagrar a dignidade dos seus participantes.

Neste ínterim, a autonomia privada funcionou como elemento essencial para a promoção da dignidade da pessoa humana, dignidade esta analisada no sujeito em sua individualidade e não como mera abstração do ser humano padrão. Isso porque, a verdadeira dignidade leva em conta as especificidades de vida de cada um, em que muitas vezes a realização plena do indivíduo apenas será alcançada com o seu livre poder de agir e a garantia do uso da sua autonomia<sup>52</sup>.

Analisando sob perspectiva individualista, existe em todos o anseio de fazer o que bem desejar, da forma, com quem e no momento que lhe apetece. Esse sentimento se intensificou após o estabelecimento da vida em sociedade e da criação da ficção jurídica do contrato social, de modo que as pessoas, individualmente consideradas, tiveram que abrir mão de parcela da sua própria liberdade em prol de uma vida em comum, pautada na paz e no equilíbrio social.

Ocorreu que o Estado passou a ser chamado a garantir a preservação da aptidão dos indivíduos para regular as suas relações privadas livremente, trazendo o princípio *pacta sunt servanda* e a preocupação com a higidez da manifestação de vontade, ao mesmo tempo que

---

<sup>51</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 47;

<sup>52</sup> REQUIÃO, Maurício. A autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 16 *Et seq.*

teve que impor limites a esta autonomia para garantir a segurança e obter um maior controle social<sup>53</sup>.

Justamente por isso, a vontade, por si só, não produz qualquer efeito jurídico. Para que ela possua eficácia reconhecida pelo Direito é indispensável que se revista das formalidades exigidas por lei quanto ao seu conteúdo, capacidade e legitimidade dos sujeitos envolvidos, preenchendo o campo da existência e da validade dos negócios jurídicos, para então alcançar os efeitos desejados<sup>54</sup>.

Em verdade, a autonomia relaciona-se com os objetivos das relações traçadas e as finalidades buscadas pelos sujeitos, é “a expressão maior da subjetividade do interesse humano, que vem revelar o “querer” humano em essência, adquirindo um conteúdo psicológico com efeitos jurídicos capazes de gerar obrigações entre as partes”<sup>55</sup>, capaz de constituir, modificar ou extinguir determinadas relações jurídicas, sendo fruto da liberdade de desígnios, crenças e costumes de cada um<sup>56</sup>, enquanto que a materialização e validade delas fica condicionada à disciplina do ordenamento jurídico.

O Direito vem para garantir a liberdade – não de modo ilimitado, até porque nenhum direito subjetivo assim o é –, mas na tentativa de equilibrar os interesses individuais e coletivos. Por isso o exercício da autonomia é consagrado e garantido pelo ordenamento e, ao mesmo tempo, limitado pela lei, pela ordem pública, pela moral e os bons costumes, valendo, no âmbito privado, a máxima enraizada de que tudo que não for juridicamente proibido é permitido.

Apesar da beleza dos vetores axiológicos atuais, a realidade nem sempre foi assim. Antigamente já se chegou a defender, que no âmbito familiar o maior interesse seria do Estado, em detrimento dos próprios interesses individuais. Nesse período, a intervenção estatal era excessiva e limitante, tendo como objetivo estabelecer comportamentos padronizados<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> ALMEIDA, Rodrigo Andrade de. Função social da funcionalização da autonomia privada? In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 157 *Et seq.*

<sup>54</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 54.

<sup>55</sup> PIMENTEL, Fernanda Pontes. Mutabilidade dos regimes de bens e a autonomia da vontade: um caso de colisão do princípio da não-intervenção nas entidades familiares e a interferência do Poder Judiciário. **XXII Congresso Nacional do CONPEDI**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br>>. Acesso em: 09 maio 2018.

<sup>56</sup> ROCHA, Rafael da Silva. Autonomia privada e direitos da personalidade. **Revista da Sessão Judiciária do Rio de Janeiro**. v. 18. n. 30, 2011. Disponível em: <[http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista\\_sjrtj/article/view/258](http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrtj/article/view/258)>. Acesso em: 09 maio 2018.

<sup>57</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 47.



Com a proteção da pessoa humana, a garantia da liberdade, função social e afetividade se alterou a ótica intervencionista para restringir a intromissão estatal apenas em face das raras situações de necessidade de efetivação da promoção dos direitos e garantias dos seus componentes, especialmente os vulneráveis (princípio da intervenção mínima).

Houve o chamado fenômeno da privatização da família, que trouxe a concepção não intervencionista, concedendo espaço para a autodeterminação do indivíduo e das famílias na busca pela felicidade, desenvolvimento pessoal e realização, assegurando que as pessoas tivessem ampla liberdade de realizar sua vida privada, sem perturbação de terceiros<sup>58</sup>.

Assim, o Estado deixou de se imiscuir nos aspectos personalíssimos da vida privada – o que refletiu na disciplina do divórcio injustificado e independente de lapso temporal, no planejamento familiar decorrente da livre decisão do casal<sup>59</sup> e no recente exemplo do divórcio extrajudicial –, somente permitindo e legitimando a intervenção para resguardar direitos ameaçados ou violados, a exemplo da condenação judicial de pensão alimentícia em favor do filho menor ou do reconhecimento judicial da paternidade<sup>60</sup>.

Os aspectos personalíssimos da vida privada somente dizem respeito à vontade do próprio titular, sendo o regramento da convivência familiar ditada pelos seus integrantes. Em razão disso, é que o princípio da mínima intervenção é expressão da liberdade e autonomia dentro do mais privado de todos os espaços do Direito Civil: o núcleo familiar<sup>61</sup>.

Contudo, como bem sustentou Clóvis Beviláqua, a autonomia privada não pode ser transformada em um princípio soberano. A lei deve intervir para dar orientação e limites ao movimento volicional humano, submetendo-o a formalidades e exigências garantidoras da verdadeira pureza de manifestação, bem como dos interesses da família e da sociedade<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2012, p. 208.

<sup>59</sup> Art. 226, § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 24 maio 2015).

<sup>60</sup> Nessa perspectiva Cristiano Chaves critica a Lei nº 12.344/10, que impõe o regime de separação obrigatória de bens para os maiores de 70 (setenta) anos de idade. Para ele, o legislador lamentavelmente pecou ao confundir senilidade com incapacidade, invadindo flagrantemente a esfera pessoal dos nubentes e privada do indivíduo para regulamentar o seu patrimônio, obstando a escolha do regime de bens do casamento, mesmo contra a própria vontade do sujeito. (*Op. cit.*, p. 48 *et seq.*)

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>62</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Red Livros, 2000, p. 215.

Com base nisso, que a CF/88 também assegurou a existência da família como célula mantenedora de uma sociedade democrática, perspectiva de nítido interesse estatal, que levou o Estado a transmutar sua postura protetora-repressora para uma postura protetora-provedora-assistencialista, admitindo excepcionais e fundamentadas intervenções<sup>63</sup>.

Porém, apesar desse moderno entendimento, pode-se detectar no Código Civil, no Código de Processo Civil e legislações esparsas que regem as relações familiares, situações opostas em que o limite protecionista do Estado é ultrapassado para atingir a autonomia privada, como é o caso da exigência legal de ação judicial para alteração do regime de bens do casamento, exigindo que ambos os cônjuges explicitem os motivos e as razões justificadoras para julgamento e aprovação do magistrado.

Outro exemplo também no âmbito do casamento, que viola a liberdade, autonomia e o princípio da livre estipulação e mutabilidade do regime de bens, é a imposição de que pessoas acima de 70 (setenta) anos adotem o regime da separação obrigatória de bens.

Nas situações em que há violação ao direito constitucional à privacidade e intimidade é preciso a intervenção estatal para que os aspectos íntimos das pessoas não sejam lesionados no curso de ações de família, incluindo o dever dos magistrados de afastar “toda e qualquer produção probatória que implique em invasão da privacidade de uma das partes, discutindo, por exemplo, suas preferências sexuais”<sup>64</sup>.

Todavia, a linha entre a proteção e a repressão é muito tênue. A legitimação da intervenção estatal para tutelar direitos, não pode ser confundida com poder de fiscalização e controle. A aplicabilidade da autonomia funciona como instrumento de freios e contrapesos na intervenção do Estado<sup>65</sup>.

Não pode existir a ingerência indevida do Estado sobre a autonomia privada, mas sim o oferecimento de subsídios pelos operadores do direito para a garantia do verdadeiro espírito da lei, sem que disso resulte restrições indevidas<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 187 *et seq.*

<sup>64</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 6, p. 51.

<sup>65</sup> *Op. cit.*, p. 193 *et seq.*

<sup>66</sup> TERRA, Aline de Miranda Valverde; ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. A tutela da autonomia privada e a utilização atécnica dos novos princípios constitucionais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 103, v. 945, jul. 2014, p. 61.

Por isso que o grande desafio dos operadores do direito é conseguir equilibrar o direito à liberdade e à autonomia com os interesses de ordem pública, garantindo a exclusiva atuação protetora-provedora-assistencialista do Estado.

Indo de encontro com essa nova perspectiva constitucional, o atual Código de Processo Civil perdeu a oportunidade de modificar o regramento sobre a alteração do regime de bens do casamento. Pecou ao exigir a exposição das “razões que justificam a alteração” pelos cônjuges, bem como ao manter a necessidade de processo judicial, sem viabilizar a via extrajudicial.

Neste cenário, torna-se (ainda mais) imperioso que os magistrados apliquem a hermenêutica principiológica nos casos de regramento intervencionista existentes na legislação, para considerar que a “norma jurídica somente pode ser vista e admitida como instrumento posto à disposição para implementar decisões justas e adequadas, solucionando os mais variados problemas e conflitos emergidos de uma sociedade aberta, plural e multifacetária”<sup>67</sup>.

Este tema é o objeto de estudo do presente trabalho, que será melhor destrinchado nos capítulos subsequentes.

#### 2.4 O CASAMENTO COMO ENTIDADE FAMILIAR CLÁSSICA

Como já explanado, a constitucionalização do Direito das Famílias introduziu o princípio do pluralismo das entidades familiares, reconhecendo enquanto família os mais variados arranjos desmatrimonializados.

Seja qual for a forma de constituição do núcleo familiar, todos merecerão especial proteção do Estado, sem discriminação, conforme previsão constitucional, que disciplina a proteção genérica da família, trazendo a pessoa humana para o centro das preocupações e dando ênfase para as relações de afeto e tutela da dignidade, independente da característica individual de cada união<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 6, p. 132.

<sup>68</sup> PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. A Desconstrução do Casamento Tradicional e as Novas Formas Familiares. **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese. ano IX, n. 48, jun/jul. 2008, p.116.

Ou seja, o casamento perdeu o seu exclusivismo ao deixar de ser compreendido como a única forma instituidora de uma família legítima, mas não deixou de continuar merecendo o especial protecionismo estatal<sup>69</sup>.

O casamento é a entidade familiar clássica, instituto histórico que acompanha a sociedade desde sua origem. Para Camilo Colani, este instituto possui uma acepção social e outra acepção jurídica, que apesar de se tocarem, não se confundem.

Na concepção social, o casamento é a “união de duas ou mais pessoas, vinculadas entre si pelo interesse próprio e comum de possuírem o estado de casados, reconhecido por outras organizações sociais”<sup>70</sup>.

Já a concepção jurídica estaria vinculada a atribuição da qualidade de casado na medida do reconhecimento estatal. Assim, o casamento seria a situação social das pessoas a quem o Estado atribui a qualidade de casados, outorgando-lhes direitos e obrigações entre si (relações internas) e em face de terceiros (relações externas)<sup>71</sup>.

Com a normatividade constitucional e a atual interpretação dos nossos Tribunais Superiores, se afastou a antiga vinculação do casamento à ideia de indissolubilidade, procriação, religião e heterossexualidade. O casamento passou a ser compreendido como uma entidade familiar advinda da união afetiva entre pessoas humanas, de qualquer sexo, constituída formal e solenemente, objetivando a comunhão de vidas através do afeto e produzindo efeitos no âmbito pessoal, social, jurídico e patrimonial<sup>72</sup>.

O legislador civilista optou por não definir o conceito do referido instituto, gerando discussões doutrinárias acerca de sua natureza jurídica. Há quem defenda se tratar de um contrato, com forma prevista em lei, considerando a predominância da vontade na instituição, permanência e dissolução do negócio jurídico, bem como diante da possibilidade de exercício das faculdades legais atribuídas aos cônjuges (teoria contratualistas)<sup>73</sup>.

Outros defendem a teoria institucionalista, dando predominância ao interesse público. Entendem, que apesar do necessário acordo de vontade entre os nubentes, a mera vontade não constitui o casamento, que precisará da intervenção de uma autoridade pública para sua

---

<sup>69</sup> *Op. cit.*, p. 174.

<sup>70</sup> BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 34.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>72</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 179.

<sup>73</sup> *Op. cit.*, p. 51 *et seq.*

constituição, criando, inclusive, deveres jurídicos sem conteúdo patrimonial, o que afastaria uma possível natureza contratual<sup>74</sup>.

Esta corrente entende que o casamento não pode ser estipulado livremente pelos consortes, sendo verdadeiro conjunto de regras preestabelecidas pelo legislador.

Por fim, haveria a corrente mista, que equilibra as duas outras ideias para enquadrar o casamento como ato complexo, composto por características contratuais e institucionais.

De fato, a legislação impõe formalidades – até mesmo excessivas – para a constituição do casamento, fundamentada na proteção do interesse público e dos envolvidos. Há, também, sensível restrição à autonomia dos nubentes, sobretudo no aspecto patrimonial, ao impor, em determinados casos, a espécie de regime de bens aplicável.

Contudo, a obediência ao regramento e limitações legais não afasta a natureza negocial do instituto. A estrutura de qualquer negócio jurídico presume um plano de existência, validade e eficácia. Para ser válido, o negócio deve estar em conformidade com as regras do ordenamento, com a presença de agentes capazes, objeto lícito, forma adequada (prescrita ou não defesa em lei) e vontade exteriorizada de forma livre e consciente<sup>75</sup>.

A autonomia privada não possui caráter absoluto, de modo que os efeitos desejados pelos negociantes precisam respeitar os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela normatividade incidente, exatamente como ocorre com o casamento.

Talvez a diferença resida na índole familiar do instituto ou, nas palavras de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, “em face de sua estruturação existencial”, que afasta a incidência de algumas regras do direito contratual, caracterizando-o como negócio jurídico especial<sup>76</sup>.

Os mesmos doutrinadores afirmam, que com o advento da Lei 11.441/07 disciplinando o divórcio extrajudicial, houve a superação do dissenso doutrinário acerca da natureza jurídica do casamento. Isto porque, ao permitir a dissolução do matrimônio por mero consenso e liberalidade dos cônjuges, tornou-se indiscutível o seu caráter negocial.

Portanto, o casamento não mais pode ser visto como um contrato, uma vez que esta espécie de negócio jurídico bilateral objetiva a criação, modificação ou extinção de relações exclusivamente patrimoniais. O casamento, por sua vez, é negócio bilateral, fruto de ato de

---

<sup>74</sup> WALD, Arnaldo. **Direito Civil**: direito de família. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 5, p. 113.

<sup>75</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: parte geral e LINDB. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012, v. 1.p. 601.

<sup>76</sup> *Idem*. **Curso de Direito Civil**: famílias. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 6, p. 184.

vontade dos nubentes, seja para escolher o parceiro, para casar (ou não casar), seja para definir o regime de bens a ser aplicável durante a união, com a criação de direitos e deveres de caráter patrimonial e extrapatrimonial<sup>77</sup>.

Apesar desta superação, o conhecimento acerca da natureza negocial do casamento é essencial para a compreensão do objeto do presente trabalho, que critica o excessivo intervencionismo estatal em detrimento da autonomia privada na faceta iminente patrimonial da relação: o regime de bens.

Portanto, para além das ponderações acerca da violação à dignidade da pessoa humana, intimidade, privacidade e o desrespeito da família como instrumento de desenvolvimento humano, o grande fundamento do intervencionismo mínimo é a consagração da liberdade e da autonomia privada dos cônjuges.

A necessidade de explanação judicial sobre as justificativas para alterar o regime de bens escolhido, subordinando a mudança à apreciação do Poder Judiciário, limita a vontade dos cônjuges sobre o regramento patrimonial incidente na comunhão de vida que eles desejaram e criaram, afastando a força determinante da afetividade e tornando invasiva a intervenção do legislador.

Porém, o casamento sempre foi a clássica forma de constituição de uma entidade familiar, núcleo da sociedade com especial interesse do Estado, o que – para muitos – justificaria a postura intervencionista nas relações afetivas<sup>78</sup>. Sob a ótica dos participantes desta relação, o casamento tem como finalidade precípua a comunhão afetiva de vidas, criando uma entidade familiar formal e solene, que pode ter eventual fim específico ou não<sup>79</sup>.

Desde o julgamento do Recurso Especial 878694/Minas Gerais pelo Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral admitida, foi reconhecida a inconstitucionalidade no tratamento desigual concedido ao casamento e à união estável, em sede de direito sucessório, por promover a hierarquização de entidades familiares, o que é incompatível com a Constituição<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Introdução ao direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 26 *et seq.*

<sup>78</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 165.

<sup>79</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 6, p. 182.

<sup>80</sup> Ementa: Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas

Seria desarrazoado não estender esta tese também para as relações no âmbito do Direito das Famílias. Logo, apesar de continuar existindo o casamento e a união estável, formas familiares com modo de constituição e características distintos, deve-se aplicar o mesmo espírito normativo, inclusive para o fim de possibilitar a conversão de um pelo outro<sup>81</sup>.

Apesar da mudança de paradigma encabeçada pelo STF, o presente estudo se concentrará na análise do casamento enquanto entidade familiar clássica, não se prestando a discorrer sobre as demais formas de família, em decorrência do seu recorte epistemológico.

Neste sentido, diante da normatividade casamentária constitucional e infraconstitucional, podemos considerar como principal característica do casamento, o seu caráter personalíssimo e a livre escolha. Ou seja, a vontade de casar decorre da manifestação exclusiva dos nubentes, que possuem liberdade para escolher o parceiro (independente do sexo), para definir se quer casar e se quer permanecer casado.

Além disso, trata-se de ato essencialmente solene, revestido de formalidades impostas pela legislação, que definem a forma de manifestação da vontade, sua publicidade, validade e registro, sempre na presença ativa de representante do Estado. Esta característica é tão importante, que o desobedecimento das formalidades legais implica na inexistência do ato, ao invés de sua nulidade<sup>82</sup>.

Tais normas são de ordem pública, cogentes, portanto inafastáveis, independente do interesse ou conveniência dos cônjuges. Eles possuem liberdade de escolha para casar e permanecer casado, porém esta liberdade é mitigada pelo regramento legal.

---

mediante união estável. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002” (Tese 809). BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. **878694**. Recorrente: Maria de Fátima Ventura. Recorrido: Rubens Coimbra Pereira e Outro. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DJ 05 fev. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+878694%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+878694%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pey8s55>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

<sup>81</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 170.

<sup>82</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 6, p. 185.

Quanto aos efeitos do matrimônio, isto é, todas as possíveis consequências internas ou externas decorrentes deste ato, Caio Mário da Silva Pereira os classifica conforme a projeção no ambiente social, nas relações entre os nubentes e nos interesses econômicos despertados, distribuindo-os entre efeitos sociais, pessoais e patrimoniais<sup>83</sup>.

Os efeitos sociais dizem respeito à situação social das pessoas a quem o Estado atribuiu o *status* de casados. Além da mudança do estado civil, o principal deles é a constituição da família matrimonial, unidas pelo afeto e comunhão de vidas. Além disso, há também o estabelecimento do vínculo de afinidade entre os cônjuges e os parentes do outro, e a emancipação do cônjuge menor de idade, quando ocorrer<sup>84</sup>.

Identificados socialmente na qualidade de casados, os cônjuges passam a ter direito e deveres iguais e recíprocos, que são os efeitos pessoais do casamento, a exemplo da fidelidade, assistência, respeito, subsistência, dever para com a prole, etc.

Por fim, existem os famigerados efeitos patrimoniais, que são indissociáveis do ato que institui plena comunhão de vidas, onde a família, além de necessitar de um patrimônio mínimo para a consecução dos seus fins, trava, a todo tempo, múltiplas relações entre si e com terceiros.

Assim, a comunhão de vida também implica na comunhão de interesses econômicos, que não prepondera em face do caráter afetivo e social da relação, mas está a eles conectados, à medida em que as repercussões patrimoniais devem proteger a dignidade das pessoas humanas envolvidas e os seus valores existenciais<sup>85</sup>.

Para regulamentar os impactos econômicos das núpcias, a legislação criou o estatuto patrimonial do casamento, com diversos regimes de bens aplicáveis, disciplinados para proteger os cônjuges e eventuais terceiros. Estes serão melhor tratados nos tópicos subsequentes.

## 2.5 EFEITOS ECONÔMICOS

---

<sup>83</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: direito de família**. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 5, p. 189.

<sup>84</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 5, p. 144.

<sup>85</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 6, p. 286.



Por ser o casamento a única entidade familiar essencialmente solene, com requisitos legais para a existência e validade do ato, é comum que os efeitos econômicos das uniões afetivas sejam sempre associados às famílias matrimonializadas.

Todavia, o matrimônio não é a única forma de família da qual decorre aspectos patrimoniais. Qualquer comunidade familiar é, em essência, uma comunhão plena de vidas, marcada pela afetividade, com uma conjugação de aspectos emocionais e materiais relevantes, a exemplo da manutenção do lar, da guarda dos filhos e assistência recíproca.

As famílias precisam travar relações entre si e com terceiros, a fim de garantir o desenvolvimento e a realização das pessoas humanas envolvidas. Portanto, a repercussão econômica é inevitável, o que leva alguns doutrinadores a compará-las com empresas, isto é, verdadeiras unidades produtivas<sup>86</sup>.

Nas palavras de Camilo Colani, “É evidente que das relações econômicas de direito de família, o regime de bens do casamento constitui a mais relevante. Isso porque é efeito inerente ao matrimônio, ou seja, não há casamento sem regime de bens”<sup>87</sup>.

O casamento implica na produção de relações patrimoniais profundas entre os cônjuges, que jamais existiriam entre pessoas desconhecidas. É por isto que o legislador criou regimes que disciplinam a forma de comunhão, ou não, dos bens adquiridos na constância da relação.

São, em verdade, um conjunto de disposições pré-estabelecidas, que estão à livre escolha dos nubentes para definir, antecipadamente, a origem, a titularidade e o destino do patrimônio amealhado antes, durante e depois da união. Por isso que o marco inicial para a aplicação do regramento é a celebração do casamento, cessando com a sua dissolução<sup>88</sup>.

O Código Civil prevê quatro tipos de regime de bens: a comunhão parcial, a comunhão universal, o regime de participação final nos aquestos e a separação de bens, caracterizando o princípio fundamental da variedade de regimes.

O tipo de regime que regulamentará os interesses econômicos dos nubentes, dependerá de sua livre escolha<sup>89</sup>. Podem optar por um tipo legal ou pela combinação de mais de um deles,

---

<sup>86</sup> Para Paulo Nader, a família seria considerada uma empresa “pois detém patrimônio, produz ou presta serviços, lida com o ativo e o passivo, embora sua contabilidade seja informal (...)”. (NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5, p. 431).

<sup>87</sup> BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 151.

<sup>88</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 316.

<sup>89</sup> Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. (BRASIL. **Código Civil: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, DF, 11 jan 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2018.)

sendo-lhes lícito, inclusive, estipular cláusulas específicas, desde que respeitem as normas de ordem pública, a natureza e a finalidade do matrimônio, sem dispor, por exemplo, sobre alimentos e direito sucessório<sup>90</sup>.

O regime-base matrimonial do ordenamento jurídico brasileiro é a comunhão parcial. Esse regime prevê a comunhão dos bens adquiridos na constância do casamento, presumindo a mútua colaboração dos cônjuges, permanecendo incomunicáveis os bens adquiridos por motivo anterior ou alheio ao matrimônio<sup>91</sup>.

Se diz regime-base, porque a sua incidência independe de expressa escolha do casal. A comunhão parcial é o efeito eleito pelo legislador para regulamentar a união de duas pessoas. Para afastá-lo, caberá aos envolvidos escolher, expressamente, regime de bens diverso, formalizando a opção por meio de pacto antenupcial, conforme art. 1.640, parágrafo único, do CC/02<sup>92</sup>.

Na comunhão universal de bens, todo o acervo patrimonial constituído antes ou durante o matrimônio se torna uma só universalidade, igualitariamente administrada e repartida entre os cônjuges.

O regime da separação, por sua vez, é aquele em que cada cônjuge é titular do seu próprio patrimônio, antes, durante e depois do casamento, sem que haja nada a dividir. A sua incidência pode decorrer da convenção dos nubentes através de pacto antenupcial, ou da imposição legal, como é o caso dos maiores de 70 (setenta) anos, daqueles que dependem de suprimento judicial para casar ou que casam com inobservância das causas suspensivas (art. 1.641, CC/02).

