

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

MUDANÇA DO REGIME DE BENS NO CASAMENTO

CURITIBA
SETEMBRO 2005

RENATA DE FREITAS ABREU

MUDANÇA DO REGIME DE BENS NO CASAMENTO

*Monografia de final de curso,
apresentada como requisito para
a conclusão do curso de Direito.*

Professor Orientador: Eroulths
Cortiano Junior
Aluna: Renata de Freitas Abreu

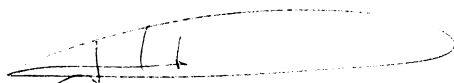
CURITIBA
SETEMBRO 2005

TERMO DE APROVAÇÃO

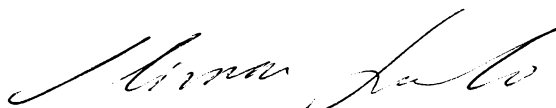
RENATA DE FREITAS ABREU

MUDANÇA DO REGIME DE BENS NO CASAMENTO

Monografia aprovada como requisito parcial para a conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Orientador: Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR



Prof. Dr. Elimar Szaniawski
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR



Prof. Dr. José Antonio Peres Gediel
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

Curitiba, 08 de novembro de 2005.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	3
1 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E DA IMUTABILIDADE DO REGIME DE BENS.	6
2 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002	14
3 MUTABILIDADE DO REGIME DE BENS	17
4 REQUISITOS PARA ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS	25
5 ALCANCE E RETROATIVIDADE DA MUTABILIDADE DO REGIME DE BENS	35
6 MUTABILIDADE DO “REGIME DE BENS” NA UNIÃO ESTÁVEL	44
7 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....	47
CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	74

INTRODUÇÃO

Estabelece o artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil que *“A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”*. Assim, reconhecida na fundamental posição de entidade núcleo da sociedade, a família considerada enquanto instituição alcança condição especialíssima no direito positivo, entendendo-se essencial sua proteção e preservação, em todas as suas formas, e especialmente na sua mais tradicional forma constitutiva – o casamento.

Com efeito, ao tratarem das relações do Direito de Família, ressaltam José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz¹ que:

“São relações que tem origem no casamento, no fato natural da procriação e na adoção. Dentre estes, devemos notar que o casamento produz os efeitos mais amplos. O casamento cria a sociedade conjugal ou relação matrimonial e o vínculo de afinidade que une um dos cônjuges aos parentes do outro”.

Destarte, a Constituição de 1988 consagra em seus dispositivos a liberdade matrimonial, o direito de se casar, o que significa que todos os cidadãos têm o direito constitucional de constituir família mediante a celebração do casamento.

Contudo, essa liberdade de assumir o vínculo matrimonial não é absoluta, pois estabelece o legislador infraconstitucional algumas regras imperativas no tocante ao casamento, portanto inderrogáveis pela vontade dos particulares, regulando a instituição familiar através principalmente do Código Civil, bem como de algumas legislações especiais esparsas. Com isso ocorre uma intervenção no domínio das relações pessoais e familiares do cidadão, na medida em que se permitem, se proíbem ou se ordenam certas condutas que regerão as relações familiares.

¹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de, e MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família**. Curitiba: Juruá Editora, 2002, pág. 11.

No que pertine ao casamento, considerando-se que este instituto estabelece entre os cônjuges não apenas uma comunhão de vida, mas também acaba por criar relações pecuniárias entre estes dentro da relação matrimonial, bem como entre os cônjuges e terceiros, entendeu o legislador necessário o estabelecimento de um conjunto de regras que disciplina esse aspecto do instituto matrimonial. Nesse conjunto de regras procurou-se estabelecer aspectos relativos à propriedade dos bens dos cônjuges, à administração, ao gozo e à disponibilidade desses bens e à responsabilidade dos cônjuges por suas dívidas, bem como as bases de liquidação do regime de bens.

Para isso o legislador estabelece regimes típicos ou convencionais, cuja escolha fica ao livre arbítrio dos nubentes, caso estes não optem por celebrar um pacto antenupcial que regule particularmente o estatuto patrimonial do casamento. Quatro são os regimes de bens instituídos pelo novo Código Civil, desaparecendo o regime dotal, que era uso raro em nosso meio social. Ao lado dos regimes da comunhão universal, da comunhão parcial (que continua sendo o regime legal, na falta de convenção) e do regime da separação de bens, surge o regime da participação final nos aqüestos. Estipula ainda o legislador disposições relativas ao pacto antenupcial.

Dessa forma, como exposto, o Estado define os regimes legais e ao cidadão é dado optar pelo regime de bens de sua preferência, caso não se disponha a realizar um pacto antenupcial. Pela legislação anterior essa escolha regeria as relações patrimoniais do casal por toda sua vida matrimonial. Os regimes matrimoniais de bens em nosso país eram até pouco tempo marcados pela característica da irrevogabilidade, consagrada no artigo 230 do Código Civil de 1916, segundo a qual, uma vez celebrado o casamento sob a égide de determinado regime, impossível seria sua posterior alteração, ressalvada a excepcionalíssima hipótese do artigo 7º, § 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, que contempla a situação do estrangeiro que venha a se naturalizar brasileiro.