Por fim, o regime de participação final dos aquestos, que é um regime híbrido. Na constância da união os bens são particulares, de livre administração, como ocorre na separação. Porém, advindo a dissolução da sociedade, divide-se igualitariamente o patrimônio adquirido em sua constância, se assemelhando à comunhão parcial<sup>93</sup>.

---

<sup>90</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 5, p. 171.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 184.

<sup>92</sup> Art. 1.640, Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas. (BRASIL. **Código Civil**: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF, 11 jan 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2018.)

<sup>93</sup> Rolf Madaleno defende, ainda, a criação de outros dois tipos de regime: a comunhão proporcional dos bens e a comunhão dos bens familiares. O primeiro consideraria patrimônio comum a proporcionalidade entre o ganho de

A variedade de regimes não afasta a necessidade de escolha do regramento aplicável à união. Se os nubentes não pactuam, por ato expresso de vontade, ou pactuam de forma defeituosa e, portanto, inválida, o Estado elege o regime-base para regulamentar as indissociáveis relações patrimoniais decorrentes do matrimônio.

Em última análise, seja por ação ou omissão, a palavra final sobre a disposição patrimonial sempre será dos cônjuges, que possuem liberdade para escolher um dos regimes legais; criar, por meio de pacto antenupcial, um regime próprio que melhor lhes aprouver; ou, mantendo-se inertes, tacitamente concordar com o regime-base legal.

A livre escolha do regime de bens é apenas uma demonstração da evolução do Direito de Família contemporâneo, que vem caminhando para uma crescente valorização da autonomia da vontade das partes e das liberdades individuais. Porém, indo de encontro às aspirações modernas, o espírito progressista não foi mantido na regulamentação da alteração do regime de bens durante o matrimônio.

Apesar de o legislador prever essa possibilidade, o §2º do art. 1.639 do CC/02, reproduzido pelo art. 734 do CPC/15, exige procedimento judicial especial de jurisdição voluntária, com pedido motivado por ambos os cônjuges, devidamente instruído com a exposição das justificativas para a alteração.

A mudança somente ocorrerá após deliberação do magistrado, terceira pessoa, que apesar de absolutamente estranha à relação conjugal, terá o poder-dever de decidir as normas patrimoniais aplicáveis, inclusive podendo concluir pela improcedência do pedido, obstando a mutabilidade do regramento em detrimento da vontade dos próprios cônjuges.

Ante as peculiaridades das questões familiares, intrinsecamente relacionadas com a afetividade, privacidade, solidariedade e dignidade humana, a intervenção judicial em matéria exclusivamente patrimonial perdeu a oportunidade de ser afastada pelo novo Código de Processo Civil.

Este, reproduzindo o diploma civilista, manteve o engessamento da vontade e a postura intervencionista do Estado, que atropela a liberdade e autonomia da vontade em nome da preservação do interesse de terceiros, criando verdadeira barreira para a disposição patrimonial.

---

cada cônjuge. O segundo disciplinaria a comunicação somente dos bens de proveito familiar comum, excluindo aqueles que seriam exclusivos do cônjuge que o adquiriu. (DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 319).

Isto é, os cônjuges passam a ter maiores limitações do que a simples observância dos preceitos éticos mínimos ou não violação à disposição absoluta de lei (art. 1.655, CC/02), estando completamente dependentes da chancela do Poder Judiciário, extremamente burocrático e formalista, para validar a sua deliberação volitiva no matrimônio.

Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

(...) é preciso submeter toda a normatividade infraconstitucional do casamento à supremacia dos valores constitucionais, harmonizando, quando possível, as suas regras ao espírito garantista e, quando não for possível promover uma conciliação, simplesmente repelindo a norma inferior do sistema.<sup>94</sup>

Sobre a disciplina do procedimento especial para alteração do regime de bens, críticas à sua constitucionalidade e formalidades excessivas, bem como prospecções sobre a edição de norma legal autorizativa da via extrajudicial, passaremos a tecer considerações nos capítulos subsequentes.

---

<sup>94</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 6, p. 175.

### 3. PROCEDIMENTOS ESPECIAIS DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

Para iniciar a compreensão dos procedimentos especiais na ótica do novo Código de Processo Civil, é preciso resgatar a Teoria Geral do Processo e os fins a que ela se destina.

#### 3.1 A JURISDIÇÃO

Há muito tempo se compreendeu que a origem da sociedade está atrelada à origem do Direito. Esta compreensão foi enraizada com a famosa expressão do latim *ubi societas ibi jus* (onde há sociedade há direito). Isto é, o Direito surgiu para coordenar os interesses sociais em prol da harmonia e da pacificação.

Esta coordenação é exercida através de um controle social preventivo, com a criação de normas regulamentadoras dos comportamentos humanos, e um controle social repressivo, através do poder-dever de resolução dos conflitos. Em qualquer ótica, “A tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste”<sup>95</sup>.

Nos primórdios da civilização, quando não existia uma força estatal unificada, os ímpetos individualistas, notadamente os patrimoniais e de sobrevivência, predominavam nas relações humanas. As divergências eram resolvidas com o uso da força, no que se convencionou chamar de autotutela ou justiça privada<sup>96</sup>.

O surgimento do Estado e a edificação de critérios objetivos e abstratos para resolver conflitos, levou à limitação do campo de liberdade dos indivíduos. A justiça com as próprias mãos deixou de ser o caminho cedendo lugar à justiça pública, que atribuiu ao Estado o poder de examinar pretensões e resolver autoritariamente os conflitos por meio da jurisdição.

A função jurisdicional nada mais é do que uma manifestação de poder do Estado através do qual um terceiro imparcial aplicará o direito ao caso concreto, reconhecendo, efetivando e protegendo situações jurídicas em busca de uma solução imperativa e criativa para cada hipótese fática.

---

<sup>95</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 24.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 29.

O seu exercício se dá por meio de agentes e órgãos do Estado, que atuam com imparcialidade substituindo a vontade/atividade das partes envolvidas no conflito, desde que estas solicitem um provimento a respeito, seja por opção ou como único caminho.

A liberdade é resguardada à medida em que ninguém pode ser obrigado a ajuizar uma demanda. Porém, uma vez rompendo a inércia e levando uma situação a juízo, os efeitos do ato jurisdicional independem da anuência dos envolvidos, numa verdadeira relação de autoridade (do Estado) e sujeição (dos particulares)<sup>97</sup>.

Além disso, a jurisdição é a única função estatal dotada de estabilidade, tendo os seus atos aptidão para tornar-se indiscutíveis. O mais elevado grau de estabilidade se dá com a definitividade da coisa julgada material, que impede qualquer forma de revisão dos efeitos de uma decisão de mérito. Outros atos jurisdicionais tem um menor grau de estabilidade, como as sentenças terminativas, que apesar de não impedirem a repropositura da ação, somente dá ao Poder Judiciário a capacidade de neutraliza-la ou desconstitui-la<sup>98</sup> (insuscetibilidade de controle externo).

Assim, a jurisdição é instrumento para a tutela de direitos subjetivos com a resolução definitiva de conflitos interindividuais, realizando o direito material a serviço da paz social. Por isso se diz que a jurisdição é poder, função e atividade: poder, por impor a resolução dos conflitos sobre os particulares; função, por ser encargo atribuído aos agentes e órgãos públicos em nome da harmonia social; e atividade, sendo o conjunto de atos complexos do juiz ou árbitro através do qual exercerá o seu poder e atingirá a função que a lei lhe atribui<sup>99</sup>.

Enquanto poder do Estado, o exercício da jurisdição pressupõe um processo prévio, que garantirá aos envolvidos o respeito ao devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

Somente na perspectiva processual é que se pode pensar no ato jurisdicional de dizer o direito, de constituir situações e de executar os preceitos legais criativamente. Portanto, é através do processo que se realiza as atividades jurisdicionais de cognição e execução<sup>100</sup>, modernamente ampliadas com as inovações da disciplina do poder de coerção pelo atual Código de Processo

---

<sup>97</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processo Civil**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, v. 1, p. 456 *et seq.*

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 458 *et seq.*

<sup>99</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 155 *et seq.*

<sup>100</sup> *Op. cit.*, p. 462.

Civil, que conferiu aos juízes o arbítrio de pressionar o obrigado, com qualquer medida, para fazer cumprir suas determinações<sup>101</sup>.

Apesar de ser una, como a expressão do poder estatal, a doutrina costuma classificar a jurisdição de acordo com a origem dos conflitos deduzidos e quanto à natureza da solução aplicável a cada caso, diferenciando a jurisdição contenciosa da jurisdição voluntária.

### 3.1.1 Características e Elementos de Diferenciação da Jurisdição Voluntária

Qualquer situação jurídica pode ser tutelada através da jurisdição, contexto em que estará atrelada a imperatividade e inevitabilidade própria dos atos jurisdicionais. Essa tutela pode ser de conhecimento, executiva ou de segurança/cautelar/inibitória, variando conforme a necessidade de reconhecimento judicial, de efetivação da pretensão ou de proteção do direito subjetivo tutelado, respectivamente<sup>102</sup>.

Há, ainda, o exercício da jurisdição pela integração da vontade das partes, a fim de obter determinados efeitos jurídicos, como é o caso da jurisdição voluntária.

Para Leonardo Greco, a jurisdição voluntária se caracteriza como uma forma de tutela estatal dos interesses privados, de modo que o terceiro imparcial exerce o seu poder-dever no interesse dos sujeitos particulares, e não no interesse do Estado ou com o objetivo de resolver conflitos:

Jurisdição voluntária é uma modalidade de atividade estatal ou judicial em que o órgão que a exerce tutela assistencialmente interesses particulares, concorrendo com o seu conhecimento ou com a sua vontade para o nascimento, a validade ou a eficácia de um ato da vida privada, para a formação, o desenvolvimento, a documentação ou a extinção de uma relação jurídica ou para a eficácia de uma situação fática ou jurídica.<sup>103</sup>

Se trata de uma administração pública de interesses privados, que se diferencia da jurisdição contenciosa por não existir um conflito direto posto entre os sujeitos, onde o juiz necessariamente decidirá aplicando solução favorável a um e desfavorável a outro. Ela se

---

<sup>101</sup> Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...)IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (...). (BRASIL, **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> Acesso em: 23 jun. 2018).

<sup>102</sup> DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v.1, p. 163.

<sup>103</sup> GRECO, Leonardo. **Jurisdição Voluntária Moderna**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 11 *et seq.*

caracteriza pela pacificação social através da tutela de uma ou ambas as partes, sem confronto entre os possíveis direitos de uma ou de outra<sup>104</sup>.

Há quem defenda que a jurisdição voluntária não atua sobre conflitos. Contudo, pensando abstratamente na origem do rompimento da inércia jurisdicional, sempre haverá uma situação conflituosa pré-existente a qualquer ação, nem que se trate de um conflito entre os sujeitos e o ordenamento jurídico posto.

Seguindo a linha de Cândido Rangel Dinamarco, invariavelmente existirá um estado de insatisfação que atormentará as pessoas, levando-as a se utilizarem da jurisdição voluntária para alcançar a declaração de vontade de um juiz. É o caso dos conflitos matrimoniais nas ações de divórcio consensual ou dissolução de união estável, por exemplo.

Ainda que a demanda seja fruto de um consenso entre os cônjuges, sem filhos ou patrimônio, foi o desacordo no matrimônio que conduziu à separação. O mesmo se pode dizer na interdição, onde o confronto com a ausência de condições físicas ou psíquicas de alguém na administração de sua própria pessoa e bens, enseja a busca pela nomeação de um curador<sup>105</sup>.

De modo mais aparente ou intenso, qualquer intervenção jurisdicional pressupõe uma situação conflituosa anterior, mesmo que esse conflito não seja transportado para dentro do processo. Isto é, as partes podem acionar o Poder Judiciário em nítida concordância e harmonia, pleiteando, por exemplo, apenas a homologação de um acordo. Entretanto, esta intervenção necessariamente terá decorrido de algum enfrentamento na seara material.

Minimamente existirá um desacordo com o ordenamento jurídico em sentido amplo, que exige formalidade judicial para a validade de algum ato da vida privada, como ocorre com as ações para modificação do regime de bens do casamento<sup>106</sup>.

O legislador impõe a participação de um órgão público para validar determinados atos, limitando a autonomia e liberdade que caracterizam a vida privada dos cidadãos, sob o

---

<sup>104</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processo Civil**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, v. 1, p. 465.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 466.

<sup>106</sup> A doutrina tradicional também traz hipóteses de atos jurisdicionais de mera certificação ou recepção e publicidade, enquadrando-os como espécies de jurisdição voluntária, a exemplo da legalização de livros comerciais e publicação de testamento particular. Entretanto, há quem defenda a natureza essencialmente administrativa destes atos, que não se referem a conflitos e o juiz não lhe dará solução. Tratam-se, portanto, essencialmente da administração pública de interesses particulares, que é efetivada pelo magistrado. (*Ibidem*, p. 467).



fundamento de proteção dos interesses sociais existentes por trás da esfera de interesses dos particulares<sup>107</sup>.

Ou seja, determinados efeitos jurídicos decorrentes da vontade humana somente podem ser atingidos após a fiscalização e integração dessa vontade perante o Estado, que o faz através de sua jurisdição, fiscalizando os requisitos legais para a obtenção do resultado prático pretendido<sup>108</sup>.

É por isso que se defende que a jurisdição voluntária não é voluntária, uma vez que a inauguração de um processo é obrigação imposta à parte interessada, como única forma de alcançar os efeitos almejados. Haveria uma obrigatoriedade legal de intervenção da jurisdição, fruto de uma opção político-legislativa em razão do objeto e/ou sujeitos, o que acabaria por engessar a prática de atos da vida civil autonomamente<sup>109</sup>.

Contudo, não é possível generalizar. Existem situações, também enquadradas como jurisdição voluntária, em que a voluntariedade persiste. É o caso da intervenção judicial facultativa para obtenção de uma mera autorização ou aprovação do magistrado, ou, por exemplo, situações em que a lei permite, mas não impõe, a intervenção judicial, como nos inventários, partilhas e divórcios inaugurados pela Lei 11.441/2007.

Nestes casos, as partes podem optar por realizar os atos perante os Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais e Tabelionato de Notas, desde que preencham os requisitos exigidos pela lei. Porém, não fica excluída a opção pela via judicial, ante ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. Cabe aos particulares escolherem dentre os caminhos possíveis, sem configurar hipóteses de ações constitutivas necessárias<sup>110</sup>.

No que se refere à estruturação do processo e aos poderes processuais do magistrado, a doutrina aponta a preponderância da inquisitorialidade na jurisdição voluntária. Com efeito, os dois modelos clássicos de processo são o adversarial (princípio dispositivo) e o inquisitorial (princípio inquisitivo).

No modelo adversarial, a demanda se desenrola em forma de disputa entre as partes. O conflito se dá perante um órgão jurisdicional, sendo as tarefas de condução e instrução

---

<sup>107</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 179.

<sup>108</sup> DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v.1, p. 187.

<sup>109</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 97.

<sup>110</sup> *Ibidem, loc. cit.*

atribuídas aos próprios sujeitos, de modo que o juiz busca apenas decidir, com relativa passividade. Já no modelo inquisitorial, o protagonismo é do juiz, sendo preponderantemente suas as atividades processuais<sup>111</sup>.

Na jurisdição contenciosa o sistema processual é misto, com a predominância do princípio dispositivo, sobretudo no que se refere à instauração do processo, definição do objeto litigioso e produção de provas<sup>112</sup>.

A jurisdição voluntária, por sua vez, tem forte carga inquisitorial na medida em que o juiz tem maiores poderes na condução e decisão da demanda. Há hipóteses, inclusive, em que o magistrado poderá inaugurar o procedimento, como é o caso da arrecadação de bens do ausente ou convocação para retirada de coisa vaga depositada<sup>113</sup> (artigos 744 e 746 do CPC/15<sup>114</sup>).

O juiz terá poderes para tutelar uma ou ambas as partes, previamente determinadas, sem precisar escolher tutelar uma em detrimento da outra, e sem julgar pretensões antagônicas. Terá poderes instrutórios para produzir provas independentemente das partes, podendo até mesmo decidir contra a vontade de ambas, o que não se admite na jurisdição contenciosa, uma vez que nela algum dos sujeitos precisará ter a sua pretensão acolhida, mesmo que parcialmente<sup>115</sup>.

É a predominância do princípio inquisitivo na jurisdição voluntária, que justifica as críticas ao procedimento de alteração do regime de bens do matrimônio, já que nele se exige a exposição das “razões que justificam a alteração” (art. 734 do CPC/15), dando ao magistrado o poder de indeferir o pleito, mesmo havendo consenso entre os cônjuges acerca do regramento dos direitos patrimoniais desejados.

---

<sup>111</sup> DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v.1, p. 122.

<sup>112</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 98.

<sup>113</sup> *Op. cit.*, p. 188.

<sup>114</sup> Art. 744. Declarada a ausência nos casos previstos em lei, o juiz mandará arrecadar os bens do ausente e nomear-lhes-á curador na forma estabelecida na Seção VI, observando-se o disposto em lei.

Art. 746. Recebendo do descobridor coisa alheia perdida, o juiz mandará lavrar o respectivo auto, do qual constará a descrição do bem e as declarações do descobridor. (BRASIL, **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> Acesso em: 27 jun. 2018).

<sup>115</sup> *Op. cit.*, p. 98.

Fruto da inquisitorialidade é que se tem a previsão do art. 723, do CPC/15<sup>116</sup>, que admite a possibilidade de decisões judiciais fundadas na equidade, desobrigando o magistrado da legalidade estrita no âmbito da jurisdição voluntária. Esse enunciado foi criado para ampliar a discricionariedade judicial na condução e decisão destas demandas, com a utilização dos critérios de conveniência e oportunidade<sup>117</sup>.

A previsão da equidade consagra a atividade criativa dos juízes e propicia a construção de uma hermenêutica social, com o exercício do poder jurisdicional mais próximo da justiça e dos valores modernos, ainda que contrariamente à lei, desde que se observe a melhor solução para as partes e para o bem comum.

É esta previsão que também admite a flexibilização procedimental, permitindo a adaptação do procedimento às peculiaridades do caso concreto, desburocratizando a integração da vontade das partes e sua produção de efeitos jurídicos.

É difícil estabelecer um modelo processual que não comporte exceções. No âmbito do Direito das Famílias, por exemplo, este trabalho discorda da predominância da inquisitorialidade, no sentido de que caberia ao juiz o protagonismo do processo. É desarrazoado permitir que o juiz decida contra a vontade das partes, quando se está diante de relações pautadas pela liberdade, afetividade e solidariedade.

Tanto assim o é, que na disciplina da jurisdição voluntária no CPC/15 se admite decisões pautadas na equidade. O juízo de conveniência e oportunidade não deve ser lido como mera prerrogativa do magistrado, mas verdadeiro direcionamento para decidir, notadamente em decorrência da ausência de interesses antagônicos.

Por isso que se questiona a constitucionalidade do procedimento de alteração do regime de bens, e a infeliz redação do art. 734, do CPC/15, que utiliza expressões como “motivadamente” e “justificativa”, atropelando a liberdade e autonomia dos cônjuges, em nítida burocracia para validação da disposição patrimonial sobre o matrimônio.

Sendo o magistrado protagonista do processo ou não, fato é que o exercício da jurisdição, incluindo as demandas de jurisdição voluntária, pressupõe o dever judicial de imparcialidade.

---

<sup>116</sup> Art. 723. O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único. O juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna. (BRASIL, **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> Acesso em: 27 jun. 2018).

<sup>117</sup> DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v.1, p. 188.

A decisão deve sempre estar em consonância com o direito material discutido, e limitada aos fatos deduzidos e provas produzidas, sem qualquer tipo de predisposição para favorecer um dos sujeitos em detrimento do outro<sup>118</sup>.

### 3.1.2 Natureza Jurídica e Classificação

A jurisdição voluntária tem como principal característica a tutela pública assistencial de interesses privados. Assistencial por decorrer da necessária interferência pública na produção de efeitos de determinados atos jurídicos, ainda que esta intervenção não seja uma imposição legal, mas fruto da vontade dos particulares.

Diz-se então, que a jurisdição voluntária exerce atribuição com fins muito mais criativos, do simplesmente decisórios. Ocorre que, diferentemente da jurisdição contenciosa, em que o poder de decidir é atribuição exclusiva do Estado ou de um árbitro – investido pela vontade das partes –, a tutela assistencial não é privativa do Poder Judiciário<sup>119</sup>.

Outros órgãos públicos como as Juntas Comerciais, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial, os Tabelionatos de Notas e os Cartórios de Registro, também possuem competência para administrar interesses privados, havendo divergências doutrinárias quanto à classificação dessas funções enquanto jurisdição voluntária ou não.<sup>120</sup>

Não há divergência, porém, na classificação da jurisdição voluntária como a tutela assistencial praticada pelo Poder Judiciário, integrando a vontade dos particulares em relações jurídicas complexas, que podem afetar direitos de terceiros. As divergências doutrinárias surgem quanto à natureza jurídica dessa atribuição.

Prevalece na doutrina brasileira a compreensão de que a jurisdição voluntária é atividade administrativa e não jurisdicional. Seria uma administração pública de interesses privados, desempenhada pelo Poder Judiciário, demais serventuários da justiça e outros órgãos da Administração.

---

<sup>118</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processo Civil**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, v. 1, p. 468.

<sup>119</sup> MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Estudo sobre a Jurisdição Voluntária. In: DE CARVALHO, Milton Paulo (Coord). **Direito Processual Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 50.

<sup>120</sup> Há quem defenda se tratar de atos de jurisdição voluntária, enquanto outros defendem se tratar de mera administração pública de interesses privados, entendendo a jurisdição voluntária como atribuição exclusiva do Poder Judiciário (*Ibidem*, p. 51)

Para esta corrente, por não existir lide/conflito entre os sujeitos, não se poderia falar em jurisdição. Logo, não haveriam partes, mas meros interessados, inserindo o magistrado como participante do negócio jurídico, sem caráter substitutivo. Por isso nem mesmo se falaria em ação ou processo, mas apenas requerimento e procedimento<sup>121</sup>.

Nessa perspectiva, também fundamentada pela previsão legal da equidade, os atos jurisdicionais seriam juízos de valor em torno da conveniência e oportunidade da constituição e eficácia de situações jurídicas novas, se equiparando às características dos atos administrativos, ao invés da aplicação direta do direito.<sup>122</sup>

Encerram-se os principais argumentos da teoria administrativista com o aspecto subjetivo, sustentando que a possibilidade de exercício por órgãos estranhos ao Judiciário retiraria o caráter jurisdicional.

A corrente jurisdicionalista entende a jurisdição voluntária como efetivo exercício de atividade jurisdicional, ainda que possa ser praticada fora do âmbito do Poder Judiciário. Em verdade, a ritualística moderna tem incessantemente lutado pela desburocratização das demandas e a desjudicialização das técnicas de administração pública de interesses privados, tendo como principal exemplo a Lei 11.441, com a possibilidade de separações, divórcios, inventários e arrolamentos pela via extrajudicial<sup>123</sup>.

Sendo exercida pelo Judiciário ou qualquer órgão público, a jurisdição voluntária também visa à pacificação e harmonização social, com a eliminação de situações inseguras e/ou conflituosas. Tais situações podem decorrer de interesses antagônicos dos sujeitos, o que desencadearia um litígio, ou de interesses convergentes em prol de um efeito comum desejado.

Se a pacificação decorrerá de uma imposição judicial, em que o juiz substituirá a vontade das partes e aplicará o direito ao caso concreto; ou se a pacificação decorrerá da integração da vontade das partes através de uma simples análise de conveniência e oportunidade pelo magistrado, pouco importa.

---

<sup>121</sup> DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v.1, p. 192.

<sup>122</sup> MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Estudo sobre a Jurisdição Voluntária. In: DE CARVALHO, Milton Paulo (Coord). **Direito Processual Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 53.

<sup>123</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 182.

O escopo final será o mesmo nas duas situações: solucionar conflitos para pacificar pessoas<sup>124</sup>. Resolver um conflito de divórcio litigioso ou homologar um divórcio consensual também implicarão na atuação da vontade do direito, a diferença é que em uma situação o direito final será imposto, enquanto na outra o direito foi escolhido pelas partes e fiscalizado pelo Estado.

A substitutividade, ainda que possa ser considerada uma característica da jurisdição, não é essencial para a sua existência. Para se falar em jurisdição é necessário a heterocomposição, isto é, o seu exercício por um terceiro estranho ao conflito e dele desinteressado. Não significa que este terceiro precisa, necessariamente, decidir pelas partes impondo o melhor direito ao caso concreto. O terceiro pode simplesmente administrar interesses sociais relevantes. A jurisdição não é uma atividade meramente declaratória, mas essencialmente criativa<sup>125</sup>.

Do mesmo modo, como já explanado neste trabalho, a jurisdição não depende de uma lide – conflito de interesses caracterizado por uma pretensão resistida. A intervenção judicial para a produção de efeitos jurídicos em um acordo de vontade entre os sujeitos, também demonstra uma insatisfação dos particulares frente ao ordenamento jurídico abstrato, por não poderem obter o bem da vida ou alcançar a pretensão em comum sem a participação do Estado.

No fim das contas, a pretensão resistida continuará existindo, a diferença é que ela será decorrente da previsão legal que condiciona a eficácia do ato à atuação do juiz, ao invés das vontades antagônicas dos sujeitos, em que pese existam exemplos de jurisdição voluntária que ensejam conflitos diretos entre os envolvidos, como algumas ações de interdição e retificação de registro civil.<sup>126</sup>

Ademais, a atividade de jurisdição voluntária também se exerce segundo as formas processuais clássicas, através de uma relação jurídica processual entre os interessados, com a incidência de todas as garantias fundamentais, sobretudo a ampla defesa e o contraditório. Haverá uma petição inicial devidamente instruída com os documentos essenciais, notificação dos interessados, resposta, provas, sentença e recurso<sup>127</sup>.

---

<sup>124</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processo Civil**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, v. 1, p. 465.

<sup>125</sup> DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v.1, p. 157.

<sup>126</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 101.

<sup>127</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 182.

O procedimento é abstratamente o mesmo, o que mudará são as nuances de cada situação de acordo com a tutela pretendida, desembocando na edição dos procedimentos especiais, cujo regramento particularizado existirá tanto na jurisdição contenciosa, quanto na jurisdição voluntária.

Deve-se destacar, ainda, que jurisdição é a atividade exercida por juízes, que façam ou não parte do Poder Judiciário, mas que tenham todas as garantias constitucionais da magistratura. Esses juízes aplicarão o direito em última instância, prolatando decisão não passível de controle externo. Portanto, inevitável<sup>128</sup>.

Assim também o é a jurisdição voluntária, que além de inevitável, semelhantemente tem aptidão para tornar-se indiscutível, formando coisa julgada. Este argumento foi reforçado pelo atual diploma processual, que prevê a coisa julgada material até mesmo para decisões que não examinam o mérito do processo<sup>129</sup>. Quiçá para as decisões homologatórias ou demais decisões de mérito em sede de jurisdição voluntária, que não poderiam ser absolutamente instáveis, revogáveis ou modificáveis, sob pena de violação à segurança jurídica.

Este entendimento foi adotado, inclusive, pelo Superior Tribunal de Justiça, que em um dos seus precedentes concluiu pela impossibilidade de ajuizamento de sucessivas ações de retificação de registro civil por mera liberalidade e conveniência dos envolvidos, uma vez que isto implicaria em grave insegurança. Ou seja, apesar de adotar no caso concreto as premissas da corrente administrativista, o impedimento para a renovação do pedido decorreu da aplicação dos efeitos da coisa julgada no procedimento de jurisdição voluntária<sup>130</sup>.

---

<sup>128</sup> DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v.1, p. 193.

<sup>129</sup> Art. 486. O pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação. § 1º No caso de extinção em razão de litispendência e nos casos dos incisos I, IV, VI e VII do art. 485, a propositura da nova ação depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito. (BRASIL, **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> Acesso em: 29 jun. 2018)

<sup>130</sup> DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTROS PÚBLICOS. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. NACIONALIDADE PORTUGUESA. NOVO PEDIDO. RETORNO AO STATU QUO ANTE. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE JUSTO MOTIVO. VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 54; 56 E 57 DA LEI 6.015/73. 1. Ação de retificação de registro civil, ajuizada em 04.12.2008. Recurso especial concluso ao Gabinete em 24.06.2013. 2. Discussão relativa à possibilidade de alteração de registro civil de nascimento para restabelecimento no nome original das partes, já alterado por meio de outra ação judicial de retificação. 3. A regra geral, no direito brasileiro, é a da imutabilidade ou definitividade do nome civil, mas são admitidas exceções. Nesse sentido, a Lei de Registros Públicos prevê, (i) no art. 56, a alteração do prenome, pelo interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, desde que não haja prejuízo aos apelidos de família e (ii) no art. 57, a alteração do nome, excepcional e motivadamente, mediante apreciação judicial, e após oitiva do MP. 4. O respeito aos apelidos de família e a preservação da segurança jurídica são sempre considerados antes de se deferir qualquer pedido de alteração de nome. 5. O registro público é de extrema importância para as relações sociais. Aliás, o que motiva a existência de registros públicos é exatamente a necessidade de conferir aos terceiros a segurança jurídica quanto às relações

Este trabalho acompanha o pensamento de Amílcar de Castro e Pontes de Miranda, no sentido de que a jurisdição é única, o que muda é o procedimento por meio do qual ela será exercida, que poderá ser contencioso ou voluntário. Bem por isto, não se poderia falar em jurisdição voluntária e jurisdição contenciosa como antinomias, muito menos questionar a natureza jurisdicional de cada uma<sup>131</sup>.

A litigiosidade e voluntariedade são conceitos pré-processuais, utilizados pelas legislações processualistas e de organização judiciária, ao invés de por elas construídos. Por isso que a discussão da natureza jurisdicional ou não destes dados não é relevante.

A voluntariedade se desenvolveria em uma relação jurídica processual entre pessoas que estão de acordo quanto ao pedido, enquanto a litigiosidade seria entre pessoas que controvertem a respeito do pedido. Isto posto, os procedimentos não seriam exclusivamente contenciosos ou voluntários, mas simultaneamente ambos. Existem fases e trâmites contenciosos e voluntários em uma mesma relação<sup>132</sup>.

Concorda-se, também, com a ideia de que o caráter administrativo da jurisdição voluntária não se sustenta. A Administração Pública busca a satisfação dos interesses estatais, agindo com parcialidade neste sentido. A jurisdição voluntária, por sua vez, exercita os interesses individuais<sup>133</sup>.

O Estado intervém para a promoção da pacificação social através da justa e equilibrada proteção dos interesses privados e sociais relevantes. Porém, a atividade estatal, inclusive por se pautar no juízo de equidade, terá como diretriz a autonomia privada, buscando aplicar o

---

neles refletidas. 6. Uma vez que foram os próprios recorrentes, na ação anterior, que pediram a alteração de seus nomes, com o objetivo de obter a nacionalidade portuguesa e tiveram seu pedido atendido na integralidade, não podem, agora, simplesmente pretender o restabelecimento do statu quo ante, alegando que houve equívoco no pedido e que os custos de alteração de todos os seus documentos são muito elevados. 7. Ainda que a ação de retificação de registro civil se trate de um procedimento de jurisdição voluntária, em que não há lide, partes e formação da coisa julgada material, permitir sucessivas alterações nos registros públicos, de acordo com a conveniência das partes implica grave insegurança. 8. Se naquele primeiro momento, a alteração do nome dos recorrentes – leia-se: a supressão da partícula “DE” e inclusão da partícula “DOS” - não representou qualquer ameaça ou mácula aos seus direitos de personalidade, ou prejuízo à sua individualidade e autodeterminação, tanto que o requereram expressamente, agora, também não se vislumbra esse risco. 9. Recurso especial desprovido. (BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.412.260 – Proc. 2013/0142696-0. Recorrente: Mário Pereira de Araújo Santos e Outros. Recorrido: Ministério Público de São Paulo. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DJ 15 maio. 2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35385624&num\\_registro=201301426960&data=20140522&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35385624&num_registro=201301426960&data=20140522&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 29 jun. 2018).

<sup>131</sup> DE CASTRO, Amílcar. *Direito Internacional Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, v. 2, p. 248. *Apud* MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Estudo sobre a Jurisdição Voluntária. *In*: DE CARVALHO, Milton Paulo (Coord). **Direito Processual Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 54.

<sup>132</sup> MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Estudo sobre a Jurisdição Voluntária. *In*: DE CARVALHO, Milton Paulo (Coord). **Direito Processual Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 65.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 56.



direito de modo a satisfazer, ao mesmo tempo, os interesses dos particulares e a defesa de direitos dos terceiros.

Portanto, seguindo esse entendimento, jamais se poderia conceber uma decisão em sede de jurisdição voluntária, que vá de encontro com a tutela pretendida pelos envolvidos – desde que lícita –, como, por exemplo, o indeferimento do pedido de alteração do regime de bens do casamento.

Obviamente, por versar sobre direitos patrimoniais que podem afetar a esfera de terceiros, o juiz precisa observar as implicações práticas na mudança do regramento, eventualmente até mesmo solicitando a flexibilização da vontade em nome do interesse social. Contudo, não poderia se imiscuir na esfera particular a ponto de exigir externalização da motivação ou justificativa dos cônjuges, como prevê o art. 734 do CPC/15. O juiz se limitaria a fiscalizar os interesses postos, exercendo atividade de natureza constitutiva.

A maioria dos procedimentos de jurisdição voluntária se classificam como ações de natureza constitutiva, como ocorre na interdição, emancipação, divórcio ou separação, adoção e alteração do regime de bens. Mas há, ainda, ações cujo escopo principal é a declaração, como as autorizações judiciais, os suprimentos de consentimentos, abertura, registro e cumprimento de testamento<sup>134</sup>.

Para Leonardo Greco, os procedimentos de jurisdição voluntária podem ser classificados entre receptícios – quando a atividade judicial se limita a registrar ou documentar manifestações de vontade; probatórios – quando se limita a produzir provas; declaratórios – quando declara a existência ou inexistência de uma situação jurídica; constitutivos – quando criam, modificam ou extinguem situações; executórios – quando o juiz pratica ato que modifica o mundo exterior; ou tutelares – quando visam a proteção dos interesses de pessoas vulneráveis, como os incapazes<sup>135</sup>.

Somente não se pode falar em procedimentos condenatórios, uma vez que nas relações jurídicas processuais marcadas pela voluntariedade, em que as partes estão de acordo quanto ao pedido, não há litígio tendente a impor o cumprimento de uma obrigação de dar, fazer ou não fazer.

Assim, a jurisdição voluntária será composta de procedimentos – alguns deles especiais –, que buscam a intervenção estatal com a finalidade de autorizar, homologar ou legitimar a prática

---

<sup>134</sup> MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Estudo sobre a Jurisdição Voluntária. In: DE CARVALHO, Milton Paulo (Coord). **Direito Processual Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 70.

<sup>135</sup> GRECO, Leonardo. **Jurisdição Voluntária Moderna**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 55 *et seq.*

de um ato jurídico, levando o magistrado a agir na conformidade da lei para viabilizar os interesses dos postulantes, como na litigiosidade.

Em ambas, verifica-se o exercício de uma atividade substitutiva, a substituição dos sujeitos de uma relação jurídica pelo juiz, ou seja, pelo Estado, que, há muito, banuiu a autotutela e, hodiernamente, submete à sua autoridade não só os conflitos de interesses, mas também o controle de interesses indisponíveis, para que os atos jurídicos que os envolvam sejam praticados na forma da lei.<sup>136</sup>

### 3.2 OS PROCEDIMENTOS JUDICIAIS

A jurisdição, seja ela contenciosa ou voluntária, será exercida processualmente. Para tanto, dependerá de um processo que a legitime, observando as garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, adequação, efetividade, juiz natural, duração razoável, etc.<sup>137</sup>

Nessa perspectiva, a compreensão de processo se relaciona com a ideia de procedimento, meio extrínseco através do qual ele se instaura, caracterizado por um ato jurídico complexo de formação sucessiva, que engloba um conjunto de atos ordenados destinados a um certo fim. No âmbito do processo judicial, este fim é o alcance da prestação jurisdicional pretendida.<sup>138</sup>

Logo, o exercício da jurisdição pressupõe uma situação jurídica levada a juízo, instrumentalizada por um processo, para discutir o direito material nela afirmado. O processo/procedimento seria um instrumento das normas materiais, cuja estruturação dependeria da situação jurídica objeto de tutela<sup>139</sup>.

É essa a íntima e essencial relação entre direito processual e direito material, sem inferiorizar o papel de nenhum deles. Ambos são indispensáveis para a construção e aplicação do Direito, que por ser um método de exercício do poder pelo Estado, dependerá do emprego de regras

---

<sup>136</sup> MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Estudo sobre a Jurisdição Voluntária. In: DE CARVALHO, Milton Paulo (Coord). **Direito Processual Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 70.

<sup>137</sup> DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v.1, p. 32.

<sup>138</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 137 *et seq.*

<sup>139</sup> *Op. cit.*, p. 40.

processuais que precisarão ser interpretadas pelos operadores pautando-se na função essencial: dar efetividade às normas materiais.<sup>140</sup>

Ao processo cabe a realização dos projetos do direito material, em uma relação de complementaridade que se assemelha àquela que se estabelece entre o engenheiro e o arquiteto. O direito material sonha, projeta; ao direito processual cabe a concretização tão perfeita quanto possível desse sonho. A instrumentalidade do processo pauta-se na premissa de que o direito material coloca-se como o valor que deve presidir a criação, a interpretação e a aplicação das regras processuais. O processualista contemporâneo não pode ignorar isso.<sup>141</sup>

O atual Código de Processo Civil simplificou os tipos de procedimentos judiciais, prevendo o procedimento comum e os procedimentos especiais, além de disciplinar aqueles especialíssimos, isto é, que derivam de negócios processuais convencionados entre as partes<sup>142</sup>.

Antes de adentrar nas distinções entre os referidos procedimentos, esmiuçando os procedimentos especiais de jurisdição voluntária, especificamente a alteração de regime de bens do casamento, convém contextualizar o regramento atual e o que levou ao ordenamento jurídico brasileiro criar tutelas jurisdicionais diferenciadas para específicas necessidades e espécies de bens.

### 3.2.1 A Tradição Jurídica do Procedimento Uniforme e o Procedimento Comum

Em meio ao Estado Liberal clássico, cujo ideal de liberdade universal era o ponto fundante do regime, a distinção entre os procedimentos judiciais era inconcebível, porque implicava no tratamento diferenciado de posições sociais e direitos, com o privilégio de situações substanciais.<sup>143</sup>

Era preciso garantir a liberdade através da igualdade formal, significando dizer que todos os sujeitos, situações, interesses e posições eram semelhantemente relevantes, recebendo exatamente o mesmo tratamento jurídico. Por isso que se diz, que a tutela jurisdicional do

<sup>140</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 102, 2001, p. 64.

<sup>141</sup> DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v.1, p. 41.

<sup>142</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**: teoria geral do processo. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 1, p. 280.

<sup>143</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. 3, p. 29.

Estado Liberal não considerava as diferentes necessidades e espécies de bens, mas se limitava a garantir a equivalência das pretensões através de uma tutela essencialmente pecuniária.<sup>144</sup>

Tudo era convertido em custo econômico, neutralizando as situações substanciais pela tutela do equivalente, como forma de garantir a mesma proteção jurisdicional a todos. Assim, somente se poderia conceber um procedimento único e uniforme, rechaçando qualquer técnica diferenciada.

Ocorre que a autonomia do direito processual não significa dizer que ele pode ser neutro ou indiferente às variadas situações de direito material. De fato, direito processual e material são ciências diferentes e autônomas, porém estão intrinsecamente conectadas à medida que um serve de instrumento para a materialização do outro.

Não é possível conceber um direito processual isolado, que não se sensibiliza com a diversidade de situações sociais, pretensões e interesses. Não é possível conceber um procedimento único para toda ocasião. A realidade é multifacetada e o Direito serve à realidade.

A previsão de tutelas jurisdicionais diferenciadas não significa violação à igualdade ou liberdade. Pelo contrário. A garantia da igualdade somente se dá com o tratamento igual dos iguais e o tratamento desigual dos desiguais, na exata medida da desigualdade de cada um<sup>145</sup>.

A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.<sup>146</sup>

O Estado Liberal fez surgir um procedimento ordinário comum, desvinculado do direito material, que proporcionava uniformidade nas técnicas processuais. A doutrina processual da época foi fortemente influenciada por essa imutabilidade, criando severas resistências em relação aos procedimentos especiais, que eram vistos como anormais e desviados<sup>147</sup>.

Entretanto, a realidade social cada vez mais exigia a necessidade de tratamento diversificado frente às diferentes situações, o que gerou reações contra a teoria da uniformidade procedimental. Era preciso prever formas processuais que se contrapusessem ao solene

---

<sup>144</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. 3, p. 30.

<sup>145</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 225.

<sup>146</sup> Oração aos Moços. Discurso escrito por Rui Barbosa para parabenizar os formandos da turma de 1920 da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em São Paulo, intitulado **Oração aos Moços**. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Princ%C3%ADpio\\_da\\_igualdade#cite\\_note-1](https://pt.wikipedia.org/wiki/Princ%C3%ADpio_da_igualdade#cite_note-1)>. Acesso em: 01 jul. 2018.

<sup>147</sup> *Op. cit.*, p. 36.

procedimento ordinário, com procedimentos jurisdicionais diferenciados para tutelar diferenciadas situações substanciais, que ora variavam no objeto, ora no sujeito, ora no contexto fático em que a ordem judicial seria executada.

O Estado se transformou e a sociedade evoluiu. Novos acontecimentos tuteláveis criavam novas razões para os cidadãos demandarem judicialmente, acontecimentos estes que não eram efetivamente tutelados através do procedimento ordinário, por não ser capaz de abarcar as peculiaridades do caso concreto.

O direito ao acesso à justiça ganhou força e a construção de um ordenamento jurídico empenhado em viabilizar o acesso de todos, perpassava pela ideia de diferenciação dos procedimentos, também garantido pelo direito de ação previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88<sup>148</sup>.

Ou seja, o direito de ação deve permitir ou viabilizar o alcance das tutelas do direito material, que não dependem apenas de uma resposta final do juiz através da sentença. A efetiva tutela do direito material se traduz na concreta realização da prestação devida, que pode ser alcançada com uma simples sentença condenatória, ou pode depender de técnicas executivas idôneas após o trânsito em julgado da decisão<sup>149</sup>.

Em razão disto que se diz que o direito processual conhece duas espécies básicas de tutela: aquela prestada em um processo de conhecimento e aquela realizada por um processo de execução. Todavia, na prática, é quase impossível se visualizar um deles isoladamente. Os procedimentos através dos quais se efetivam as diversas modalidades de tutela, conjugam atividades de cognição, execução, urgência e inibição, desde que sejam necessários para o perfeito alcance do direito material discutido.<sup>150</sup>

O direito de ação somente é exercido através do procedimento e das técnicas processuais adequadas à particular tutela do direito substancial deduzido. Por isso, a uniformização

---

<sup>148</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. (BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 01 jul. 2018).

<sup>149</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARÊNHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. 3, p. 40.

<sup>150</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 57. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 1, p. 740.

procedimental jamais poderia abarcar as diversas situações fáticas e as divergências dos sujeitos processuais.

Por outro lado, o legislador também não seria capaz de instituir tantos procedimentos diferenciados quantas fossem as necessidades do direito material, uma vez que o Direito é incapaz de esgotar todas as situações fáticas possíveis.

Assim, o que antes era chamado de procedimento ordinário, compreendido como a única forma de tutela processual de qualquer tipo de direito material, independentemente de eventual particularidade, passou a conviver com diferentes feições procedimentais: o procedimento comum e os procedimentos especiais.

O procedimento comum atual tem como inspiração os ideais do liberalismo, na medida em que sempre será aplicado quando o regramento processual não prever algum procedimento especial, ou seja, abarca todas as situações gerais. Ele é o único procedimento que será uniforme, razão pela qual também é o único que é completa e exaustivamente disciplinado pelo Código de Processo Civil.

Além disso, ele é o ponto de referência do exercício da jurisdição, de modo que se aplica subsidiariamente a todos os ritos, servindo para preencher as lacunas jurídicas deixadas pelas incompletas regulamentações dos procedimentos especiais<sup>151</sup>.

No Código de Processo Civil de 1973, o procedimento comum era dividido no rito ordinário e sumário, sendo o sumário cabível em causas abaixo de um determinado valor e também em outras causas diferenciadas pela matéria discutida. O atual CPC não disciplinou os procedimentos sumários, estabelecendo um rito único para o procedimento comum<sup>152</sup>.

Esse procedimento comum é estruturado em fases lógicas, que realizam os princípios fundamentais do processo e fornecem às partes e ao juiz mais ferramentas para a investigação dos fatos, o alcance da verdade real e o debate de argumentos jurídicos. Possui assim, em sua tutela de conhecimento, a fase postulatória, saneamento, instrutória, decisória e recursal<sup>153</sup>.

---

<sup>151</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 57. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 1, p. 742.

<sup>152</sup> A regra de transição é que, nos casos em que as leis extravagantes se referem ao procedimento sumário, não mais previsto no CPC, deve-se aplicar as regras do procedimento comum com as modificações previstas na legislação especial, se houver, conforme parágrafo único, do art. 1.049. (*Ibidem*, p. 741).

<sup>153</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**: teoria geral do processo. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 1, p. 280.

Essas fases não são estanques e nem poderiam ser, já que o processo é um ato complexo de formação sucessiva. Bem por isto, essas fases costumam se interpenetrar, de modo que cada uma será caracterizada pela predominância de uma atividade processual desenvolvida.

A fase postulatória se inicia com a propositura da ação através de uma petição inicial, se estendendo para a audiência de conciliação e mediação, a resposta do réu – que pode consistir em contestação, impugnação ou reconvenção –, e a impugnação à contestação, quando esta levantar preliminares ou defesa indireta de mérito<sup>154</sup>.

A fase saneadora se destina à análise da regularidade do processo pelo magistrado, evitando nulidades insanáveis que tornem o procedimento imprestável para o fim a que se destina. Essa atividade processual se inicia desde o recebimento da petição inicial e acaba perdurando ao longo de toda a demanda, uma vez que os vícios precisarão ser sanados no imediato momento em que forem identificados<sup>155</sup>.

A fase instrutória coletará as provas necessárias para o julgamento do mérito da ação. Em que pese desde a exordial e defesa as partes já tenham a obrigação de iniciar a atividade probatória colacionando as provas documentais disponíveis, os atos processuais preponderantemente probatórios são realizados após o saneamento, através das perícias e da designação de audiência de instrução e julgamento para a colheita das provas orais<sup>156</sup>.

É possível que a instrução seja reduzida nas hipóteses de revelia da parte acionada, da suficiência de provas documentais ou de questões exclusivamente de direito, em que não há a necessidade de produção probatória oral ou local. Acontece o que se chama de julgamento antecipado do mérito<sup>157</sup>.

A fase decisória, por sua vez, se destinará ao julgamento da demanda, com sentença de mérito ou não. Em um procedimento comum completo, ela ocorrerá após a instrução, através da prolação de sentença oral em audiência, ou elaborada por escrito posteriormente.

Contudo, é possível a antecipação desta etapa quando ocorre o julgamento conforme o estado do processo, ou quando se identifica a prescrição ou decadência, ou ainda quando ocorrem situações que levam à extinção do processo no seu nascedouro

---

<sup>154</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 57. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 1, p. 744.

<sup>155</sup> *Ibidem*, p. 745.

<sup>156</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>157</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

Por fim, a etapa recursal, que se destina ao interesse das partes em anular ou reformar a decisão final prolatada na etapa de conhecimento, se utilizando, para tanto, do duplo grau de jurisdição.

As fases do procedimento comum estão expressamente dispostas na legislação e são consideradas matéria de ordem pública, ou seja, não podem ser afastadas ou substituídas pelas partes ou pelo juiz. No máximo se admite a negociação processual dentro dos limites dispostos no art. 190 do CPC/15<sup>158</sup>, permitindo o ajuste do procedimento de acordo com as especificidades da causa e os interesses dos envolvidos, através de disposições prévias ao processo ou no decorrer deste, sempre com validade controlada pelo magistrado. Inclusive, é possível que as partes e o juiz fixem calendário processual, previamente definindo os marcos para a prática dos atos dentro de um determinado processo.

A atual previsão dos negócios jurídicos processuais é matéria nova e polêmica, que gera acirradas discussões doutrinárias, sobretudo por tratar da flexibilização de regras processuais consideradas, até então, cogentes.

Contudo, este trabalho não se prestará a esmiuçar este debate. O seu foco se destina aos procedimentos especiais, especificamente os de jurisdição voluntária, criados diante da necessidade de tratamento diversificado às diferentes situações de direito material, como se tratará nos tópicos seguintes.

### **3.2.2 Os Procedimentos Especiais e o Direito ao Procedimento Adequado**

O intuito do legislador ao disciplinar minuciosamente as fases do procedimento comum, foi criar um sistema de tramitação processual simples e universal, permitindo que o maior número de pretensões pudesse ser acolhido e solucionado por meio de um único rito.

Todavia, a diversidade do direito material e a complexidade das relações sociais sempre reclamaram formas especiais de exercício no processo. Assim, não restou outra alternativa

---

<sup>158</sup> Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. (BRASIL, **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> Acesso em: 03 jul. 2018).



senão a criação de procedimentos outros, cujo objetivo específico fosse a adequação das particularidades dos direitos materiais tutelados em juízo. São os chamados procedimentos especiais<sup>159</sup>.