No campo jurisprudencial havia se consolidado outra ressalva, qual seja, a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, que possibilita a transformação do regime legal ou obrigatório da separação em regime de comunhão de bens

adquiridos na constância do casamento, *ipsis literis*: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Ressalte-se ainda a ocorrência de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, permitindo-se a possibilidade de um pacto antenupcial ensejar a conversão do regime de separação de bens para outro em comunhão de bens, diante do advento da prole.

Contudo, essas exceções limitavam-se a um número restrito de casos, o que levou o legislador a introduzir a possibilidade de alteração do estatuto patrimonial de bens como uma das inovações trazidas pelo novo Código Civil que entrou em vigor a partir de 2003. Assim, verifica-se pela nova codificação a existência da mutabilidade do regime de bens, preenchidos alguns requisitos estabelecidos na lei, o que confere nova dimensão ao aspecto patrimonial do vínculo conjugal.

Assim, pela nova disposição legal, inserta no artigo 1.639, § 2º do Código Civil Brasileiro, é possível que, por mútuo consenso, os cônjuges peçam ao Judiciário a alteração do regime de bens, apurando-se a procedência das razões invocadas e ressaltando-se os direitos de terceiros. Contudo, desde que foi adotada a mutabilidade do regime de bens no texto do novo Código Civil, doutrinadores e juristas passaram a se posicionar ora contra, ora a favor de alguns aspectos do novo instituto, razão pela qual nos propusemos à elaboração desta obra.

1. DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E DA IMUTABILIDADE DO REGIME DE BENS

O atualmente revogado Código Civil Brasileiro vigorou desde 1917 até o início de 2003, e é consenso entre doutos e operadores do direito que o denominado “Código Beviláqua” foi dominado pela idéia do privatismo doméstico. Com efeito, a estrutura social, política e jurídica brasileira existente quando da elaboração do projeto do Código Civil de 1916 assinalou no texto legal feições muito mais individuais do que coletivas, privilegiando-se o proprietário e chefe de família. Nessa esteira de pensamento o Código Civil revogado *“condensa um direito mais preocupado com o círculo social da família do que com os círculos sociais da nação”*, como analisa o professor e membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família, Jesualdo Eduardo de Alemida Júnior².

Essa posição do legislador brasileiro era diretamente inspirada no Código Napoleônico, uma fonte jurídica de acentuada inspiração individualista e assentada no dogma quase absoluto da primazia da vontade particular. Assim, o estatuto civil elaborado por Clóvis Beviláqua se baseava nas doutrinas individualista e voluntarista consagradas pelo Código Napoleônico.

Por outro lado, a homenagem ao princípio do privatismo doméstico devia-se a uma sociedade de característica colonial e estrutura aristocrática, baseada precipuamente em uma postura de despotismo patriarcal, em que a vontade do pai, considerado chefe da família, era muito mais importante que a dos demais membros da família constituída legitimamente. Quanto à família considerada “ilegítima”, havia uma posição de proposital ausência de regramento do legislador no contexto do estatuto civil revogado, tratando-se apenas dos aspectos que de algum modo influenciavam na estrutura da família legítima.

No tocante ao estatuto patrimonial de bens no casamento, o Código Civil de 1916, no seu artigo 230, prescrevia a irrevogabilidade do regime de bens estatuído entre os cônjuges. Uma vez casados, por exemplo, pelo regime de

² ALEMIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **A evolução do Direito de Família no Brasil – uma análise comparativa do Código Civil de 1.916 e do Movimento Reformista**. Disponível em <http://www.ibdfam.com.br>, acesso em 05/06/2005.

comunhão de bens, não poderiam eles, mais tarde, transmudá-lo para o da separação de bens e vice-versa. O regime matrimonial, portanto, pelo nosso ordenamento jurídico, era imutável. Com efeito, a duração da imutabilidade verificava-se do momento da celebração do casamento ao momento da sua dissolução.

No mesmo sentido da imutabilidade a disposição prevista no artigo 1.714, nº 1, do Código Civil português, que prescreve: *“fora dos casos previstos na lei, não é permitido alterar, depois da celebração do casamento, nem as convenções antenupciais nem os regimes de bens legalmente fixados”*.

Destarte, até a celebração do casamento tinham os nubentes a faculdade de revogar ou modificar o regime de bens, através das disposições específicas do pacto antenupcial, caso não optassem por um dos regimes de bens estabelecidos pela lei civil. Antes da celebração do casamento, de fato, era admitida qualquer modificação pelos futuros cônjuges, posto que a eficácia jurídica do pacto antenupcial estava condicionada à realização do matrimônio.