Os procedimentos especiais estão disciplinados no Código de Processo Civil e em diplomas extravagantes, responsáveis por prever as tramitações judiciais de pretensões que não encontrariam tratamento processual coerente nos parâmetros do procedimento comum. É o ordenamento jurídico processual se adaptando ao dever de guardar simetria com as regras de direito material, garantindo medidas eficazes e em constante observância ao devido processo legal<sup>160</sup>.

A criação dos procedimentos especiais procurou disciplinar o procedimento segundo o critério da funcionalidade, isto é, com a previsão de atos mais idôneos, entrelaçados de maneira mais eficiente, a fim de se chegar a uma solução mais rápida, adequada e justa da situação deduzida. Logo, não se trata de especialidade fundada exclusivamente na expectativa de celeridade, mas das próprias características e exigências das pretensões e relações materiais incidentes<sup>161</sup>.

Em razão disto, há uma multiplicidade de questões que são consideradas quando se analisa a necessidade de um procedimento especial. É o caso, por exemplo, do direito especial aos alimentos, que pela sua importância admite a fixação de alimentos provisórios liminarmente, bem como métodos executivos mais invasivos, como o desconto em folha de pagamento e até mesmo a prisão civil do devedor<sup>162</sup>.

Os procedimentos dos Juizados Especiais, instituídos pela Lei nº 9.099/1995, que visam garantir o direito de acesso à justiça e a assistência jurídica gratuita através de um procedimento pautado na oralidade, simplicidade, informalidade, economia e celeridade, tendo como característica marcante o *jus postulandi* e a ausência de custas e despesas processuais no primeiro grau<sup>163</sup>.

A tutela dos direitos transindividuais (de prestações sociais, proteção e direitos de participação), que por serem titularizados pela coletividade exigiram a edição de

---

<sup>159</sup>THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: procedimentos especiais. 51. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 2, p. 4.

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. 5 et seq.

<sup>161</sup> MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos Especiais**. 13. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2008, p. 58.

<sup>162</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. 3, p. 43.

<sup>163</sup> *Ibidem*, p. 46.

procedimentos especiais conferindo legitimidade a determinados entes e associações, instituindo os efeitos ultra partes das decisões de mérito, e ampliando a participação da sociedade nas discussões processuais, a exemplo da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), do Código de Defesa do Consumidor, e a ação popular – procedimentos responsáveis por otimizar a participação do povo na reivindicação dos direitos fundamentais<sup>164</sup>.

Não se pode esquecer, ainda, dos procedimentos especiais expressamente previstos na Constituição Federal, como o mandado de segurança e as demais ações constitucionais, que demonstram a antiga preocupação do constituinte em garantir a efetividade da jurisdição para todos os interesses, promovendo uma adequação de todos os processos e procedimentos<sup>165</sup>.

Contudo, não seria possível ao legislador esgotar os procedimentos especiais para as diversas necessidades de direito material carentes de tutela jurisdicional. Até porque, tais procedimentos levam em consideração as particularidades dos casos concretos, sendo inconcebível a previsão em abstrato de todas as situações passíveis de realização no mundo fático.

As nuances processuais e materiais são imprevisíveis, em razão disto que a técnica legislativa, via de regra, não define o instrumento processual a ser utilizado em cada caso, mas os mecanismos disponíveis para uso conforme as necessidades da situação deduzida. Cabe às partes ou ao magistrado, o poder de adotar a técnica processual mais adequada, o que é implementado por meio da edição de regras processuais abertas<sup>166</sup>.

No Código de Processo Civil de 1973 a construção do procedimento adequado ao caso concreto era alcançada através de institutos processuais como a antecipação dos efeitos da tutela, cabível contra danos, contra a defesa indireta infundada ou contra parte incontroversa da demanda (art. 273), e em face de qualquer direito material e situação concreta. Ou através da possibilidade de adoção de medidas executivas de indução e sub-rogação para a obtenção da tutela específica (art. 461)<sup>167</sup>.

O CPC/15 também manteve essa perspectiva de construção de um procedimento adequado ao caso concreto. Entretanto, foi mais feliz ao introduzir a flexibilização procedimental,

---

<sup>164</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. 3, p. 48 *et seq.*

<sup>165</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>166</sup> *Ibidem*, p. 53 *et seq.*

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 58.

permitindo que as partes e o juiz possam flexibilizar o rito processual de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Assim, o juiz poderá dilatar prazos processuais, alterar a ordem de produção das provas (art. 139, VI) ou distribuir dinamicamente o ônus da prova (art. 373, §1º), enquanto as partes podem estipular mudanças procedimentais convencionando sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, por meio de negócios jurídicos antes ou durante o processo (art. 190).

Do mesmo modo, todos, de comum acordo, podem fixar calendário para a prática de atos processuais, dispensando a necessidade de intimação para o exercício de deveres ou prerrogativas, assim como o comparecimento em audiência, o que consagra os princípios da efetividade, economia e razoável duração do processo, dando-se a este o máximo de aproveitamento possível<sup>168</sup>.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

Como é evidente, essa evolução da abordagem do procedimento, partindo do pressuposto de que o direito de ação não pode ficar na dependência de técnicas processuais ditadas de maneira uniforme para todos os casos (procedimento uniforme) ou para alguns casos específicos (procedimentos especiais), permite a constatação de que se caminha, constantemente, para a previsão de normas que abrem oportunidade à concretização das técnicas processuais em cada caso, evidenciando a possibilidade da construção da ação ou do procedimento conforme as necessidades substanciais carentes de tutela e as particularidades do caso concreto.<sup>169</sup>

Destarte, a regra é que o procedimento comum sempre prevaleça na etapa de conhecimento em primeiro grau, desde que não haja norma específica optando por outro procedimento. O seu rito se iniciará com uma petição inicial, seguido de uma audiência de conciliação ou mediação, apresentação da defesa do réu, posteriormente o saneamento do processo, a produção de eventual prova pericial ou designação de audiência de instrução e julgamento, finalizando com a prolação de uma sentença<sup>170</sup>.

Os procedimentos especiais seguem abstratamente a mesma lógica, sendo um conjunto de atos concatenados para o mesmo fim, ou seja, o alcance da tutela jurisdicional pleiteada. A

---

<sup>168</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**: teoria geral do processo. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 1, p. 282.

<sup>169</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. 3, p. 59.

<sup>170</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processo Civil**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, v. 1, p. 233.

diferença é que a forma para alcançá-la possui mínimas particularidades no seu procedimento, as quais foram criadas para consagrar as peculiaridades do direito material discutido.

O ordenamento jurídico brasileiro subdivide os procedimentos especiais entre aqueles de jurisdição contenciosa e aqueles de jurisdição voluntária. O CPC/15, com o aprimoramento técnico da legislação, implementando a flexibilização procedimental e a adoção de técnicas abertas, suprimiu alguns procedimentos especiais previstos no CPC/73, como imperativo da simplificação e racionalização, a exemplo da ação de depósito, usucapião e nunciação de obra nova<sup>171</sup>.

Esses procedimentos passaram a se sujeitar ao procedimento comum, com a possibilidade de reclamar pequenas adaptações e ajustes a fim de compatibilizá-los com as particularidades do direito material tutelado. De todo modo, os ritos especiais não são capazes de esgotar os termos do processo, razão pela qual naquilo em que o procedimento especial for omissivo, incidirá o regramento comum, como disciplina o parágrafo único do art. 318 “O procedimento comum aplica-se subsidiariamente aos demais procedimentos especiais e ao processo de execução”<sup>172, 173</sup>.

As técnicas de especialização procedimental costumam simplificar e agilizar as demandas, uma vez que delimitam as matérias passíveis de discussão, explicitando as exigências materiais e processuais para que o procedimento seja eficazmente utilizado. Nesta perspectiva, muitos ritos especiais afastam a tradicional dicotomia entre ação de cognição e ação de execução, prevendo atos de ambas as naturezas em uma mesma relação processual<sup>174</sup>.

Destarte, o legislador adotou como diretriz para os procedimentos especiais o direito de acesso à justiça e o direito à tutela jurisdicional efetiva, se pautando, preponderantemente, nas particularidades da relação material deduzida. A ideia foi criar procedimentos que melhor realizassem o direito material. Portanto, não importava se para alcançar este escopo seria preciso conjugar atividades cognitivas com a força de medidas executivas em um mesmo processo, como ocorreu com a disciplina das ações monitórias e possessórias.

<sup>171</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Justificação Teórica dos Procedimentos Especiais. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio\(3\)formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio(3)formatado.pdf)>. Acesso em: 04 jul. 2018.

<sup>172</sup> BRASIL, **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> Acesso em: 04 jul. 2018.

<sup>173</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: procedimentos especiais. 51. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 2, p. 6.

<sup>174</sup> *Ibidem*, p. 8.

Isto posto, se pode concluir que os procedimentos especiais, salvo raras exceções, não são imposições absolutas para as partes, mas apenas prerrogativas para melhor e mais rapidamente salvaguardar o direito discutido. Assim, ainda que o rito especial seja mais eficaz e célere quando comparado com o rito comum, mais longo e burocrático, os sujeitos podem abrir mão da especialidade, optando, por exemplo, por cumular pedidos em um único procedimento comum<sup>175</sup>.

A grande diferença da atual disciplina processual, é a possibilidade de emprego de técnicas processuais diferenciadas, tanto no procedimento comum, quanto nos procedimentos especiais. O CPC/15 disciplinou exaustivamente o rito ordinário, mas criou mecanismos para flexibiliza-lo e amolda-lo ao caso concreto, com a adoção de especialidades compatíveis com a sua natureza.

Tais técnicas procedimentais são resultado de experiências multisseculares, resultando no aporte de inovações e aperfeiçoamentos que, na prática, foram eleitos mais úteis e convenientes. Seja no modelo procedimental comum ou na escolha pelos modelos especiais, o procedimento como técnica disposto na legislação sempre deverá ser observado, por constituir fator de segurança às partes, sem o qual se incorreria em abusos e arbitrariedades<sup>176</sup>.

Transitamos da fase de uniformidade procedimental – onde se compreendia que a garantia da liberdade era alcançada através da igualdade formal, com a previsão de um único e uniforme procedimento para todas as demandas e direitos. Para a fase da implementação de diversos procedimentos jurisdicionais diferenciados – quando se entendia que cabia ao legislador disciplinar minuciosa e detalhadamente cada situação. Até alcançarmos o hodierno estágio que comunga as duas perspectivas.

Temos um procedimento comum exaustivo, cuja disciplina buscou acolher o maior número de pretensões possíveis, acompanhado de normas processuais abertas, que autorizam a utilização de técnicas diferenciadas para cada caso concreto, aliado à prerrogativa de disponibilização do procedimento pelas partes e magistrado, permitindo a construção da ação e do processo mais adequado para a tutela do direito material discutido.

---

<sup>175</sup> Art. 327. É lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão. § 2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum. (BRASIL, **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> Acesso em: 04 jul. 2018).

<sup>176</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processo Civil**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, v. 1, p. 234.

### 3.3 OS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

Partindo da consagração do direito ao procedimento adequado e da exigência de compatibilidade entre o direito material e as formas processuais para o seu exercício, nos deparamos com os procedimentos de jurisdição voluntária, que buscam tutelar interesses particulares por meio da adoção de providências para a constituição, assecuramento, desenvolvimento ou modificação de estados e relações jurídicas. Protege-se um ou ambos os sujeitos da relação processual atingindo a finalidade da pacificação social, sem que seja necessário a existência de um conflito direto entre os envolvidos<sup>177</sup>.

Simetricamente aos procedimentos contenciosos, a jurisdição voluntária também possui um procedimento padrão-comum e diversos procedimentos especiais, que variarão conforme as peculiares do interesse particular almejado.

Em ambos os casos, concebendo a sua natureza jurisdicional, os procedimentos de jurisdição voluntária também observam o princípio da inércia, exigindo o início do processo por iniciativa das partes e o seu desenvolvimento por impulso oficial. Assim, o art. 720 do CPC/15 prevê a legitimidade do particular interessado, do Ministério Público e da Defensoria Pública, que deverão instruir o pedido com os documentos necessários, bem como indicando a providência jurisdicional desejada.

A lei põe a salvo, também, situações em que o magistrado pode agir de ofício, independentemente de requerimento, como é o caso da alienação de bens depositados judicialmente, a arrecadação de bens da herança jacente e outras medidas típicas dessa jurisdição<sup>178</sup>.

O procedimento padrão-comum está previsto a partir do art. 719 e será aplicado aos pedidos de emancipação, sub-rogação, alienação, arrendamento ou oneração de bens de menores, órfãos e interditos, alienação, locação e administração de coisa comum, alienação de quinhão em coisa comum, extinção de usufruto, expedição de alvará judicial e homologações de autocomposições extrajudiciais, de qualquer natureza ou valor (art. 725).

Apesar de não depender de um conflito direto entre os envolvidos, os procedimentos de jurisdição voluntária geram efeitos *ultrapartes*, modificando situações jurídicas e atingindo

---

<sup>177</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: procedimentos especiais**. 51. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 2, p. 462.

<sup>178</sup> *Ibidem*, p. 463.

terceiros para além dos promoventes. Por isso, haverá a citação dos possíveis afetados, que poderão se manifestar no prazo de quinze dias. Como não há litígio propriamente dito, eventual manifestação se caracterizará como resposta, ao invés de contestação<sup>179</sup>.

Vale destacar a obrigatoriedade de citação das pessoas em face das quais é pretendida a tutela jurisdicional, sob pena de nulidade e ineficácia da providência perante aquele para quem não foi oportunizado conhecer o processo e sobre ele se manifestar<sup>180</sup>.

Contudo, é possível que o citado ofereça resistência ao pedido, configurando uma situação litigiosa. Nestes casos, ele poderá arguir preliminares processuais, cujo acolhimento poderá resultar na extinção do processo sem julgamento de mérito; ou poderá discutir o mérito propriamente dito, respondendo o vencido pelas despesas processuais, inclusive honorários advocatícios<sup>181</sup>.

Apesar da possibilidade de opor resistência ao pedido, o citado não poderá apresentar reconvenção, uma vez que este instituto pressupõe interesses contrapostos, o que vai de encontro ao escopo da jurisdição voluntária. A sua resposta se limitará a esclarecer ao magistrado o seu ponto de vista acerca da providência postulada, como garantia do princípio constitucional ao contraditório<sup>182</sup>.

Não é excluída, porém, a eventualidade de os interessados suscitarem controvérsias próprias de um procedimento contencioso, que reclame do magistrado soluções meritorias típicas do processo de conhecimento. É o caso, por exemplo, de discussões sobre a existência do condomínio ou sobre o direito material de promover a extinção do condomínio, que surgem incidentalmente ao procedimento de venda judicial para extinção de condomínio sobre coisa indivisível (art. 725, V, do CPC/15)<sup>183</sup>.

Apesar de o Judiciário ter sido acionado para promover a simples venda e conseqüente extinção, eventual questionamento sobre a própria existência do condomínio exigem o desenvolvimento de um procedimento jurisdicional comum sobre o direito controvertido, fugindo da seara da jurisdição voluntária<sup>184</sup>.

---

<sup>179</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: procedimentos especiais**. 51. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 2, p. 464.

<sup>180</sup> *Ibidem*, p. 463.

<sup>181</sup> GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 2, p. 448

<sup>182</sup> *Ibidem*, p. 449.

<sup>183</sup> *Op. cit.*, p. 465.

<sup>184</sup> *Ibidem*, p. 465.

Nestes casos, o procedimento de jurisdição voluntária iniciou e provocou o exercício da jurisdição contenciosa, promovendo um cruzamento entre eles, e necessariamente reclamando do magistrado a tutela, por sentença, do direito subjetivo deduzido em juízo. Para tanto, precisa adotar os atos e as providências processuais regulares do procedimento comum, que serão flexibilizados e compatibilizados com o objetivo da jurisdição voluntária buscada.

Após a citação obrigatória das pessoas interessadas, o Ministério Público será intimado para se manifestar, na qualidade de fiscal da ordem jurídica, nas hipóteses em que os processos de jurisdição voluntária envolvam interesse público, social ou de incapaz, conforme art. 721 e 178 do CPC/15.

No CPC/73 a intervenção ministerial era disciplinada pelo art. 1.105, que não previa qualquer exceção. Como o regramento era simples, exigindo a citação sob pena de nulidade, havia quem defendesse a obrigatoriedade desta intervenção em qualquer procedimento de jurisdição voluntária, como forma de resguardar os interesses particulares tutelados, bem como fiscalizar a aplicação da lei e da equidade pelo juiz<sup>185</sup>.

Atualmente, o CPC/15 expressamente indica as causas cuja participação ministerial se faz necessária. Esta somente se justificará, quando o procedimento voluntário extrapolar a esfera de interesses particulares exclusiva dos promoventes, ganhando conotação social relevante, que demande a participação do Ministério Público na defesa dos interesses da sociedade, cuja atuação observará a regulamentação contida na Recomendação nº 34, de 5 de abril de 2016, expedida pelo Conselho Nacional do Ministério Público<sup>186</sup>.

Na sequência, o procedimento voluntário também exigirá a intimação da Fazenda Pública, nos casos em que estiver evidenciado o interesse, normalmente econômico, no resultado da causa. É o que ocorre quando há transferência de bens e recolhimento de tributos, como nos procedimentos de inventário ou divórcio com partilha, assim como nos procedimentos em que existirá a possibilidade de algum bem ser incorporado ao patrimônio público, como na arrecadação de bens de ausentes ou da herança jacente<sup>187</sup>.

Formulado o pedido, superadas as citações e intimações necessárias, o juiz decidirá observando as provas dos fatos constitutivos dos direitos e pretensões dos promoventes, cujo

---

<sup>185</sup> MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos Especiais**. 13. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2008, p. 327.

<sup>186</sup> BRASIL, Conselho Nacional do Ministério Público. **Recomendação nº 34**, de 05 de abril de 2016. Dispõe sobre a atuação do Ministério Público como órgão interveniente no processo civil. Brasília, DF, 5 abril 2016. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-0341.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2018.

<sup>187</sup> *Op. cit.*, p. 328.



regramento do ônus da prova se aplica da mesma forma. A diferença é que o legislador autoriza a adoção da solução mais conveniente ou oportuna, podendo o magistrado se afastar dos critérios da legalidade estrita (art. 723, parágrafo único<sup>188</sup>).

A previsão do julgamento por equidade não permite que o julgador seja arbitrário ou decida aleatoriamente, desvinculado do direito aplicável ao caso concreto. Não se trata de uma regra assecuratória de vantagens ao juiz, mas verdadeiro instrumento de segurança jurídica garantido aos particulares, que poderão obter a tutela jurisdicional mais adequada e conveniente aos pedidos por eles formulados<sup>189</sup>.

O CPC/73 previa em seu art. 1.107, que ao juiz era lícito investigar livremente os fatos e ordenar, de ofício, a realização de quaisquer provas<sup>190</sup>. Consagrava a busca pela verdade real dando ao julgador amplos poderes durante a instrução do procedimento, o que era potencializado com a prerrogativa de afastamento da legalidade estrita.

O CPC/15 retirou a previsão contida no antigo art. 1.107, e não sem razão. A não obrigatoriedade na observação da legalidade estrita, já confere ao julgador significativa disposição procedimental e decisória, que, inclusive, se mal aplicada, pode ensejar a prática de atos arbitrários.

Porém, conjuntamente com a anterior previsão de livre investigação, a intervenção do magistrado era extremamente ampla, extrapolando a recepção, certificação ou os pronunciamentos judiciais típicos de jurisdição voluntária, que são buscados a fim de conferir os efeitos jurídicos desejados para a prática de determinado ato pelos particulares.

A exclusão dessa disposição se encaixa perfeitamente no âmbito do Direito das Famílias, com a adoção do princípio da intervenção mínima. Ou seja, o Poder Judiciário precisará analisar e fiscalizar o interesse particular, mas não poderá se imiscuir na seara privada a ponto de, por exemplo, indeferir pedido de alteração do regime de bens do casamento quando os cônjuges consensualmente desejam.

Cabe ao juiz garantir que a legalidade se cumpra e que os sujeitos não pratiquem ilicitudes, nem violem o espírito do ordenamento jurídico brasileiro ou a esfera jurídico-material de

---

<sup>188</sup> Art. 723. O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único. O juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna. (BRASIL, **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> Acesso em: 07 jul. 2018)

<sup>189</sup> MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos Especiais**. 13. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2008, p. 329.

<sup>190</sup> BRASIL, **Código de Processo Civil**. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm)>. Acesso em: 07 jul. 2018.

terceiras pessoas. Entretanto, essa atividade receptícia, certificadora e fiscalizatória não autoriza que o Estado extrapole os limites da liberdade, privacidade, intimidade e autonomia dos particulares, impedindo-os de alcançar os efeitos desejados.

Pode aparentar que a exclusão do art. 1.107 não trouxe mudanças para o regramento processual, já que a decisão com base na conveniência e oportunidade se manteve. Entretanto, adotamos o entendimento de que se tratou da consagração da intervenção mínima e do respeito à liberdade e autonomia privada também como parte do interesse público.

Por fim, contra a sentença caberá recurso de apelação, e os efeitos produzidos somente poderão ser modificados se ocorrerem circunstâncias supervenientes que justifique. Os interessados poderão se valer, também, de agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias ou embargos de declaração, para sanar eventuais omissões, obscuridades, contradições ou erros de fato, aplicando-se a ampla defesa e o duplo grau de jurisdição da mesma forma que o procedimento comum.

Todavia, na jurisdição voluntaria não haverá, via de regra, condenação ao pagamento de verbas sucumbenciais ou honorários advocatícios, uma vez que não há litigiosidade, nem se pode falar em vencedor ou vencido. As despesas processuais serão adiantadas pelo promovente e posteriormente rateadas pelos interessados, na forma do art. 88. A exceção da sucumbência existirá quando os interessados citados suscitarem questões controvertidas, criando uma litigiosidade incidental que conduzirá à configuração de sucumbência<sup>191</sup>.

Além do procedimento padrão-comum, a jurisdição voluntária possui diversos procedimentos especiais regulamentados pelo CPC/15, que reclamam a interferência judicial para administrar os interesses particulares não conflituosos. É o caso do procedimento especial para alteração do regime de bens do matrimônio, sobre o qual passaremos a tratar.

---

<sup>191</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: procedimentos especiais**. 51. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 2, p. 467.

#### 4. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE NO PROCEDIMENTO ESPECIAL DE ALTERAÇÃO DO REGIME PATRIMONIAL DE BENS

O Código Civil Brasileiro prevê quatro diferentes tipos de regime de bens para o casamento e união estável, sendo eles a comunhão parcial, a comunhão universal, participação final nos aquestos e a separação de bens.

Os cônjuges e companheiros são livres para escolher o regime que melhor lhes aprouver, podendo eleger uma das hipóteses contempladas no texto legal ou estabelecer um novo modelo, editando um regime de bens particularizado. Excepcionalmente, nas hipóteses de separação obrigatória, o regime será uma imposição legislativa ao invés de ato de disposição dos nubentes, caracterizando uma preocupação do legislador com a proteção de direitos de terceiros ou daqueles considerados vulneráveis, como a pessoa maior de 70 anos<sup>192</sup>.

O regime padrão do ordenamento jurídico brasileiro é a comunhão parcial de bens, onde se comunicarão todos os bens adquiridos na constância do casamento, exceto aqueles expressamente excluídos, conforme previsão do art. 1.658 do CC/02. Os demais regimes dependerão da celebração de um negócio jurídico específico, denominado pacto antenupcial, em que o casal esmiuçará as disposições aplicáveis ao patrimônio, sendo obrigatoriamente lavrado por escritura pública e registrado no cartório de imóveis do domicílio dos nubentes, para que goze de eficácia *ultrapartes*<sup>193</sup>.

Durante muitos anos a regra geral foi da imutabilidade do regime de bens, que previa a vinculação dos cônjuges ao regramento originalmente escolhido até a dissolução da união, ainda que houvesse interesse conjunto na sua modificação. O art. 230 do Código Civil de 1916 assim previa: “O regime de bens entre cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável”<sup>194</sup>.

A única exceção era a hipótese de aquisição de nacionalidade brasileira por um estrangeiro, cuja previsão de modificação do regime estava contida na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>195</sup>.

Contudo, já se discutia sobre a incompatibilidade da imutabilidade com a real inspiração do Direito Civil, que compreendia a natureza diversa das relações patrimoniais existentes entre

---

<sup>192</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 6, p. 316.

<sup>193</sup> *Ibidem*, p. 317.

<sup>194</sup> BRASIL. **Código Civil**: Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Brasília, DF, 05 jan. 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2018.

<sup>195</sup> *Op. cit.*, p. 318.

os cônjuges. Isto é, estas se aproximavam muito mais da seara negocial e obrigacional do que das normas familiares propriamente ditas, razão pela qual já existia a previsão da liberdade de escolha do regime de bens e a possibilidade de criação de um regime particularizado, exclusivamente pautado na vontade dos cônjuges.

Logo, se existia um rol meramente exemplificativo das espécies de regime, cabendo a combinação de regras e o estabelecimento de novos regimes, inclusive sem previsão legal, não havia sentido para a vedação da alteração do regime no curso do matrimônio, quando a liberdade e autonomia privada regiam o regramento desde a sua origem.

Foi então, que se abandonou o princípio da inalterabilidade do regime de bens, substituindo-o pela consagração da mutabilidade motivada, admitindo a alteração do regime mesmo depois do enlace matrimonial, desde que fosse chancelada por decisão judicial.

A esta ação se deu o nome de procedimento especial de alteração do regime patrimonial de bens, que integral o rol dos procedimentos especiais de jurisdição voluntária, uma vez que se trata de intervenção judicial para a produção de efeitos jurídicos ao acordo de vontades havido entre os cônjuges.

#### 4.1 REQUISITOS E PROCEDIMENTO

A possibilidade jurídica de alteração do regime de bens foi criada pelo Código Civil de 2002. O Código de Processo Civil de 2015 trouxe a novidade da regulamentação instrumental dessa demanda, com a previsão de um procedimento especial, cujo regramento repetiu a antiga previsão do diploma civilista.

Como qualquer atividade jurisdicional, o procedimento especial de alteração do regime de bens se desenvolverá por meio de uma forma processual previamente estabelecida, criando uma relação jurídico-processual entre os interessados e com a incidência de todas as garantias constitucionais, especialmente a ampla defesa e o contraditório.

A disciplina de um procedimento específico, que exige a intervenção judicial, faz a mutabilidade do regime nascer desatualizada desde a sua origem, considerando que o CPC/15 é recheado de outras projeções mais avançadas e menos burocráticas, que consagram a instrumentalidade e adequação das formas.

De todo modo, o atual procedimento exige apresentação de pedido motivado por ambos os cônjuges, cuja veracidade das razões invocadas será obrigatoriamente apurada pelo Poder Judiciário, o qual também verificará os direitos de terceiros e a procedência do pedido, para, ao final, autorizar (ou não) a alteração, conforme preceitua o §2º do art. 1.639 do CC/02<sup>196</sup>.

Assim, o primeiro requisito para a mutabilidade do regime de bens é a existência de um pedido conjunto dos cônjuges. O casamento possui natureza negocial, sendo um negócio jurídico formado por livre e espontâneo acordo de vontades, cuja estruturação existencial e índole familiar caracterizam a sua especialidade e não submissão total às regras do direito contratual<sup>197</sup>.

Portanto, sendo um acordo de vontades, eventual modificação das regras que disciplinam o aspecto patrimonial do matrimônio somente poderá decorrer de outro acordo de vontade superveniente. O acordo para alteração do regime de bens jamais poderá modificar a pessoa do outro negociante ou promover sua própria extinção, como acontece no regramento dos demais negócios jurídicos<sup>198</sup>.

A natureza existencial-familiar do casamento pressupõe a sua vigência até a dissolução, judicial ou extrajudicial, da sociedade conjugal. Enquanto existir matrimônio, necessariamente vigorará alguma espécie de regime de bens, ainda que seja o regime legal padrão, da comunhão parcial.

Não há propriamente um credor e um devedor. Os cônjuges não são polos opostos da relação. São sujeitos intimamente vinculados pelo afeto, que compartilham suas vidas em prol da constituição de uma entidade familiar. Bem por isto, não é lícito simplesmente a troca de um dos “contratantes”, como pode ocorrer em uma cessão de direitos ou assunção de dívida de uma obrigação tradicional e regulamentada pelo direito contratual.

No mesmo sentido, não é possível, por exemplo, optar pela extinção do pacto antenupcial. A extinção do pacto somente se dará com a dissolução da sociedade conjugal. Enquanto

---

<sup>196</sup> Art. 1.639, § 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 (BRASIL. **Código Civil**: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF, 11 jan 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2018).

<sup>197</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: famílias. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 6, p. 184.

<sup>198</sup> CANUTO, Erica Verícia de Oliveira. **A Mutabilidade do Regime de Bens no Casamento**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, p. 54.

perdurar o casamento incidirão regras que regulamentam a titularidade patrimonial, sejam tais regras escolhidas pelos cônjuges ou previstas na legislação<sup>199</sup>.

Por isso se diz que o pedido conjunto dos cônjuges estará limitado à alteração da espécie de regime de bens, devendo existir plena concordância com todos os aspectos a serem modificados, sob pena de tornar impossível a alteração caso um dos cônjuges não aquiesça com o pedido.

O segundo requisito é a necessária autorização judicial, que é alcançada por meio de um procedimento especial de jurisdição voluntária. Ou seja, a legislação não permite a alteração do regime de bens por mera deliberação dos cônjuges, ou pela via extrajudicial. É indispensável a chancela judicial através de uma decisão prolatada por um juiz da vara de família do domicílio dos cônjuges, obedecendo o regramento previsto no art. 734 e seguintes do CPC/15<sup>200</sup>.

A liberdade negocial continua garantida, mas condicionada ao controle judicial, requisito este que é duramente criticado, diante da imposição de intervenção judicial para análise da formação e do conteúdo da modificação patrimonial em um campo de direitos disponíveis regidos pela liberdade e autonomia privada.

O terceiro e também criticado requisito, é o chamado pedido motivado. Caberia aos cônjuges expor os motivos, indicar o fundamento da pretensão de modificação do regime, subordinando a validade e procedência do pedido à comprovação da legalidade desta motivação.

Se questiona a constitucionalidade dessa normatização, prevista pelo CC/02 e reproduzida pelo CPC/15, especificamente no tocante à violação da dignidade humana, intimidade e vida privada, o que autorizaria uma excessiva interferência estatal no âmbito familiar.

Por fim, o último requisito é a inexistência de prejuízos aos direitos de terceiros ou dos próprios cônjuges, que exigem do magistrado controle jurisdicional no sentido de garantir que os cônjuges não se utilizem da mutabilidade do regime para fraudar direitos de credores,

---

<sup>199</sup> CANUTO, Erica Verícia de Oliveira. **A Mutabilidade do Regime de Bens no Casamento**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, p. 54.

<sup>200</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 6, p. 320.

esvaziar a legítima ou até mesmo impor um novo regime influenciando sobre a vontade da parte mais fraca da relação, com o intuito de aproveitamento ou abuso de boa-fé<sup>201</sup>.

Assim, uma vez constatada a presença de prejuízos a terceiros ou de coação de um cônjuge sobre outro, não se admitirá a alteração do regime, havendo o indeferimento do pedido. Na hipótese mais grave, será resguardada a ineficácia da modificação superveniente.

Com base nestes pré-requisitos disciplinados pelo diploma civilista desde 2002, o atual Código de Processo Civil sabiamente optou por criar um procedimento específico para a modificação do regime de bens, incluindo-o no regramento dos procedimentos de jurisdição voluntária, ante a obrigatória ausência de pretensão resistida entre os cônjuges.

A redação do art. 734 do CPC/15 manteve a mesma lógica do art. 1.639, §2º, do CC/02, prevendo, além do pedido motivado, a exposição das “razões que justificam a alteração”, criando um procedimento extremamente burocrático e formalista, que não admite a via extrajudicial.

A petição inicial precisará ser proposta por ambos os cônjuges, demonstrando ser do interesse de ambos a alteração do regime de bens, o que obriga a formação de um litisconsórcio ativo necessário, que necessariamente afastará qualquer possível conflito direto entre as partes e o direito material discutido.

A modificação por decisão unilateral não é admitida, inclusive nem mesmo se admite o suprimento da vontade por decisão judicial, uma vez que predomina a autonomia privada. Portanto, a modificação precisa partir de um ato essencialmente conjunto e uníssono, não podendo ser alcançado por meio de um processo litigioso em que um dos cônjuges tente vencer a resistência do cônjuge demandado<sup>202</sup>.

Esta petição precisará estar instruída e fundamentada, observando todos os requisitos de qualquer inicial, a exemplo do juízo a que é dirigida, nome e qualificação das partes, fatos e fundamentos jurídicos do pedido, valor da causa e as provas a serem produzidas (art. 319, CPC/15).

A particularidade da petição inicial do procedimento de alteração do regime de bens, é a exigência de que as partes exponham as “razões que justificam a alteração” por meio da apresentação de um “pedido motivado”. Ou seja, os cônjuges precisarão fundamentar ao

---

<sup>201</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 6, p. 321.

<sup>202</sup> *Ibidem*, p. 319.

magistrado os motivos que ensejaram a pretensão de modificação do regime, permitindo o resguardo do direito de terceiros, ao mesmo tempo em que (in)constitucionalmente se intervém na vida privada e na inviolabilidade do núcleo familiar, como discorreremos melhor nos tópicos subsequentes.

Após receber a exordial, o CPC/15 prevê que o magistrado intimará o Ministério Público, na qualidade de fiscal da ordem jurídica, para averiguar o cumprimento dos ditames legais, não se fazendo qualquer ressalva sobre eventual desnecessidade de intimação.

A redação do §1º do art. 734 conflita com a norma do art. 698, que trata da intervenção ministerial nas ações de família apenas quando houver interesse de incapaz. Por isso, ainda que exista a corrente doutrinária que defenda a obrigatoriedade da intimação do MP em toda e qualquer ação que objetive a modificação do regime de bens, em decorrência da pura disciplina legal expressa; há quem entenda, e assim se filia o presente trabalho, que o §1º do art. 734 do CPC/15 precisa ser interpretado sistematicamente, em consonância com os demais artigos que regulamentam as hipóteses de intervenção ministerial (art. 178 e 698).

Este regramento se torna ainda mais forte nas ações de família, as quais envolvem diretamente a privacidade, dignidade e intimidade de pessoas integrantes de um mesmo núcleo familiar e que estarão simultaneamente envolvidas na causa. Portanto, somente se justificaria a intimação do MP na hipótese de interesse de incapaz<sup>203</sup>.

Assim, não versando sobre incapacidades, a intimação do MP seria dispensada, prosseguindo o procedimento com a publicação de edital divulgador da pretendida alteração de bens, com a prolação de sentença apenas depois de 30 (trinta) dias de sua publicação.

Apesar do §2º do art. 734 ter mitigado este regramento, permitindo que os cônjuges proponham métodos alternativos de divulgação da pretensão, este trabalho se filia à corrente doutrinária defendida por Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald, os quais sustentam a desnecessidade e contraprodução desta exigência, via diário oficial ou método alternativo, que acaba sendo meramente formal e dispendiosa<sup>204</sup>.

Não há necessidade de impor o uso do edital, quando a mudança de regime é ineficaz em relação aos terceiros. Ainda que os cônjuges tenham interesse em alterar o regime, e de fato

---

<sup>203</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: procedimentos especiais**. 51. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 2, p. 383.

<sup>204</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 6, p. 320.



alcancem autorização judicial para este ato, as novas regras não poderão prejudicar eventuais credores ou terceiros interessados, que continuarão com os seus direitos resguardados<sup>205</sup>.

Portanto, haverá irretroatividade e ineficácia relativa da modificação em relação aos terceiros, o que tornaria dispensável a publicação do edital ou qualquer outro meio de divulgação. Contudo, ainda não sendo capaz de adequar totalmente o procedimento, em uma tentativa de reduzir o formalismo e se aproximar da realidade, o CPC/15 admitiu a utilização de meios alternativos de divulgação.

A comunicação via diário oficial é, na prática, absolutamente ineficaz. Ninguém acompanha diários oficiais, salvo operadores do direito, pessoas jurídicas ou outros profissionais que trabalham com isso, os quais, via de regra, contam com o auxílio de empresas especializadas em acompanhamento de publicações.

Apesar do CPC/15 não especificar quais meios alternativos poderiam ser utilizados, é possível conceber a divulgação através da rede mundial de computadores, considerando que desde 2006, com a edição da Lei nº 11.419, já existe a regulamentação da utilização de sistemas eletrônicos para processamento de ações judiciais e comunicação eletrônica, compreendendo o meio eletrônico como qualquer forma de armazenamento ou tráfego de arquivos digitais. Este método se caracterizaria por qualquer forma de comunicação a distância através de redes, preferencialmente a rede mundial de computadores<sup>206</sup>.

Se é possível a prática de atos eletronicamente, inclusive admitindo a citação eletrônica, meio preferencial de citação das pessoas jurídicas privadas e públicas, conforme art. 246, V, do CPC/15; não haveria razão para não se admitir a publicação da pretensão de alteração do regime de bens pelo meio eletrônico, até mesmo com o auxílio de mídias e redes sociais, como o *facebook*.

Não há a necessidade de garantir que o destinatário do ato processual dele teve ciência, como se exige com as citações, uma vez que não há um destinatário específico na alteração do

---

<sup>205</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: famílias. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 6, p. 320.

<sup>206</sup> Art. 1º, §2º. Para o disposto nesta Lei, considera-se: I - meio eletrônico qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais; II - transmissão eletrônica toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores; III - assinatura eletrônica as seguintes formas de identificação inequívoca do signatário: a) assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma de lei específica; b) mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos. (BRASIL, **Lei 11.419**, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111419.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111419.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2018).

regime de bens. A exigência legal apenas serve como mera formalidade, forma de assegurar abstratamente a publicidade em face de terceiros, preocupando-se excessivamente com a fraude e indo na contramão da doutrina e jurisprudência construídas à luz do CC/02.

Portanto, se já houve a adequação legislativa do procedimento através do permissivo legal de métodos alternativos de divulgação, cabe ao magistrado, no caso concreto, promover a adequação jurisdicional com a flexibilização e desburocratização do procedimento, tutelando o direito material da melhor forma<sup>207</sup>.

Para ser ainda mais radical, o mesmo fundamento que justificaria o uso do *facebook* ou de outras mídias sociais como alternativa para a publicação da pretendida alteração de bens, também justificaria o total afastamento desta exigência, por considera-la regra procedimental inadequada ante as peculiaridades do caso concreto. Assim, tendo em vista a não retroatividade eficaz da mudança de regime em face de terceiros, desnecessário seria a sua divulgação, flexibilizando o procedimento para mais facilmente atingir a sua finalidade<sup>208</sup>.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já possuía precedente interpretando o princípio da publicidade com a simples publicação da sentença de procedência da alteração do regime e sua respectiva averbação nos cartórios competentes, dispensando a publicação de editais, uma vez que os terceiros não podem ser prejudicados pela mudança<sup>209</sup>.

Como se nota, os precedentes dos tribunais superiores aplicam a adequação e modernização processual desde 2012. Contudo, o novo Código de Processo Civil, apesar de ter corretamente disciplinado o procedimento específico para a modificação do regime de bens do matrimônio,

---

<sup>207</sup> DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v.1, p. 120.

<sup>208</sup> *Ibidem*, p. 120.

<sup>209</sup> CIVIL. FAMÍLIA. MATRIMÔNIO. ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS DO CASAMENTO (CC/2002, ART. 1.639, § 2º). EXPRESSA RESSALVA LEGAL DOS DIREITOS DE TERCEIROS. PUBLICAÇÃO DE EDITAL PARA CONHECIMENTO DE EVENTUAIS INTERESSADOS, NO ÓRGÃO OFICIAL E NA IMPRENSA LOCAL. PROVIMENTO Nº 24/03 DA CORREGEDORIA DO TRIBUNAL ESTADUAL. FORMALIDADE DISPENSÁVEL, AUSENTE BASE LEGAL. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. Nos termos do art. 1.639, § 2º, do Código Civil de 2002, a alteração do regime jurídico de bens do casamento é admitida, quando procedentes as razões invocadas no pedido de ambos os cônjuges, mediante autorização judicial, sempre com ressalva dos direitos de terceiros. 2. Mostra-se, assim, dispensável a formalidade emanada de Provimento do Tribunal de Justiça de publicação de editais acerca da alteração do regime de bens, mormente pelo fato de se tratar de providência da qual não cogita a legislação aplicável. 3. O princípio da publicidade, em tal hipótese, é atendido pela publicação da sentença que defere o pedido e pelas anotações e alterações procedidas nos registros próprios, com averbação no registro civil de pessoas naturais e, sendo o caso, no registro de imóveis. 4. Recurso especial provido para dispensar a publicação de editais determinada pelas instâncias ordinárias. (BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n.776455 – Proc. 2005/0140251-4. Recorrente: D M R DOS S E OUTRO. Recorrido: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, DJ 26 abril. 2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=21643821&tipo=5&nreg=200501402514&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120426&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 11 jul. 2018.)

perdeu a oportunidade de manter a legislação *pari passu* às inovações e desburocratizações procedimentais.

Apesar de não excluir tal exigência, a previsão dos métodos alternativos consagra, minimamente, a ideia de tutela jurisdicional diferenciada e flexibilização procedimental em voga como instrumentos de efetivação do acesso à justiça.

Finalmente, após a publicação da pretensão de modificação do regime, o juiz poderá apreciar os motivos determinantes e deferir o pleito por sentença, com a expedição de mandados de averbação para os Cartórios de Registro Civil, de Imóveis e ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, caso algum dos cônjuges seja empresário, afim de formalizar, tornar definitivo e demarcar no tempo a referida alteração, dispensando a celebração de um pacto antenupcial (§3º, art. 734, do CPC/15).

Quanto ao poder-dever de apreciação do motivo, sua (in)constitucionalidade é o recorte epistemológico do presente estudo. Porém, de logo, se indica o atual posicionamento jurisprudencial, que caminha para a desburocratização e afastamento de formalismos desnecessários. Logo, não deve o magistrado ser rigoroso na exigência de uma indicação precisa, sobretudo porque, genericamente, o fundamento sempre é a autonomia privada, que deverá ser resguardada em nome da intervenção mínima do Estado nas relações familiares<sup>210</sup>.

Consectário lógico deste entendimento, é a admissão do julgamento antecipado do mérito, compreendendo pela desnecessidade de produção de provas além daquelas anexadas junto à petição inicial, tendo em vista que o juiz não pode exigir formalismos ou explicações desnecessárias para as partes. Com isto, a sentença poderá ser prolatada imediatamente<sup>211</sup>.

Sendo um procedimento especial de jurisdição voluntária, a sentença não está submetida a legalidade estrita, podendo o magistrado adotar no caso concreto a solução que considerar mais oportuna e conveniente, sem interferir arbitrária e injustificadamente na escolha do casal. Contra ela caberá recurso de apelação.

A aplicação da equidade amplia a discricionariedade e o poder criativo do juiz, o que também fundamenta a sustentada flexibilização procedimental, permitindo o alcance da justiça e dos valores modernos em atenção às peculiaridades do caso concreto.

---

<sup>210</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 6, p. 321.

<sup>211</sup> *Ibidem*, p. 323.

No que se refere aos efeitos da sentença modificativa, o STJ possui precedentes reconhecendo a eficácia *ex nunc* do ato, considerando como termo inicial a data do trânsito em julgado da decisão judicial que o modificou<sup>212</sup>. Se trata de entendimento que consagra a validade e eficácia do regime de bens originalmente escolhido, de modo que a validade e eficácia do novo regime somente deverá valer para o futuro, preservando-se os interesses dos cônjuges e de terceiros.

É a irretroatividade eficaz que fundamentaria, por exemplo, a corrente que defende a discricionariedade do juiz ao afastar a necessidade de prova da ausência de prejuízos a terceiros pelos cônjuges, uma vez que esta seria irrelevante.

Todavia, não podemos esquecer que estamos no campo da autonomia privada, maximizada por se tratar de uma relação conjugal e familiar, com a união afetiva de duas pessoas em nome do afeto e do interesse em partilhar uma vida em comum, o que necessariamente também repercutirá nos aspectos patrimoniais.

Bem por isto, é razoável cogitar que os mesmos cônjuges que desejam modificar o regime de bens originalmente escolhido, podem também desejar a retroação de sua mutação, optando pelos efeitos *ex tunc* da mudança em relação a si mesmos. Ou seja, não podendo afastar o regramento de ordem pública que resguarda o direito de terceiros, os interessados, por liberalidade, podem optar por fazer a alteração do regime retroagir para a data de celebração do matrimônio, desde que, naturalmente, não prejudique outrem<sup>213</sup>.

É o que defende Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, que compreendem que a modificação do regime atingirá todo o patrimônio do casal existente até a data da sentença, de

---

<sup>212</sup> 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 E POSSIBILIDADE. CONCLUSÕES ALCANÇADAS PELA 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 "ex tunc") 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. 1639, § 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. (BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1300036 – Proc. 2011/0295933-5. Recorrente: A D. Recorrido: G M D. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DJ 20 maio. 2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=35052977&tipo=5&nreg=201102959335&SeqCg rmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140520&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 12 jul. 2018).

<sup>213</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: famílias. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 6, p. 323.

modo que todos os bens e valores amealhados serão atingidos pelo pronunciamento judicial, submetendo-se ao novo regramento<sup>214</sup>.

Também há precedentes do Tribunal Superior que admitem a modulação dos efeitos da sentença modificativa por interesse dos cônjuges e autorização do magistrado em nome da equidade, sem que esta solução se mostre incompatível com a já reconhecida eficácia *ex nunc* da alteração<sup>215</sup>.

Sendo assim, a modificação do regime de bens é ato de disposição dos cônjuges, os quais ainda precisam da intervenção judicial para constituir a mudança e alcançar os seus efeitos. Poderá ser pleiteada, inclusive, por aqueles casamentos celebrados sob o regime de separação obrigatória, desde que haja cessado a causa que lhe originou, inexistindo óbice que impeça o exercício da liberdade dos cônjuges em eleger um novo estatuto patrimonial para o matrimônio<sup>216</sup>.

#### 4.2 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DE MOTIVAÇÃO

A maioria dos relacionamentos humanos geram relações jurídicas que demandam regulamentação do Direito como forma de garantir a pacificação social. As relações afetivas entre duas pessoas, sejam elas do mesmo sexo ou não, formalizadas pelo casamento ou por instrumento declaratório de união estável, provocam efeitos pessoais e patrimoniais entre as partes e terceiros.

<sup>214</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 6, p. 336.

<sup>215</sup> DIREITO DE FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS DO CASAMENTO DE COMUNHÃO PARCIAL PARA SEPARAÇÃO TOTAL. OMISSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA. PARTILHA DOS BENS ADQUIRIDOS NO REGIME ANTERIOR. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Consoante dispõe o art. 535 do Código de Processo Civil, destinam-se os embargos de declaração a expungir do julgado eventuais omissão, obscuridade ou contradição, não se caracterizando via própria ao re julgamento da causa. 2. É possível a alteração de regime de bens de casamento celebrado sob a égide do CC de 1916, em consonância com a interpretação conjugada dos arts. 1.639, § 2º, 2.035 e 2.039 do Código atual, desde que respeitados os efeitos do ato jurídico perfeito do regime originário. 3. No caso, diante de manifestação expressa dos cônjuges, não há óbice legal que os impeça de partilhar os bens adquiridos no regime anterior, de comunhão parcial, na hipótese de mudança para separação total, desde que não acarrete prejuízo para eles próprios e resguardado o direito de terceiros. Reconhecimento da eficácia *ex nunc* da alteração do regime de bens que não se mostra incompatível com essa solução. 4. Recurso especial provido. (BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.533.179 – Proc. 2013/0367205-7. Recorrente: N M O P e L F DE A P. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DJ 23 set. 2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=50775443&tipo=5&nreg=201303672057&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20150923&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 12 jul. 2018)

<sup>216</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 6, p. 323.

No tocante ao casamento, forma clássica de constituição familiar, podemos falar que a sua celebração cria direitos e deveres para os cônjuges, responsabilidade em relação aos filhos, dever de sustento, assistência recíproca, etc. Do mesmo modo, a comunhão de vidas necessariamente implica em uma comunhão de patrimônios, repercutindo em relações jurídicas patrimoniais em face de terceiros, filhos menores, além dos aspectos sucessórios que são observados na vigência e após a dissolução do matrimônio.

Por isso, a legislação reflete uma grande preocupação com os efeitos patrimoniais entre um casal, sobretudo no tocante à segurança dos negócios jurídicos por ele celebrados, preservando a boa-fé dos cônjuges em face deles mesmos e em face de terceiros com quem travam relações.

Se tratando de um acordo de vontade entre os nubentes, a constituição do casamento impõe como uma de suas formalidades, a escolha do regime de bens que regulamentará os aspectos econômicos e patrimoniais da relação. Estes regimes também decorrem da autonomia da vontade, sendo lícito aos nubentes escolherem alguma modalidade previamente definida pela lei ou simplesmente optar pela combinação de regimentos diferenciados, desde que respeitem as normas de ordem pública.

Incide nesse aspecto o princípio da pluralidade, acompanhado pela possibilidade de modificação superveniente, inovação introduzida pelo Código Civil de 2002, que afastou o regramento do antigo art. 230 do Código Civil de 1916 que assim dizia: “O regime de bens entre cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento e é irrevogável”<sup>217</sup>.

A mutabilidade do regime de bens demonstra a evolução do Direito das Famílias contemporâneo, e a crescente valorização das liberdades individuais nas relações familiares e nos vínculos afetivos. Entretanto, indo de encontro às aspirações modernas, o espírito progressista não foi aplicado na regulamentação do direito à modificação pelo CC/2002.

No mesmo sentido, o CPC/15 inovando ao disciplinar, pela primeira vez, um procedimento autônomo e especial de alteração do regime de bens do matrimônio, também pecou ao reproduzir o CC/02 e exigir a apresentação de pedido motivado, exposição das razões que justificam a pretensão modificativa e a obrigatória autorização do Poder Judiciário.

---

<sup>217</sup> BRASIL. **Código Civil**: Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Brasília, DF, 05 jan. 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm)>. Acesso em: 14 jul. 2018.

Estes requisitos são os responsáveis pela inconstitucionalidade da disposição legal frente ao regramento do art. 5º, X, da Constituição Federal, o qual declara ser inviolável a intimidade e vida privada das pessoas.

Do mesmo modo, caracterizam a ilegalidade frente a inviolabilidade familiar prevista no art. 1.513 do CC/02, e ao princípio da intervenção estatal mínima, o que corrobora para o entendimento acerca da desnecessidade de os cônjuges motivarem e justificarem o pedido de alteração do regime de bens frente Estado-Juiz.

#### **4.2.1 A liberdade, dignidade e privacidade como limites**

O modelo de família do século XIX acompanhava a trajetória construída pelo Estado Liberal, que compreendida as liberdades individuais como verdadeiras não-intervenções, única forma de garantir a preservação dos interesses das pessoas e promover o equilíbrio natural nas relações negociais. Os interesses dos particulares eram vistos como direitos naturais e intangíveis, sendo a auto-regulamentação uma capacidade intrínseca do ser humano<sup>218</sup>.

Nessa perspectiva, a família era vista como uma garantia da moralidade natural, sendo uma entidade representada pelo homem e capaz de titularizar direitos patrimoniais em nome de todos os seus integrantes. Sob o fundamento da liberdade, a autonomia da vontade passa a ser a tônica das relações jurídicas privadas e familiares, revelando o querer humano em essência, com efeitos jurídicos geradores de obrigações, disciplinados pela máxima da liberdade individual e negocial<sup>219</sup>.

Por isso havia tanta preocupação com a propriedade e os demais interesses patrimoniais, que se pautavam na liberdade de agir em detrimento dos aspectos existenciais. Assim, a família era um importante centro de propriedade, que tinha como uma de suas principais funções o acúmulo de bens, especialmente os imóveis.

O advento do Estado Social promoveu uma releitura do conceito de liberdade, que passou a ser visto enquanto manifestação da igualdade material, que atribuía aos seres humanos a liberdade de querer e de buscar os seus objetivos em idênticas condições. Esta igualdade foi

---

<sup>218</sup> PIMENTEL, Fernanda Pontes. Mutabilidade dos regimes de bens e a autonomia da vontade: um caso de colisão do princípio da não-intervenção nas entidades familiares e a interferência do Poder Judiciário. **XXII Congresso Nacional do CONPEDI**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br>>. Acesso em: 09 maio 2018, p. 3.

<sup>219</sup> *Ibidem, loc. cit.*

aplicada no âmbito familiar com a consagração da isonomia entre marido e mulher, bem como a igualdade jurídica entre os filhos, na forma do art. 226, §5º e 227, §6º, da CF/88<sup>220</sup>.

Por sua vez, a Constituição Federal estabeleceu o Estado Democrático de Direito, com um modelo de família instrumental. Esta foi compreendida como núcleo primário de realização da pessoa humana, que existe em razão dos seus componentes e para promoção do desenvolvimento da personalidade de cada um.

A liberdade deixa de ser compreendida como o absoluto querer humano, para ser aceita enquanto poder de fazer tudo o que não prejudica o outro, tendo como limite básico ao exercício dos direitos a segurança do gozo dos mesmos direitos pelos demais membros da sociedade. A liberdade é, então, não o exercício ilimitado da vontade, mas um poder de atuação do homem, de autodeterminação dos meios necessários para a sua realização pessoal<sup>221</sup>.

No âmbito familiar essa liberdade é acompanhada de fortes aspectos morais, éticos, afetivos e solidários, uma vez que a família é instrumento de desenvolvimento da personalidade humana, que tem como pressuposto a convivência saudável de uma pluralidade de pessoas. Logo, o querer, por si mesmo, não pode ser autônomo e ilimitado, precisa, necessária e inicialmente, respeitar os outros sujeitos que integram o mesmo núcleo familiar.

Deixou-se de lado apenas a consagração do homem, chefe de família, para dar posições equitativas para todos os seus participantes, em uma crescente onda de valorização da autonomia da vontade e liberdades individuais. Fruto disto foi a disciplina da dissolução do casamento independentemente de lapso temporal ou culpa, e a possibilidade de escolha do regime patrimonial de bens.

Esta prerrogativa fundamental que empodera o ser humano para determina-se conforme a sua própria consciência, lhe garante a liberdade de agir prevista no art. 5º, II, da CF/88, base de todas as vertentes da liberdade humana, limitada pela lei, único instrumento legitimamente autorizado a restringir a ação das pessoas em nome da paz social<sup>222</sup>.

---

<sup>220</sup> PIMENTEL, Fernanda Pontes. Mutabilidade dos regimes de bens e a autonomia da vontade: um caso de colisão do princípio da não-intervenção nas entidades familiares e a interferência do Poder Judiciário. **XXII Congresso Nacional do CONPEDI**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br>>. Acesso em: 09 maio 2018, p. 4.

<sup>221</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2012, p. 233.

<sup>222</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 6. Ed. rev. amp. e atual. Juspodivm: Salvador, 2012, p. 702.



Lado a lado da liberdade, o Estado Democrático de Direito e a CF/88 também erigiu à condição de direito individual a privacidade, que engloba os aspectos da vida íntima, privada e dignidade das pessoas. É a faculdade de cada um impedir a intromissão de estranhos na sua vida familiar e particular, bem como proibir que informações pessoais sejam divulgadas. Sinteticamente, é o direito de estar só<sup>223</sup>.

O direito norte-americano interpreta a privacidade como o direito de toda pessoa tomar sozinha as decisões na esfera da sua vida privada<sup>224</sup>. Leia-se como vida privada a vida em família, no trabalho, nos relacionamentos com amigos e terceiras pessoas, sendo sempre um viver entre os outros. Desdobramento da privacidade é o direito à intimidade, que diz respeito a esfera mais íntima da vida humana, no relacionamento do sujeito com si próprio, sem nenhuma repercussão social<sup>225</sup>.

O art. 5º, X, da CF/88 prevê a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, assegurando o direito à reparação pelos danos materiais ou morais sofridos em decorrência de uma possível violação.

No âmbito familiar, sobretudo no relacionamento afetivo entre duas pessoas, formalizado através de um casamento ou uma união estável, a escolha do regime de bens é a representatividade maior do querer do casal.

Caberá aos cônjuges ou companheiros definir, por livre e espontânea vontade, como desejarem regulamentar os aspectos patrimoniais da vida a dois: se querem manter cada um com seus patrimônios individuais, sem necessitar da outorga ou participação do outro; se desejarem dividir igualmente o patrimônio adquirido na constância da relação; ou, até mesmo, se optarão por compartilhar tudo, desde aquilo que foi conquistado antes do casamento, até aquilo que ainda está por vir.

Tudo dependerá do nível de intimidade dos envolvidos, de como eles visualizam o futuro, os projetos, e o grau de compartilhamento e comunhão da vida. Também levará em consideração eventual existência de negócios importantes, empresas constituídas, filhos, como se deu a construção patrimonial antes do relacionamento e como eles pretendem se organizar durante o mesmo.

---

<sup>223</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de Direito Constitucional. 6. Ed. rev. amp. e atual. Juspodivm: Salvador, 2012, p. 720.

<sup>224</sup> Cf KAYSER, Pierre. La protection de la vie privée: protection du secret de la vie privée, pg. 49. DINIZ, Carlos Francisco Sica. Privacidade, em Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 61/170, *apud* DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2012, p. 209.

<sup>225</sup> *Op. cit.*, p. 721 *et seq.*

Se trata de uma escolha iminentemente particular, que somente diz respeito ao casal e mais ninguém. Obviamente, o exercício da liberdade a dois pressupõe o respeito à liberdade de terceiros, de modo que o limite é assegurado quando se permite que as outras pessoas gozem dos mesmos direitos. Não é porque um casal tem plena autonomia para disciplinar a própria vida, que isso significa dizer que eles podem infringir a esfera de liberdade de terceiros com os quais se relacionam. Ou, até mesmo, se utilizar dessa liberdade para fraudar direitos de outrem.

É baseado nessa liberdade que o Código Civil disciplina o princípio da pluralidade de regime de bens, atribuindo aos nubentes a possibilidade de escolher livremente o regime que incidirá na relação. Essa escolha pode se pautar na eleição de um dos modelos estabelecidos pela lei ou na criação de um regime próprio e particularizado, através de um pacto antenupcial.

O pacto antenupcial é um negócio jurídico celebrado entre os cônjuges, que deve obedecer a função social, se harmonizando com o comando do art. 421, do CC/02<sup>226</sup>. Isto é, não pode violar as normas de ordem pública, prejudicar aos terceiros ou afrontar os interesses coletivos.<sup>227</sup>

A liberdade de estruturação do regime é total. Os cônjuges podem escolher um regime pré-determinado, fundir elementos de cada um, modificar ou afastar normas dispositivas de um tipo, ampliar ou restringir os seus efeitos. Podem, inclusive, criar um regime não previsto na lei, desde que isso não signifique fraudar a lei, contrariar os bons costumes ou ameaçar direitos e créditos de terceiros<sup>228</sup>.

Não há necessidade de pedir autorização judicial para tanto. A escolha do regime é uma das etapas de habilitação do casamento, e o pacto antenupcial é um negócio jurídico solene, específico, lavrado por escritura pública e registrado no Cartório de Imóveis do domicílio dos nubentes, a fim de que possa produzir efeitos em face de terceiros. Não há atividade jurisdicional típica, muito menos qualquer autorização. Basta exercer a vontade do casal respeitando as formalidades exigidas pela lei.

No mesmo sentido, quando um casal decide se divorciar ou romper a vida conjugal, não é preciso pedir autorização ao Estado-Juiz ou justificar as razões que ensejaram o fim do

---

<sup>226</sup> Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato (BRASIL. **Código Civil**: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF, 11 jan 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 15 jul. 2018).

<sup>227</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: famílias. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 6, p. 316.

<sup>228</sup> *Ibidem*, p. 317.

matrimônio. No máximo se resguarda a possibilidade de um divórcio judicial, caso haja litígio entre os cônjuges ou a presença de incapaz, sendo a forma encontrada para resguardar o interesse dos vulneráveis.

Todavia, se não houver incapaz e o casal estiver em consenso, o divórcio pode ser alcançado pela via extrajudicial. É o que regulamenta a Lei 11.441/2007, estabelecendo a separação ou o divórcio consensual por escritura pública, onde os cônjuges definirão a partilha dos bens, eventual pensão alimentícia e a manutenção ou não do nome de casado. Somente se exige a participação de um advogado, tendo em vista que esse é indispensável à administração da justiça, conforme previsão contida no art. 133, CF/88.

A dispensa de justificação ou autorização judicial para a escolha do regime de bens ou para a definição da separação/divórcio, decorre do respeito às liberdades individuais, intimidade e vida privada, bem como da profunda marca afetiva que acompanha a família moderna. São questões inseridas na parte mais interna da vida dos sujeitos e da vida conjugal. Portanto, o mesmo espírito deveria ter sido observado durante a disciplina da mutabilidade do regime de bens<sup>229</sup>.

Quando o CPC/15, reproduzindo o CC/02, exige a intervenção judicial pautada em um pedido motivado e com exposição das justificativas do casal, está interferindo diretamente nos princípios da liberdade, intimidade, privacidade e dignidade das pessoas humanas, alicerçados na Constituição Federal.

A dignidade da pessoa humana é considerada hoje o vértice do Estado Democrático de Direito e finalidade de toda a ordem jurídica, incluindo o Direito das Famílias. Foi com base nele que se fundamentou a releitura do conceito familiar, compreendido como núcleo primário de realização da pessoa humana, que existe em razão dos seus componentes e para promoção do desenvolvimento da personalidade de cada um.

Irradiado da dignidade, veio o princípio da liberdade, que cada vez mais marca o relacionamento dos seres humanos com si mesmos e com os outros, também no aspecto familiar. Condicionar a modificação do regime de bens a um necessário procedimento jurisdicional, já limita sensivelmente a liberdade dos envolvidos.

Agrava este cenário quando o CPC/15 exige que a pretensão deduzida, embora consensual, seja motivada e fundamentada, cabendo ao juiz o arbítrio de verificar o atendimento dos

---

<sup>229</sup> MOREIRA, José Cláudio Domingues; CANELLAS, Cristiane Maria da Costa; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. **Inconstitucionalidade da Exigência de Apresentação das Razões dos Cônjuges como uma das Condições para a Mutabilidade do Regime de Bens.** [S.I]: [S.n], [200 - ?], p. 8 *et seq.*

interesses da família e a ausência de violação aos direitos de terceiros. Ou seja, o julgador não se limita a analisar a adequação ou conveniência do pedido, mas volta-se para a análise da legitimidade da pretensão, bem como verificação dos interesses preservados e atingidos<sup>230</sup>.

A vontade que pauta as relações conjugais se torna basicamente inexistente, uma vez que estamos diante de uma disciplina que deixa ao arbítrio do Poder Judiciário a decisão pelo deferimento ou não da modificação. Há um nítido enfraquecimento da liberdade, que vai de encontro ao regramento da CF/88, especialmente o art. 5º, X.

O querer comum em definir novo arranjo patrimonial deveria ser suficiente para consagrar a nova realidade conjugal, autorizando a sua modificação, sob pena de desprestígio à autonomia da vontade e liberdade de contratar<sup>231</sup>. Até mesmo porque, o direito dos terceiros de boa-fé jamais será atingido, caso os nubentes estejam pretendendo, com a alteração do regime de bens, fraudar a lei ou aos credores.

Essa proteção dos terceiros é resguardada pela irretroatividade eficaz da modificação. Portanto, mais uma prova de que a mudança do regime de bens, cuja eficácia se restringirá ao casal e seu patrimônio, é legítima manifestação de vontade, que não deveria depender de qualquer motivação ou justificativa.

A simples vontade, por mais fútil que possa ser o motivo comum, precisaria ser respeitada. Inclusive, a exigência de exposição desse motivo já constitui violação à privacidade, promovendo o acesso de terceiros a informações sobre a vida privada e intimidade do casal, com a divulgação de aspectos existenciais do ser humano.

Limita-se o direito dos cônjuges de tomar, sozinhos, as decisões que interferirão, exclusivamente, no relacionamento a dois, além de obrigar a exposição de fundamentos que não dizem respeito a mais ninguém.

Sem dúvidas, a necessidade de um procedimento judicial já resguarda o controle do Estado em nome da preservação do interesse público. É uma forma de acompanhar de perto as decisões que o casal toma nos aspectos patrimoniais da relação. Assim, o fato de se requerer a alteração do regime em via judicial, já indica que há algum motivo relevante para os autores do pedido e a vida pessoal deles. Qual motivo é este não importa para o Judiciário, desde que

---

<sup>230</sup> MOREIRA, José Cláudio Domingues; CANELLAS, Cristiane Maria da Costa; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. **Institucionalidade da Exigência de Apresentação das Razões dos Cônjuges como uma das Condições para a Mutabilidade do Regime de Bens.** [S.I]: [S.n], [200 - ?], p. 11.

<sup>231</sup> *Ibidem, loc. cit.*

não se fraude a lei, os bons costumes e o direito e interesse de terceiros, o que é garantido com a ineficácia da modificação<sup>232</sup>.

Neste sentido também já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, que em um dos seus precedentes julgados no ano de 2013 limitou a atividade jurisdicional em nome da intimidade e vida privada dos consortes:

(...)a melhor interpretação que se deve conferir ao art. 1.639, § 2º, do CC/02 é a que não exige dos cônjuges justificativas exageradas ou provas concretas do prejuízo na manutenção do regime de bens originário, sob pena de se esquadriñar indevidamente a própria intimidade e a vida privada dos consortes.<sup>233</sup>

Apesar de se tratar de posicionamento adotado pelos Tribunais Superiores desde 2013, consagrando a importância da preservação das liberdades individuais, privacidade e intimidade, como vertentes da dignidade da pessoa humana suficientes para restringir as imposições legais descabidas, invasivas e inconstitucionais, o Código de Processo Civil reproduziu a inconstitucionalidade civilista no procedimento de alteração do regime de bens.

Além da violação aos direitos fundamentais acima destacados, a inconstitucionalidade e ilegalidade do requisito de justificativa e motivação para alteração do regime de bens também atinge a inviolabilidade familiar e o intervencionismo estatal mínimo, princípios que

<sup>232</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 6, p. 321.

<sup>233</sup> DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CELEBRADO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. REGIME DE BENS. ALTERAÇÃO. POSSIBILIDADE. EXIGÊNCIAS PREVISTAS NO ART. 1.639, § 3º, DO CÓDIGO CIVIL. JUSTIFICATIVA DO PEDIDO. DIVERGÊNCIA QUANTO À CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA POR UM DOS CÔNJUGES. RECEIO DE COMPROMETIMENTO DO PATRIMÔNIO DA ESPOSA. MOTIVO, EM PRINCÍPIO, HÁBIL A AUTORIZAR A MODIFICAÇÃO DO REGIME. RESSALVA DE DIREITOS DE TERCEIROS. 1. O casamento há de ser visto como uma manifestação vicejante da liberdade dos consortes na escolha do modo pelo qual será conduzida a vida em comum, liberdade essa que se harmoniza com o fato de que a intimidade e a vida privada são invioláveis e exercidas, na generalidade das vezes, em um recôndito espaço privado também erguido pelo ordenamento jurídico à condição de "asilo inviolável". 2. Assim, a melhor interpretação que se deve conferir ao art. 1.639, § 2º, do CC/02 é a que não exige dos cônjuges justificativas exageradas ou provas concretas do prejuízo na manutenção do regime de bens originário, sob pena de se esquadriñar indevidamente a própria intimidade e a vida privada do consortes. 3. No caso em exame, foi pleiteada a alteração do regime de bens do casamento dos ora recorrentes, manifestando eles como justificativa a constituição de sociedade de responsabilidade limitada entre o cônjuge varão e terceiro, providência que é acauteladora de eventual comprometimento do patrimônio da esposa com a empreitada do marido. A divergência conjugal quanto à condução da vida financeira da família é justificativa, em tese, plausível à alteração do regime de bens, divergência essa que, em não raras vezes, se manifesta ou se intensifica quando um dos cônjuges ambiciona everedar-se por uma nova carreira empresarial, fundando, como no caso em apreço, sociedade com terceiros na qual algum aporte patrimonial haverá de ser feito, e do qual pode resultar impacto ao patrimônio comum do casal. 4. Portanto, necessária se faz a aferição da situação financeira atual dos cônjuges, com a investigação acerca de eventuais dívidas e interesses de terceiros potencialmente atingidos, de tudo se dando publicidade (Enunciado n. 113 da I Jornada de Direito Civil CJP/STJ). 5. Recurso especial parcialmente provido (BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.119.462 – Proc. 2009/0013746-5. Recorrente: R G C e Outro. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DJ 26 fev. 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=27433331&tipo=5&nreg=200900137465&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20130312&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 15 jul. 2018).

permeiam o Direito das Famílias e devem ser observados durante o exercício da atividade jurisdicional.

#### 4.2.2 Inviolabilidade da Família e o Intervencionismo Estatal Mínimo

O advento da Constituição Federal de 1988, ao mesmo tempo em que promoveu a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, também desenhou o novo perfil de família, enquadrando-a como instituição verdadeiramente democrática, preocupada com a felicidade pessoal dos seus membros e com a implementação das suas dignidades, ganhando contornos de entidade social ao invés de simples entidade estatal<sup>234</sup>.

A constante valorização da dignidade humana introduziu o afeto como um dos principais fundamentos das relações familiares, elemento essencial para todo e qualquer relacionamento conjugal ou parental, que necessariamente implica no exercício da autonomia privada. Caberá aos integrantes ditar o regramento próprio da convivência familiar, com liberdade para realizar a sua própria dignidade como melhor lhes aprouver, sem que haja indevida e excessiva ingerência do Estado nesse tocante<sup>235</sup>.

Apesar da essência de não intervenção estatal, a família é considerada a célula básica da sociedade, merecendo especial proteção do Estado, na forma do art. 226 da CF/88. Esta proteção é efetivada através da edição de normas cogentes, que precisam ter a perspicácia e o cuidado de não representar um excessivo controle e poder fiscalizatório, restringindo a autonomia privada, e limitando a vontade e a liberdade dos sujeitos.

Assim, mesmo que se entenda que a autonomia privada nas relações familiares não impede o intervencionismo estatal, é preciso observar a partir de que momento tal intervenção passa a ser negativa, infringindo o caráter predominantemente privado do Direito das Famílias. É o que se denomina de atual período de desinstitucionalização da família, com ocorrência do fenômeno da intervenção mínima do Estado, que somente se justifica como *ultima ratio*<sup>236</sup>.

Em tempos passados, a atuação do Estado nas relações familiares era intensa e profunda, estabelecendo comportamentos padronizados e chegando ao ápice de considerar que na seara familiar o interesse estatal seria maior que o interesse individual. Foi com base nesse histórico

---

<sup>234</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 135 *et seq.*

<sup>235</sup> *Ibidem*, p. 138.

<sup>236</sup> *Ibidem*, p. 144.

que a intervenção mínima se fez tão importante, como forma de assegurar a proteção constitucional dedicada à pessoa humana, autonomia privada e liberdade dos componentes dos núcleos familiares<sup>237</sup>.

Tornou-se extremamente importante impedir que o Estado se imiscuisse no âmago familiar, asfixando a autodeterminação afetiva das pessoas humanas com a imposição excessiva de comportamentos padronizados e limitantes, que impedissem o alcance da realização plena e da felicidade, como ocorria, por exemplo, com a exigência de lapso temporal mínimo para o divórcio.

O casal era impedido de se separar livremente, em decorrência da mera vontade e da falta de pretensão em continuar compartilhando a vida, necessitando aguardar determinado período de tempo ou comprovar a culpabilidade de algum dos envolvidos, para que pudesse alcançar a autorização judicial para a separação.

Era o Estado intervindo de forma desarrazoada na esfera essencialmente personalíssima da vida privada, em questões que somente diziam respeito à vontade e liberdade dos próprios titulares, em nome da preservação de um suposto interesse público inexistente.

Por isso o fenômeno da privatização da família se fez tão importante, autorizando o intervencionismo estatal somente para efetivar os direitos e garantias dos componentes em situações de perigo, como forma de assegurar a dignidade dos mesmos. Com base neste entendimento que o Código Civil consagrou em seu art. 1.513 que: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.”

Na verdade, a impossibilidade de interferência no núcleo familiar diz respeito à intervenção coativa e atinge não apenas o Estado, mas qualquer pessoa de direito público ou privado, tendo sido consagrado pelo diploma civilista a inviolabilidade da família com a prevalência da comunhão plena de vida.

Contudo, se admite, por exemplo, o intervencionismo estatal quando implicar em uma melhora na situação dos integrantes do núcleo familiar, evidenciando a natureza protetora-provedora-assistencialista do Estado, como ocorre com a imposição do dever alimentar e a proteção integral à criança e ao adolescente.

É o caso, também, da interferência do Estado para coibir a violência no âmbito das relações familiares, ou para incentivar o planejamento familiar e o controle de natalidade,

---

<sup>237</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 6, p. 47.

disponibilizando recursos educacionais e científicos através de políticas públicas, como prevê o art. 226, §7º, da CF/88<sup>238</sup>.

Por outro lado, quando esta intervenção viola os direitos fundamentais dos seus membros, limitando as liberdades e violando a privacidade, o Estado age na sua faceta protetora-repressora, que deve ser rechaçada a todo custo. Portanto, o art. 1.513 do CC/02 introduziu o Direito das Famílias mínimo e serve como balizador para a resolução de casos concretos onde há um conflito entre autonomia privada nas relações familiares e a intervenção estatal.

Apesar das mudanças introduzidas no regramento familiar com a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, não há uma sistematização efetiva e útil à vista do horizonte das relações familiares constitucionalizadas, o que enseja a significativa e necessária participação da jurisprudência na construção deste ramo do Direito<sup>239</sup>.

As decisões legislativas adotadas no âmbito familiar ainda são precárias e objetivam manter o controle estatal sobre as ações dos indivíduos. Porém, as relações interpessoais estão para além das condutas impostas pelo aparelho estatal, e se situam muitas vezes fora dos limites legais.

É por isso que é tão importante a flexibilização procedimental nas ações de família e a utilização da equidade nos procedimentos de jurisdição voluntária, desobrigando o magistrado da observância da legalidade estrita, sobretudo quando esta legalidade é precária, intervencionista, inconstitucional e não acompanha as transformações sociais.

Seguindo o deficiente regramento jurídico e a tentativa de controle estatal das instituições privadas através da edição de normas inquisitivas, o atual Código de Processo Civil manteve a necessidade de autorização judicial para a alteração do regime de bens do casamento, exigindo a motivação e exposição dos motivos que justificariam o pedido.

Obviamente a modificação da disciplina patrimonial no curso de um relacionamento afetivo perpassa, exclusivamente, pela vontade do casal, que compartilha a vida e podem optar por esta alteração por diversos motivos, todos eles de foro íntimo, com cunho de preservação patrimonial ou não.

---

<sup>238</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 150.

<sup>239</sup> ARAÚJO FILHO, Aldy Mello. Constitucionalização, dirigismo, omissões legislativas e atuação judicial: as antinomias da intervenção estatal no domínio das relações de família. **XXVI Congresso Nacional do CONPEDI**. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/27ixgmd9/ec5g306t/np9VWAPf4e21Zf4v.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2018.



Essa liberdade de escolha é um direito existencial do ser humano e chega a integrar o conjunto de direitos da personalidade. Todos os indivíduos possuem o direito de escolher não só a espécie de entidade familiar que querem constituir, como o regime de bens aplicável sobre ela e sua eventual alteração superveniente<sup>240</sup>.

Por isso que a reprodução do art. 1.639 do CC/02 pelo art. 734 do CPC/15 reforçou as críticas doutrinárias quanto à sua constitucionalidade e contradição: a uma, porque a dignidade da pessoa humana, liberdade e privacidade familiar modificaram a perspectiva de análise da conduta humana; a duas, porque há plena liberdade de casar e permanecer casado, bem como para a instituição do regime de bens com a possibilidade, inclusive, de criação de um regramento não previsto, o que torna incoerente as imposições para sua alteração; a três, porque o transcurso do tempo pode tornar conveniente e desejoso a mudança do regime, para melhor tutelar os interesses dos cônjuges.

Logo, não há fundamento legal ou constitucional para a manutenção da exigência de exposição dos motivos, quando os cônjuges estão em perfeito consenso e entendem que a alteração do regime irá consagrar a melhor vontade e interesse do casal, o que já é garantido com o litisconsórcio ativo necessário do procedimento judicial.

A vontade, liberdade e inviolabilidade também continuam protegidas à medida em que o CPC/15 não previu o suprimento judicial da vontade de um dos cônjuges, quando não há consenso entre eles.

O juiz não pode intervir tão profundamente no relacionamento conjugal, a ponto de deferir a modificação do regime patrimonial em detrimento da vontade de um deles, ainda que a resistência decorra de mero capricho pessoal, sem qualquer justificativa.<sup>241</sup>

Do mesmo modo que a escolha do regime é livre, a alteração superveniente também deve ser, se baseando, exclusivamente, na liberalidade da entidade familiar, que obrigatoriamente precisa estar em consenso. Ainda que o cônjuge desejoso requeira o suprimento judicial da vontade alegando a ocorrência de prejuízos para a família caso a modificação não aconteça, acredita-se que o juiz permanecerá vinculado à vontade manifestada e consensual de ambos.

---

<sup>240</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 151 et seq.

<sup>241</sup> CASSETTARI, Christiano. As consequências da modificação do regime de bens no casamento. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT, Marcos; DE OLIVEIRA, Catarina Almeida (Coord.). **Famílias no Direito Contemporâneo**: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 330.

A flexibilização procedimental e aplicação da equidade somente se justificaria para tornar mais célere e menos burocrático o procedimento, defendendo, inclusive, a dispensa da intervenção judicial quando a modificação é ineficaz perante terceiros, os quais permanecerão com os seus direitos preservados.

Entretanto, esta flexibilização não pode fundamentar a interferência judicial na vontade do núcleo familiar, em sua privacidade, intimidade, liberdade e inviolabilidade, de modo a autorizar que a decisão de alterar o regime de bens do casamento decorra de ato impositivo de um juiz, em detrimento da vontade negativa manifestada (ou não) por uma das partes.

Inclusive porque, os eventuais prejuízos familiares que poderiam ser alegados para o suprimento judicial da vontade, perpassariam por uma análise extremamente subjetiva, que demandaria um profundo conhecimento da essência do núcleo familiar, sua forma de comunhão de vida, seus problemas e relações travadas com terceiros, o que jamais poderia ficar ao arbítrio e sentidos de um terceiro imparcial e desconhecedor da realidade vivida, como o magistrado.

Portanto, apesar da norma processual ser feliz em prever o consenso do casal, possui, ao mesmo tempo, constitucionalidade duvidosa, ao condicionar os efeitos da mudança a obrigatória autorização judicial, permitindo a ilegítima intervenção estatal na inviolabilidade familiar, sem qualquer razão de interesse público que a justifique, além de estar em clara contramão do movimento de intervenção mínima na família.<sup>242</sup>

Outrossim, há nítida dissonância com a mudança de perspectiva no Direito Civil e das Famílias, que saíram da tutela da proteção dos interesses econômicos e patrimoniais, para a preservação e realização dos direitos fundamentais visando o alcance de uma vida humana digna e feliz. Assim, o vetor axiológico da dignidade não pode deixar de se conectar com nenhuma norma ou cláusula negocial, incluindo o regime de bens e sua eventual modificação.<sup>243</sup>

Sobre essa perspectiva, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald defendem a preservação da vida privada e da inviolabilidade familiar, com a análise da

---

<sup>242</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 6, p. 49.

<sup>243</sup> ARAÚJO FILHO, Aldy Mello. Constitucionalização, dirigismo, omissões legislativas e atuação judicial: as antinomias da intervenção estatal no domínio das relações de família. **XXVI Congresso Nacional do CONPEDI**. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/27ixgmd9/ec5g306t/np9VWAPf4e21Zf4v.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2018.

constitucionalidade do dispositivo em cada caso concreto, em verdadeiro controle difuso de constitucionalidade, a fim de eventualmente dispensar a justificativa do casal.<sup>244</sup>

#### 4.2.3 A postura do Juiz e os limites para sua atuação

O tópico 4.1 deste trabalho esmiuçou o procedimento especial para a alteração do regime de bens do matrimônio, previsto pelo art. 734 do CPC/15, o qual, por integrar a jurisdição voluntária, admite a aplicação da equidade, desvinculando o magistrado da legalidade estrita ao permitir a adoção da solução que julgar mais conveniente ou oportuna para o caso concreto.

A evolução conceitual da família à luz dos vetores axiológicos introduzidos com a Constituição Federal de 1988, modificou o panorama das decisões judiciais sobre a matéria e refletiu diretamente sobre a produção legislativa nacional. Os esforços dos operadores do direito se voltaram (ou assim deveriam) para realização da dignidade das pessoas humanas e demais direitos fundamentais, subtraindo a feição autoritária das relações familiares<sup>245</sup>.

A família ganhou contornos de solidariedade e cooperação, sendo colocada a serviço da felicidade individual e comunitária, para a promoção pessoal dos seus componentes. A antiga previsão de normas imperativas, como a indissolubilidade do matrimônio e inalterabilidade do regime de bens, inviabilizava situações da vida real e implicava na exclusão ou lesão a direitos fundamentais<sup>246</sup>.

O Estado percebeu que sua obrigação enquanto pacificador social seria manter preservadas as condições para o exercício individual da liberdade, com prioridade absoluta do bem estar e aprimoramento da pessoa humana, de modo a ampliar os espaços de privacidade e intimidade, cedendo espaço à liberdade, sem desamparar aqueles que estabelecem vínculos existenciais diversos dos impostos pelas convenções sociais.<sup>247</sup>

---

<sup>244</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 6, p. 321.

<sup>245</sup> ARAÚJO FILHO, Aldy Mello. Constitucionalização, dirigismo, omissões legislativas e atuação judicial: as antinomias da intervenção estatal no domínio das relações de família. **XXVI Congresso Nacional do CONPEDI**. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/27ixgmd9/ec5g306t/np9VWAPf4e21Zf4v.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2018, p. 38 *et seq.*

<sup>246</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>247</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

Apesar de todas as mudanças introduzidas com a CF/88, as normas processuais não acompanharam a evolução social e, muitas vezes, permaneceram atreladas à ideia autoritária e intervencionista do Estado, em detrimento da intervenção mínima consagrada.

Um exemplo da predominância do intervencionismo estatal nos diplomas legislativos, é a disciplina processualista acerca da alteração do regime de bens do matrimônio, que apesar de inovar na previsão deste procedimento especial autônomo, manteve o regramento já existente no Código Civil de 2002, exigindo a intervenção judicial e exposição dos motivos e justificativas para o pleito.

Nestes casos, a possibilidade de decidir com base na equidade se torna uma ferramenta jurisdicional indispensável para o alcance da finalidade das normas. Ela permite a ampliação da discricionariedade e do poder criativo dos magistrados, que poderão exercer as funções receptícias, certificadoras e fiscalizadoras – essenciais no âmbito da jurisdição voluntária –, sem extrapolar os limites da liberdade, privacidade e inviolabilidade familiar.

Diante de tudo o que já foi dito sobre a defendida inconstitucionalidade do art. 734 do CPC/15 e o flagrante desrespeito aos princípios do Direito das Famílias, é importante tratar sobre como a postura do juiz poderá minimizar as consequências negativas de um regramento legal deficitário, bem como até onde ele poderá chegar em nome da dignidade da pessoa humana e do respeito à autonomia da vontade.

Os Tribunais Superiores ainda não se posicionaram, definitivamente, sobre a constitucionalidade do referido regramento legal. Entretanto, ao longo dos anos vêm dando sinais de flexibilização na interpretação da disciplina civilista sobre alteração do regime de bens, que foi reproduzida pelo atual Código de Processo Civil.

Há precedentes do Superior Tribunal de Justiça<sup>248</sup>, por exemplo, que defendem uma aplicação mais branda da justificativa exigida para o deferimento da alteração do regime, dispensando

---

<sup>248</sup> DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CELEBRADO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. REGIME DE BENS. ALTERAÇÃO. POSSIBILIDADE. EXIGÊNCIAS PREVISTAS NO ART. 1.639, § 3º, DO CÓDIGO CIVIL. JUSTIFICATIVA DO PEDIDO. DIVERGÊNCIA QUANTO À CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA POR UM DOS CÔNJUGES. RECEIO DE COMPROMETIMENTO DO PATRIMÔNIO DA ESPOSA. MOTIVO, EM PRINCÍPIO, HÁBIL A AUTORIZAR A MODIFICAÇÃO DO REGIME. RESSALVA DE DIREITOS DE TERCEIROS.

1. O casamento há de ser visto como uma manifestação vicejante da liberdade dos consortes na escolha do modo pelo qual será conduzida a vida em comum, liberdade essa que se harmoniza com o fato de que a intimidade e a vida privada são invioláveis e exercidas, na generalidade das vezes, em um recôndito espaço privado também erguido pelo ordenamento jurídico à condição de "asilo inviolável".

2. Assim, a melhor interpretação que se deve conferir ao art. 1.639, § 2º, do CC/02 é a que não exige dos cônjuges justificativas exageradas ou provas concretas do prejuízo na manutenção do regime de bens originário, sob pena de se esquadriñar indevidamente a própria intimidade e a vida privada do consortes.

provas concretas do prejuízo e reputando satisfeito o requerimento com o simples desejo dos cônjuges em manter a paz conjugal e alcançar a felicidade do núcleo familiar.

Tem se entendido que justificativas exageradas ou profundas representam verdadeiro esquadramento indevido na intimidade e vida privada dos consortes, indo de encontro com o espírito constitucional das normas. Isto autoriza a adoção de uma postura mais branda e menos ofensiva por parte dos magistrados, que não deve ser resistente no exame dos requisitos da motivação.

Um dos julgados do STJ trouxe em suas razões de decidir o seguinte entendimento:

(...)Tal posicionamento encontra eco na jurisprudência desta Corte, a qual entende que há liberdade dos cônjuges em relação à alteração do regime de bens, não se exigindo justificativas exageradas do motivo de tal pretensão, porquanto adentrar em profundidade em tais razões seria imiscuir-se indevidamente na intimidade do casal, não se alinhando os casos de separação obrigatória e a reserva de direitos de terceiros, o que, a princípio, deu-se no caso dos autos. (...) <sup>249</sup>

A análise da motivação está intrinsecamente relacionada com conotações de ordem subjetiva, uma vez que inúmeras razões, de natureza interna e externa, podem levar um casal a optar pela alteração do regime inicialmente escolhido. <sup>250</sup> A causa pode ser, como dito, tão somente a paz conjugal diante das convicções pessoais de cada um dos consortes. Não caberá ao magistrado exercer juízo de valor sobre isto. Ele se limita a praticar uma atividade meramente chancelatória, atribuindo efeito jurídico à vontade e garantindo a preservação dos direitos de terceiros.

3. No caso em exame, foi pleiteada a alteração do regime de bens do casamento dos ora recorrentes, manifestando eles como justificativa a constituição de sociedade de responsabilidade limitada entre o cônjuge varão e terceiro, providência que é acauteladora de eventual comprometimento do patrimônio da esposa com a empreitada do marido. A divergência conjugal quanto à condução da vida financeira da família é justificativa, em tese, plausível à alteração do regime de bens, divergência essa que, em não raras vezes, se manifesta ou se intensifica quando um dos cônjuges ambiciona everedar-se por uma nova carreira empresarial, fundando, como no caso em apreço, sociedade com terceiros na qual algum aporte patrimonial haverá de ser feito, e do qual pode resultar impacto ao patrimônio comum do casal.

4. Portanto, necessária se faz a aferição da situação financeira atual dos cônjuges, com a investigação acerca de eventuais dívidas e interesses de terceiros potencialmente atingidos, de tudo se dando publicidade (Enunciado n. 113 da I Jornada de Direito Civil CJP/STJ). 5. Recurso especial parcialmente provido. (BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1119462 – Proc. 2009/0013746-5. Recorrente: R G C E OUTRO. Recorrido: Ministério Público de Minas Gerais. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DJ 12 mar. 2013. Disponível em: <

<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=27433331&tipo=5&nreg=200900137465&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20130312&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 02 ago. 2018)

<sup>249</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.446.330 – Proc. (2013/0381841-1). Recorrente: C E R DE M C E OUTRO. Relator: Min. Moura Ribeiro. Brasília, DJ 17 mar. 2015. Disponível em: <

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=44129921&num\\_registro=201303818411&data=20150327&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=44129921&num_registro=201303818411&data=20150327&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 02 ago. 2018.

<sup>250</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 183.

A atuação do Poder Judiciário não pode negar direito à alteração. Pode e deve, ao contrário, analisar as justificativas e motivações apresentadas, exigindo, quando evidenciados elementos prejudiciais ou suspeitos, a comprovação de que as alterações patrimoniais desejadas não afetarão a esfera jurídica de terceiros ou do outro cônjuge, se limitando a analisar objetivamente suas repercussões.

O sistema jurídico precisa ser interpretado de forma mais próxima da vontade das pessoas, de modo que nenhum formalismo justifica atentar contra a vontade declarada de alguém, sobretudo quando se trata de vontade comum, obrigatoriamente externalizada consensualmente pelos cônjuges.

Atribuir rigidez à modificação, com interpretação literal do art. 734 do CPC/15, acarreta a perda do alcance da própria norma, já que a modificação é ineficaz perante terceiros, independentemente da providência adotada no curso do processo. Os efeitos do novo regime patrimonial somente repercutirão nos terceiros que celebrarem relações jurídicas com o casal posteriormente ao trânsito em julgado da sentença homologatória. Os credores preexistentes jamais poderão ser afetados.<sup>251</sup>

É este entendimento que autoriza, por exemplo, a flexibilização procedimental do §1º do art. 734, acerca da publicação de edital que divulgue a pretendida alteração de bens, condicionando a decisão após o decurso do prazo de 30 dias. Isto porque, ainda que os editais sejam publicados e os credores citados, não restará impedido discussões supervenientes sobre direitos de terceiros possivelmente afetados, considerando a ineficácia abstrata prevista na norma<sup>252</sup>.

Por isso também, que o próprio diploma processualista, em um breve sopro de modernidade, consagrou o princípio da instrumentalidade das formas com a previsão do §2º, admitindo a propositura de um meio alternativo de divulgação da alteração do regime de bens, ampliando a postura do magistrado para, não somente simplificar o procedimento, como tornar os seus requisitos mais eficazes, tendo em vista que a publicação de edital é método de divulgação *pro forma*, sem qualquer aplicabilidade prática.

Neste sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald acreditam que a necessidade de indicação do fundamento da pretensão pelos cônjuges, aparenta se destinar a evitar que um

---

<sup>251</sup> CASSETTARI, Christiano. As consequências da modificação do regime de bens no casamento. *In*: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT, Marcos; DE OLIVEIRA, Catarina Almeida (Coord.). **Famílias no Direito Contemporâneo**: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 333.

<sup>252</sup> *Ibidem*, p. 334.

deles possa influir sobre a vontade do outro, abusando de sua boa-fé. Por isso que boa parte da doutrina vem recomendando que o juiz designe data para realização de audiência de instrução, oportunidade em que se verificará a sinceridade do pedido.<sup>253</sup>

Acompanha esta parcela doutrinária Christiano Cassettari, que defende a audiência de instrução como meio através do qual o juiz perseguirá as verdadeiras razões do pleito, além de esclarecer ao casal sobre as consequências de sua nova opção, o que seria exigido pelo §2º do art. 1.639 do CC/02, ao prever a apuração das procedências das razões invocadas.

Para ele, os fatos alegados como causa de pedir devem ser comprovados ao longo do processo por meio das provas admitidas em lei, notadamente a documental, testemunhal ou pericial. Porém, poderá o juiz se desvincular destes meios probantes, escolhendo se basear no depoimento pessoal dos cônjuges, atentando-se ao fim social da norma e ao bem comum<sup>254</sup>.

De fato, a designação de uma audiência permitirá ao magistrado maior contato com os envolvidos, exercendo um juízo de valor direto sobre os fatos, sem partir da interpretação exteriorizada por uma das partes. Por consequência, existirá um maior alcance da verdade real.

Por se tratar de um procedimento de jurisdição voluntária, a verdade real não significa a análise de qual dos sujeitos processuais foi mais fidedigno ao retratar a situação deduzida, uma vez que não há litígio. A verdade real seria no sentido de permitir a sensibilidade na análise dos reais motivos que ensejaram a busca pela intervenção judicial para a alteração do regime de bens, sobretudo quando este regime foi escolhido livremente pelos cônjuges em momento anterior.

Igualmente, a audiência seria uma oportunidade de o juiz esclarecer as características e peculiaridades de cada espécie de regime de bens, permitindo o pleno exercício da autonomia da vontade, assim como plena ciência sobre as consequências da nova opção.

Entretanto, significaria o ápice do intervencionismo estatal, ainda que se partisse da perspectiva do dever do Estado de esclarecimento e pacificação social.

Com efeito, o procedimento de alteração do regime de bens exige a presença de um advogado e o consenso dos consortes sobre o novo estatuto patrimonial. Parte-se, portanto, do

---

<sup>253</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 6, p. 321.

<sup>254</sup> CASSETTARI, Christiano. As consequências da modificação do regime de bens no casamento. *In*: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT, Marcos; DE OLIVEIRA, Catarina Almeida (Coord.). **Famílias no Direito Contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo**. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 361.

pressuposto de que os envolvidos tinham conhecimento acerca dos possíveis regimes de bens aplicáveis, as características de cada um deles, podendo escolher, de forma livre, fidedigna e consensual, aquele que melhor se adequa à vontade do casal.

Essa liberdade acompanha o estatuto patrimonial do casamento desde a sua origem, quando os consortes escolhem o regime já na fase de habilitação do casamento.

Não cabe ao Estado, na pessoa do magistrado, servir como agente fiscalizador da vontade manifestada, a ponto de necessitar designar uma audiência instrutiva para esclarecer diretamente aos consortes. Caberá, ao contrário, conceder efeitos jurídicos ao exercício desta liberdade, desde que se certifique se tratar de objeto lícito, sem violação ao direito de um dos cônjuges ou de terceiros.

Do mesmo modo, nada obsta que os consortes façam valer a sua vontade simulando um divórcio e contraindo novo matrimônio, com opção por regime de bens diverso. Ou seja, a legislação permite o alcance dos efeitos de uma forma alternativa, razão pela qual as formalidades e burocracias procedimentais apenas dificultam a opção pelo caminho mais célere.

Sobre o risco de que a alteração do regime de bens possa significar a influência de um consorte sobre a vontade do outro, o ordenamento jurídico garante ao consorte prejudicado a utilização de instrumentos para resguardar os seus direitos e fazer cessar possíveis violações.

Se partíssemos da presunção de má-fé de um cônjuge sobre o outro, desvirtuaríamos a essência do casamento e da construção de uma entidade familiar, aplicando uma regra negativa entre aqueles que decidem compartilhar vidas. Deve-se partir, portanto, do pressuposto positivo de que os cônjuges decidem com base na paz social e nas convicções pessoais de cada um, em prol da felicidade e do bem estar familiar.

Neste sentido, não caberia ao magistrado deferir ou indeferir o pedido de modificação do regime de bens. Em verdade, nem mesmo se trataria de um pedido. Os consortes requereriam ao Judiciário, tão somente, a atribuição de efeitos jurídicos à vontade consensual, tendo em vista que o art. 734 do CPC/15 ainda exige a participação estatal para tanto.

Não deveria ser atribuição do juiz decidir se as partes podem ou não alterar as disposições patrimoniais do matrimônio, mas apenas fiscalizar a licitude do pacto e a ausência de alcance de direitos de terceiros, os quais, de todo modo, já estão resguardados com a irretroatividade da alteração.



Por isso, os documentos anexados junto à petição inicial serviriam apenas para demonstrar o exercício livre, consciente e lícito da vontade do casal, delimitando o regime patrimonial a ser aplicado. Não se trataria de acervo probatório que demandasse do magistrado a designação de uma audiência de instrução para apurar a procedência e sinceridade do pedido, por meio do depoimento pessoal dos consortes.

O fato de ter inaugurado um processo judicial para a obtenção dos efeitos jurídicos desejados, já demonstra a consensualidade e o real e relevante interesse na modificação do regime, que pode ter como causa questões internas ou externas, que em nada dizem respeito ao Estado. Assim, é dispensável a instrução processual.

No mesmo sentido, se a legitimidade ativa do procedimento de alteração prevê um litisconsórcio necessário, tendo como pressuposto inafastável a consensualidade na decisão modificativa superveniente, sob pena do regime continuar o mesmo inicialmente escolhido, já há a aplicação indireta da sistemática de solução alternativa de conflitos introduzida pelo CPC/15<sup>255</sup>.

Como não há um remédio pleiteado ao Estado ou a necessidade de aplicação de uma resolução imposta, o resultado criado pelas partes é condição *sine qua non* para o ajuizamento da demanda, o que também dispensa a designação de audiência preliminar de conciliação ou mediação, conforme art. 334 do CPC/15.

Já se inicia o procedimento em consenso, sendo da espécie de jurisdição voluntária, o que corrobora para a crítica acerca da ausência de previsão da modificação do regime de bens pela via extrajudicial, como falaremos melhor no último tópico deste trabalho.

Assim, caberá ao magistrado adotar o pensamento jurídico contemporâneo para limitar a sua atuação nas ações de alteração do regime de bens, se restringindo a constatar a real intenção e o preenchimento das formalidades, ao mesmo tempo em que flexibiliza o procedimento através do reconhecimento do seu papel criativo e normativo, especialmente com a aplicação de uma interpretação constitucional, principiológica, proporcional e ética dos postulados

---

<sup>255</sup> Art. 3º, § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. (BRASIL, **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> Acesso em: 08 ago. 2018).

familiares, respeitando a dignidade das pessoas humanas, a liberdade, autonomia da vontade, privacidade e inviolabilidade familiar.<sup>256</sup>

### 4.3 IMPOSSIBILIDADE DE ACESSO À VIA ADMINISTRATIVA

*Pari passu* às discussões sobre o poder criativo e aplicação da equidade pelo magistrado, em nome da preservação dos princípios básicos como a liberdade, dignidade humana, intimidade e inviolabilidade familiar, que caracteriza a interpretação do processo civil à luz do art. 1º do CPC/15<sup>257</sup>, é importante refletir sobre a manutenção da intervenção judicial como única forma de alcance da modificação patrimonial do casamento.

Todas as controvérsias aqui explanadas partiram do pressuposto da obrigatoriedade da busca do Poder Judiciário. Ainda que se defendesse a impossibilidade de o magistrado indeferir o pedido, cabendo apenas analisar a real intenção dos sujeitos e garantir o respeito às formalidades legais, sempre se falou em processo judicial.

Isto porque, a norma processual é clara no sentido de que somente se admite a modificação superveniente do regime de bens do casamento mediante pedido judicial dos consortes. Não há previsão de procedimento administrativo.

Ocorre que a realidade vivida pelo Direito Brasileiro é diversa do atual regramento. O modelo processual tradicional vem sendo criticado no tocante à sua eficácia, o que levou à criação de respostas como a coletivização de demandas e o incentivo aos meios consensuais de resolução de conflitos. A informalidade passou a ser vista como saída possível para as reformas processuais através da criação de uma nova política de tratamento de conflitos, que precisa ser compatibilizada com a universalização e a celeridade, sem esquecer das limitações estatais<sup>258</sup>.

Neste cenário, se fala na desjudicialização das demandas, que passou a permitir a regularização de determinadas situações jurídicas por meio da atuação das Serventias

---

<sup>256</sup> DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v.1, p. 41 *et seq.*

<sup>257</sup> Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código. (BRASIL, **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> Acesso em: 13 ago. 2018).

<sup>258</sup> SILVA, Érica Barbosa; TARTUCE, Fernanda. **O Novo CPC e os Atos Extrajudiciais Cartoriais**: críticas, elogios e sugestões. Disponível em: <<http://www.fernandartartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/12/Atos-extrajudiciais-cartoriais-no-NCPC.pdf>> Acesso em: 13 ago. 2018.

Extrajudiciais, palco seguro, útil e menos custoso para uma eficiente e célere resolução de conflitos, implementada no CPC/15 em seu art. 3º, §§2º e 3º.<sup>259</sup>

A seara cartorária extrajudicial está sob a fiscalização do Poder Judiciário, sendo um exercício privado de função pública. Para tanto, os atos extrajudiciais gozam de fé pública, tornando autênticas as condutas particulares e garantindo a sua incontestabilidade, salvo por meio de discussão judicial, o que promove a segurança jurídica e a paz social.<sup>260</sup>

Na visão de Érica Silva e Fernanda Tartuce, os notários e registradores devem ser vistos como coadjuvantes do Sistema de Justiça Brasileiro, que prestam assessoramento jurídico de forma imparcial, conferindo publicidade e estabilidade às relações sociais, mas sempre com a observância dos padrões legais.<sup>261</sup> Ou seja, a serventia extrajudicial não é autônoma e desvinculada, mas instrumento à serviço da justiça.

Com efeito, o atual diploma processualista possui diversas passagens endereçadas à resolução administrativa dos conflitos, pacificadas na esfera extrajudicial de forma mais célere e menos custosa, a exemplo da previsão da ata notarial, força probante dos documentos, demarcação e divisão por escritura, usucapião, inventário, partilha e divórcio administrativos, entre outros.

Apesar de muito se ter avançado com o incremento da participação das serventias extrajudiciais pelo CPC/15, ainda remanescem situações limitadoras, onde o processo civil se mostra menos integrativo e conserva a exigência desnecessária da chancela judicial, como no caso do procedimento para modificação do regime de bens.

A reafirmação processualista da necessidade de uma demanda judicial para alteração patrimonial do casamento já nasce desatualizada, diante da existência de uma série de projeções mais avançadas no CPC/15, que partem da valorização da autonomia privada para transformar o modo de ser das relações jurídicas.

Inclusive, na própria esfera patrimonial das relações conjugais, há o princípio da liberdade de escolha do regime de bens, podendo os cônjuges criar uma regulamentação com base na miscigenação de variadas espécies legais, em prol da constituição daquela que melhor se

---

<sup>259</sup> Art. 3º. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. (BRASIL, **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> Acesso em: 13 ago. 2018).

<sup>260</sup> SILVA, Érica Barbosa; TARTUCE, Fernanda. **O Novo CPC e os Atos Extrajudiciais Cartoriais**: críticas, elogios e sugestões. Disponível em: <<http://www.fernandartartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/12/Atos-extrajudiciais-cartoriais-no-NCPC.pdf>> Acesso em: 13 ago. 2018.

<sup>261</sup> *Ibidem*.

adeque à vontade e interesse do casal. Cabe apenas a elaboração de um pacto antenupcial extrajudicialmente, obedecendo as formas dispostas na lei.

Não há coerência, portanto, em não se admitir uma nova e superveniente regulamentação patrimonial também pela via administrativa, quando a escolha originária se deu por esse meio. Exigir a intervenção judicial, agravada com a exposição dos motivos e justificativas, cria enormes entraves irremovíveis pelos intérpretes do direito.

Eles podem flexibilizar o procedimento através da utilização do poder criativo na interpretação das normas gerais, priorizando o resultado almejado e as exigências impostas pelo direito material, em detrimento da rigidez excessiva<sup>262</sup>, admitindo-se a ideia de uma tutela jurisdicional diferenciada para o pleno e efetivo acesso à justiça. Mas ainda não é possível afastar a exigência de autorização jurisdicional.

A relevância emprestada à vontade, juntamente com a priorização do aspecto real das relações, em face dos aspectos meramente formais, conduziu à simplificação das formas com ênfase na auto-regulamentação, sob influência do princípio da mínima interferência estatal<sup>263</sup>.

Com base neste pensamento que a Lei 11.441/2007 foi criada, implantando o arrefecimento do controle estatal nos inventários, partilhas e divórcios, através da seguinte justificativa<sup>264</sup>:

A questão é que o Estado não suporta mais aninhar todos os compromissos, nem assumir o amplo dever de, judicialmente, resolver todas as querelas e revestir de formalidade todas as práticas, até mesmo as que não implicam controvérsia, como são exemplos a separação e o divórcio por mútuo consentimento.

Diante desse quadro de redefinição do papel do Estado, por que não recorrer aos cartórios extrajudiciais para a realização de separações e divórcios por mútuo consentimento, quando não exista prole, nem credores do patrimônio, nem questões complexas a serem resolvidas?

O Direito das Famílias certamente é a principal área da ciência jurídica com maior número de procedimentos de jurisdição voluntária, diante da particularidade e relevante interesse social por ele regulamentados. Por isso, a tendência atual é a simplificação das formas, em busca da

---

<sup>262</sup> LIMA, Tatiane Cardozo. A flexibilização procedimental no Código de Processo Civil de 2015. **XXVI Congresso Nacional do CONPEDI São Luís – MA**. Processo, jurisdição e efetividade da justiça. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/27ixgmd9/6426x0u7/3H3dtC3d8ohF2099.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

<sup>263</sup> MAÍRA, Tereza Cristina Monteiro. Contratualização do Casamento e Simplificação das Formas: questões relativas a estado civil e reconciliação. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese. ano IX, n. 41, abr/maio. 2007, p. 70.

<sup>264</sup> Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/getHTML.asp?t=8898>> Acesso em: 13 ago. 2018.

celeridade e eficiência, permitindo que as partes possam, elas próprias, cuidarem de sua intimidade sem interferência judicial.<sup>265</sup>

Justamente por isso, que a previsão de autorização judicial para modificação do regime de casamentos vai de encontro com as novas perspectivas processualistas. Ainda que haja chancela legal, a presença de um estranho no seio do relacionamento conjugal e do núcleo familiar não deixa de configurar afronta à intimidade e privacidade dos seus membros, convergindo com o princípio da intervenção mínima do Estado.

Há, inclusive, um Projeto de Lei do Senado nº 470, de 2013, conhecido como Estatuto das Famílias, de autoria da Senadora Lídice da Mata, que tenta criar a possibilidade de alteração do regime de bens por meio de escritura pública, prevendo em seu art. 39 que<sup>266</sup>:

Art. 39. É admissível a alteração do regime de bens mediante escritura pública, ressalvados os direitos de terceiros.

§ 1º A alteração não produz efeito retroativo.

§ 2º A alteração produz efeito a partir da averbação no assento de casamento.

A ideia adotada e seguida por renomada doutrina é no sentido de que, se as partes podem dissolver consensualmente o casamento em cartório, não haveria porque impedir a modificação do regime de bens também em cartório, o que simplificaria o procedimento, facilitaria o exercício de direitos, sem repercutir em qualquer prejuízo para os envolvidos ou terceiros, tendo em vista a consensualidade e não retroatividade eficaz.<sup>267</sup>

A possibilidade da via extrajudicial não somente seria vantajosa por diminuir a burocracia, como também afastaria a indesejável situação de os cônjuges precisarem expor ao Poder Judiciário as dificuldades de seus relacionamentos.

Ninguém melhor do que os cônjuges para ter consciência sobre os embaraços e dificuldades que um regime de bens desequilibrado e não condizente com os reais interesses e vontades do casal, pode gerar em suas vidas cotidianas.

Neste sentido, o CPC/15 pecou ao manter exclusivamente a via judicial para alteração do estatuto patrimonial do casamento, contraditoriamente não concebendo o procedimento

---

<sup>265</sup> MAÍRA, Tereza Cristina Monteiro. Contratualização do Casamento e Simplificação das Formas: questões relativas a estado civil e reconciliação. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese. ano IX, n. 41, abr/maio. 2007, p. 72.

<sup>266</sup> **BRASIL, Projeto de Lei n. 470**, de 12 de novembro de 2013. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

<sup>267</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 6, p. 319.

administrativo como instrumento de atuação e efetividade dos valores consagrados pelo direito material.

Deveria ter seguido a linha já enraizada pela Lei 11.441/2007, contemplando a opção pela via extrajudicial com a previsão de alteração do regime de bens do casamento “mediante escritura pública”. Entretanto, esta disciplina seria apenas uma outra forma, menos burocrática e mais célere, de o casal alcançar os efeitos jurídicos desejados, sem obstar a escolha pela via jurisdicional, se assim desejarem.

A interpretação lógico-sistemática do ordenamento jurídico brasileiro clama pela inafastabilidade da jurisdição, princípio acompanhado pelo direito de ação e livre acesso ao Judiciário. Logo, a previsão da via administrativa somente poderia ser interpretada e aplicada como uma possibilidade a mais, mas não como uma obrigação ou único meio.

Em determinadas situações, o casal poderia, por exemplo, entender que a via judicial é a mais adequada para tutelar os interesses envolvidos, como nos casos de anterior má-fé ou na hipótese de hipossuficiência econômica e busca pela gratuidade judiciária<sup>268</sup>.

A vontade do casal e os seus direitos existenciais merecem privilégio. Além do que é preciso lembrar que a autonomia privada e liberdade possuem fundamento constitucional. Assim, criar entrave, ou intencionalmente evitar a desburocratização e desjudicialização de determinado instituto, por mero apego formal ou resquício de intervencionismo estatal, vai de encontro ao princípio da função social da família, deixando de analisar as entidades familiares no contexto de *celular mater* da sociedade.

No âmbito das famílias, o redimensionamento dos princípios enquanto fontes eficazes e de aplicação prática propicia a construção de uma hermenêutica social, com uma positivação mais próxima da justiça e dos valores modernos, valorizando-as com base na afetividade, solidariedade e existencialidade do casal.

Sendo assim, caberá à ciência jurídica tornar viável o caminho para o efetivo acesso à justiça, não somente estimulando os meios extrajudiciais, como removendo os entraves pelos intérpretes, através de uma interpretação sistêmica do Código Civil, Código de Processo Civil e Lei 11.441/07, propiciando a ampla utilização da via extrajudicial, também para fins de alteração do regime de bens, de modo a sedimentá-la como importante e essencial elemento do sistema de justiça.

---

<sup>268</sup> TARTUCE, Fernanda; TARTUCE, Flávio. Lei nº 11.441/2007: Diálogos entre Direito Civil e Direito Processual Civil quanto à Separação e ao Divórcio Extrajudiciais. **Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese.** ano IX, n. 41, abr/maio. 2007, p. 160.

## 5. CONCLUSÃO

Diante das explicações desenvolvidas no presente trabalho entende-se como razoável e fundamentado o posicionamento defendido da inconstitucionalidade do art. 734 e seguintes do Código de Processo Civil, que regulamentam o procedimento autônomo para a alteração do regime de bens do casamento, pecando ao não promover a sua adequação aos direitos fundamentais e noções contemporâneas arraigadas no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição Federal de 1988.

Apesar da imutabilidade do regime de bens ter sido afastada com o Código Civil de 2002, ainda não havia a previsão de um procedimento específico para tanto, o que somente foi introduzido com o atual diploma processualista. Entretanto, o referido diploma simplesmente reproduziu a previsão civilista, mantendo o engessamento da vontade e a postura intervencionista do Estado, que atropela a liberdade e autonomia da vontade em nome da preservação do interesse de terceiros, criando verdadeira barreira para a disposição patrimonial.

Sendo um procedimento de jurisdição voluntária, a previsão de resolução através da equidade consagra a atividade criativa dos juízes e propicia a construção de uma hermenêutica social, com o exercício do poder jurisdicional mais próximo da justiça e dos valores modernos, ainda que contrariamente à lei, desde que se observe a melhor solução para as partes e para o bem comum.

O juízo de conveniência e oportunidade não deve ser lido como mera prerrogativa do magistrado, mas verdadeiro direcionamento para decidir. Cabe ao juiz garantir que a legalidade se cumpra e que os sujeitos não pratiquem ilicitudes, nem violem o espírito do ordenamento jurídico ou a esfera jurídico-material um do outro e de terceiras pessoas.

Contudo, a atividade receptícia, certificadora e fiscalizatória típicas da jurisdição voluntária, não autoriza que o Estado extrapole os limites da liberdade, privacidade, intimidade e autonomia dos particulares, impedindo-os de alcançar os efeitos desejados ou exigindo a explanação de motivações e justificativas que somente dizem respeito ao casal e ao núcleo familiar por eles criado.

A redação do art. 734 do CPC/15 manteve a mesma lógica do art. 1.639, §2º, do CC/02, prevendo, além do pedido motivado, a exposição das “razões que justificam a alteração”,

criando um procedimento extremamente burocrático e formalista, que não admite a via extrajudicial.

Apesar da ausência de previsão legal, os posicionamentos jurisprudenciais, especialmente dos Tribunais Superiores, já vêm consagrando a desburocratização do procedimento e o afastamento de formalismos e exigências desnecessárias, promovendo uma interpretação lógico-sistemática a fim de que o magistrado não seja rigoroso na exigência de justificativas, sobretudo porque, genericamente, o fundamento sempre é a autonomia privada, que deverá ser resguardada em nome da intervenção mínima do Estado nas relações familiares.

Tornou-se extremamente importante impedir que o Estado se imiscuisse no âmbito familiar, asfixando a autodeterminação afetiva das pessoas humanas, com a imposição excessiva de comportamentos padronizados e limitantes, que impedissem o alcance da realização plena e da felicidade.

As decisões legislativas adotadas no âmbito familiar ainda são precárias e objetivam manter o controle estatal sobre as ações dos indivíduos. Porém, as relações interpessoais estão para além das condutas impostas pelo aparelho estatal, e se situam muitas vezes fora dos limites legais.

É por isso que é tão importante a flexibilização procedimental nas ações de família e a utilização da equidade nos procedimentos de jurisdição voluntária, desobrigando o magistrado da observância da legalidade estrita, sobretudo quando esta legalidade é precária, intervencionista, inconstitucional e não acompanha as transformações sociais.

O vetor axiológico da dignidade não pode deixar de se conectar com nenhuma norma ou cláusula negocial, incluindo o regime de bens e sua eventual modificação. Portanto, apesar da norma processual ser feliz ao exigir o litisconsórcio ativo necessário, com o consenso do casal na escolha do regime de bens, possui, ao mesmo tempo, constitucionalidade duvidosa, ao condicionar os efeitos da mudança a obrigatória autorização judicial, permitindo a ilegítima intervenção estatal na inviolabilidade familiar, sem qualquer razão de interesse público que a justifique.

No mesmo sentido, a ausência de previsão da via extrajudicial está na contramão do movimento da desburocratização e intervenção mínima na família, por simples e inconstitucional apego à faceta protetora-repressora-intervencionista do Estado, com resquícios de apego às formalidades, que vão de encontro ao princípio da função social da



família, deixando de analisar as entidades familiares no contexto de *celular mater* da sociedade, valorizando-as com base na afetividade, solidariedade e existencialidade do casal.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Rodrigo Andrade de. Função social da funcionalização da autonomia privada? *In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a autonomia***. Salvador: Jus Podivm, 2014.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARAÚJO FILHO, Aldy Mello. Constitucionalização, dirigismo, omissões legislativas e atuação judicial: as antinomias da intervenção estatal no domínio das relações de família. **XXVI Congresso Nacional do CONPEDI**. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/27ixgmd9/ec5g306t/np9VWAPf4e21Zf4v.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2018.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1978.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Red Livros, 2000, p. 215.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Código Civil**: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF, 11 jan 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 09 maio 2018.

\_\_\_\_\_. **Código Civil**: Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Brasília, DF, 05 jan. 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm)>. Acesso em: 09 maio 2018.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil**. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm)>. Acesso em: 09 maio 2018.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> Acesso em: 09 maio 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 24 maio 2015.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional do Ministério Público. **Recomendação nº 34**, de 05 de abril de 2016. Dispõe sobre a atuação do Ministério Público como órgão interveniente no processo civil. Brasília, DF, 5 abril 2016. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-0341.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei 11.419**, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111419.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111419.htm)>. Acesso em: 09 maio 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei 11.441**, de 04 de janeiro de 2007. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm)>. Acesso em: 09 maio 2018.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei n. 470**, de 12 de novembro de 2013. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n.776455 – Proc. 2005/0140251-4. Recorrente: D M R DOS S E OUTRO. Recorrido: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Relator: Min. Raul Araujo. Brasília, DJ 26 abril. 2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=21643821&tipo=5&nreg=200501402514&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120426&formato=PDF&salvar=falso>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1300036 – Proc. 2011/0295933-5. Recorrente: A D. Recorrido: G M D. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DJ 20 maio. 2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=35052977&tipo=5&nreg=201102959335&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140520&formato=PDF&salvar=falso>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.533.179 – Proc. 2013/0367205-7. Recorrente: N M O P e L F DE A P. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DJ 23 set. 2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=50775443&tipo=5&nreg=201303672057&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20150923&formato=PDF&salvar=falso>>. Acesso em: 12 jul. 2018

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.119.462 – Proc. 2009/0013746-5. Recorrente: R G C e Outro. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DJ 26 fev. 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=27433331&tipo=5&nreg=200900137465&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20130312&formato=PDF&salvar=falso>>. Acesso em: 15 jul. 2018

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.446.330 – Proc. (2013/0381841-1. Recorrente: C E R DE M C E OUTRO. Relator: Min. Moura Ribeiro. Brasília, DJ 17 mar. 2015. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=44129921&num\\_registro=201303818411&data=20150327&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=44129921&num_registro=201303818411&data=20150327&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 02 ago. 2018

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1119462 – Proc. 2009/0013746-5. Recorrente: R G C E OUTRO. Recorrido: Ministério Público de Minas Gerais. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DJ 12 mar. 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=27433331&tipo=5&nreg=200900137465&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20130312&formato=PDF&salvar=falso>>. Acesso em: 02 ago. 2018

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.412.260 – Proc. 2013/0142696-0. Recorrente: Mário Pereira de Araújo Santos e Outros. Recorrido: Ministério Público de São Paulo. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DJ 15 maio. 2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35385624&num\\_registro=201301426960&data=20140522&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35385624&num_registro=201301426960&data=20140522&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 02 ago. 2018

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. **878694**. Recorrente: Maria de Fátima Ventura. Recorrido: Rubens Coimbra Pereira e Outro. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DJ 05 fev. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+878694%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+878694%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pey8s55>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

CANUTO, Erica Verícia de Oliveira. **A Mutabilidade do Regime de Bens no Casamento**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia.

CASSETTARI, Christiano. As consequências da modificação do regime de bens no casamento. *In*: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT, Marcos; DE OLIVEIRA, Catarina Almeida (Coord.). **Famílias no Direito Contemporâneo**: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: Jus Podivm, 2010, 327-349.

CAVALCANTI, Camilla de Araújo. **A constituição e a dignidade da pessoa humana na tutela das famílias pós-modernas**. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal.

Cf KAYSER, Pierre. La protection de la vie privée: protection du secret de la vie privée, pg. 49. DINIZ, Carlos Francisco Sica. Privacidade, em Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 61/170, *apud* DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2012.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 6. Ed. rev. amp. e atual. Juspodivm: Salvador, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v.1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processo Civil**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, v. 1.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 5.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Justificação Teórica dos Procedimentos Especiais. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio\(3\)formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio(3)formatado.pdf)>. Acesso em: 04 jul. 2018.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: famílias. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

\_\_\_\_\_, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: sucessões. São Paulo: Editora Atlas, 2015, v.7.

\_\_\_\_\_, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: parte geral e LINDB. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012, v. 1.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 6.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Função social da família e jurisprudência brasileira**. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/177.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/177.pdf)>. Acesso em: 06 mar. 2018.

GODINHO, Adriano Marteleto. A autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir”: uma necessária ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica. *In*: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Jus Podivm, 2014.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 2.

GRECO, Leonardo. **Jurisdição Voluntária Moderna**. São Paulo: Dialética, 2003.

LIMA, Tatiane Cardozo. A flexibilização procedimental no Código de Processo Civil de 2015. **XXVI Congresso Nacional do CONPEDI São Luís – MA**. Processo, jurisdição e efetividade da justiça. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/27ixgmd9/6426x0u7/3H3dtC3d8ohF2099.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MADELENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MAÍRA, Tereza Cristina Monteiro. Contratualização do Casamento e Simplificação das Formas: questões relativas a estado civil e reconciliação. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese. ano IX, n. 41, abr/maio. 2007, p. 66-78.

MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos Especiais**. 13. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. 3.

MATTOS NETO, Antônio José. A Constitucionalização do Direito de Família. **Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará**. Belém: ESM-PA, v. 1, n. 1, nov.2008, p. 31-41.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Estudo sobre a Jurisdição Voluntária. *In*: DE CARVALHO, Milton Paulo (Coord). **Direito Processual Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 51-70.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MOREIRA, José Cláudio Domingues; CANELLAS, Cristiane Maria da Costa; NUNES, Lydya Neves Bastos Telles. **Inconstitucionalidade da Exigência de Apresentação das Razões dos Cônjuges como uma das Condições para a Mutabilidade do Regime de Bens**. [S.l]: [S.n], [200 - ?].

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ONU, **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em <[https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)>. Acesso em: 09 maio 2018.

Oração aos Moços. Discurso escrito por Rui Barbosa para parabenizar os formandos da turma de 1920 da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em São Paulo, intitulado **Oração aos Moços**. Disponível em:

<[https://pt.wikipedia.org/wiki/Princ%C3%ADpio\\_da\\_igualdade#cite\\_note-1](https://pt.wikipedia.org/wiki/Princ%C3%ADpio_da_igualdade#cite_note-1)>. Acesso em: 01 jul. 2018.

PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. A Desconstrução do Casamento Tradicional e as Novas Formas Familiares. **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese. ano IX, n. 48, jun/jul. 2008, p. 112-129.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 102, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: direito de família**. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 5.

\_\_\_\_\_, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PIMENTEL, Fernanda Pontes. Mutabilidade dos regimes de bens e a autonomia da vontade: um caso de colisão do princípio da não-intervenção nas entidades familiares e a interferência do Poder Judiciário. **XXII Congresso Nacional do CONPEDI**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br>>. Acesso em: 09 maio 2018.

REQUIÃO, Maurício. A autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. *In*: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Jus Podivm, 2014.

ROCHA, Rafael da Silva. Autonomia privada e direitos da personalidade. **Revista da Sessão Judiciária do Rio de Janeiro**. v. 18. n. 30, 2011. Disponível em: <[http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista\\_sjrj/article/view/258](http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/258)>. Acesso em: 09 maio 2018.

\_\_\_\_\_, Sílvio Luís Ferreira da. **Introdução ao direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Érica Barbosa; TARTUCE, Fernanda. **O Novo CPC e os Atos Extrajudiciais Cartoriais: críticas, elogios e sugestões**. Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/12/Atos-extrajudiciais-cartoriais-no-NCPC.pdf>> Acesso em: 13 ago. 2018.

\_\_\_\_\_, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2012.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TARTUCE, Fernanda; TARTUCE, Flávio. Lei nº 11.441/2007: Diálogos entre Direito Civil e Direito Processual Civil quanto à Separação e ao Divórcio Extrajudiciais. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese. ano IX, n. 41, abr/maio. 2007, p. 157-173.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. A tutela da autonomia privada e a utilização atécnica dos novos princípios constitucionais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 103, v. 945, jul. 2014

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: procedimentos especiais. 51. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 2.

\_\_\_\_\_, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 57. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 1.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 6.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. A importância dos Princípios Específicos do Direito das Famílias. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo. v. 12, n. 63, dez/jan. 2011, p. 29-37.

WALD, Arnoldo. **Direito Civil**: direito de família. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 5.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**: teoria geral do processo. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 1.