Contudo, a partir da celebração dava-se início à vigência do estatuto patrimonial estabelecido, que se tornava a partir de então imutável, nos termos do supracitado artigo 230 do Código Civil de 1916. Com efeito, não existia a possibilidade de alteração após a celebração matrimonial, qualquer que fosse a situação dos nubentes no curso do vínculo conjugal, ou os possíveis motivos que pudessem levar os cônjuges a tal desejo.

Essa irrevogabilidade do regime de bens consagrada pelo legislador de 1916 inspirava-se principalmente em duas razões, quais sejam, o interesse dos cônjuges e o interesse de terceiros. De fato os fundamentos da imutabilidade do regime eram a proteção à boa-fé de terceiros que se relacionavam com o casal e a proteção dos próprios cônjuges, visando evitar-se, tanto quanto possível, que a afeição e a vida em comum entre marido e mulher viessem a interferir nas relações de ordem patrimonial.

Dessarte, permeiam a questão da imutabilidade vários interesses distintos e muitas vezes contrapostos, quais sejam, o interesse pessoal dos cônjuges, o interesse da família como um ente único, os interesses em benefício da prole e, sobretudo, de terceiros que mantenham relações negociais com a sociedade conjugal. Com o intuito de harmonizar estes interesses o legislador de 1916 inclinou-se no sentido de defender os

interesses da família e de terceiros, ao estatuir a imutabilidade do regime de bens instituído entre os consortes.

Vale ressaltar que o que se encontra na base dessa proteção aos interesses de terceiros com relação aos cônjuges e da proteção aos interesses dos nubentes nas relações entre si, é certamente o princípio da segurança jurídica. Este princípio se insere em vários institutos de ordem privada, e particularmente no que concerne ao Direito de Família, constituía-se em preceito fundamental na legislação civil revogada, devendo nortear as relações jurídicas da família entre si e com terceiros.

O que se buscava precipuamente era a estabilidade das relações negociais que permeavam o contexto familiar, o que decorre logicamente de uma ordem jurídica predeterminada, pré-estabelecida com o escopo de definir e regular essas relações obrigacionais. De fato, em se tratando de relações de cunho econômico, é preciso observar a existência de padrões comportamentais ou regras de conduta que primem pela segurança desses vínculos. No mercado econômico, o fator de segurança para quem transaciona reside exatamente no *modus faciendi*, ou seja, na forma de operar com regras seguras e definidas que estabeleçam, com clareza, o modo de conduta das partes. Dessarte, em função do regime de bens existente entre os cônjuges, poderia haver variações nas obrigações negociais com terceiros, que deviam ser devidamente estipuladas e definidas em razão da segurança jurídica destes estranhos ao vínculo conjugal.

Para o legislador do Código Civil de 1916 aqueles terceiros que contratavam com os cônjuges não poderiam ficar ao alvedrio de mudanças de regime indiscriminadas durante o curso do vínculo matrimonial, que poderiam afetar suas relações obrigacionais legitimamente contratadas. Nesse sentido, interessava ao credor saber o regime de bens do devedor, se casado, para o efeito de garantias no caso de eventual e futura execução: para excussão do patrimônio pessoal ou da sociedade conjugal e outras previstas em lei. E este "*status quo*" não poderia sofrer modificação durante o vínculo conjugal para não prejudicar o credor.

Por outro lado, a estabilidade econômica da sociedade conjugal e mais amplamente, da própria família, é um fato relevante para o Estado, na medida em que isso se reflete no plano das relações negociais e sociais. Assim, por

exemplo, instituiu-se a obrigatoriedade da outorga uxória ou marital no caso de alienação de bens imóveis do casal. Trata-se de uma forma de vigilância de um cônjuge sobre o outro no caso de patrimônio comum, com o objetivo de manter o equilíbrio econômico da família no caso de irresponsabilidade de um deles nas relações com terceiros. Da mesma maneira a irrevogabilidade do estatuto patrimonial de bens, segundo o entendimento do legislador do Código de 1916, cumpriria esse escopo de estabilizar economicamente a sociedade conjugal.

Nesse diapasão a conclusão de Clayton Reis³, ao tratar da questão da imutabilidade:

“Portanto, nesse ambiente de segurança econômica, é natural a postura do legislador em consagrar o princípio da irrevogabilidade do regime de bens. É evidente que não se trata de uma preocupação de caráter nitidamente patrimonial; busca-se, com isso, preservar a instituição familiar, sobretudo, em virtude da carga axiológica com que ela se reveste. O próprio Estado, ao prescrever o dever de mútua assistência entre os cônjuges (art. 231, III e IV, CCB/1916 e art. 1.566, III e IV do CCB/2002), tanto quanto o dever inerente ao pátrio poder de prestar alimentos aos filhos (art. 384, I do CCB/1916 e art. 1.634, I do CCB/2002, art. 229 da CF/88 e art. 21 da Lei nº 8.069/90), estatuiu obrigações relevantíssimas – de prestar alimentos, cujo inadimplemento pode resultar em prisão do devedor (art. 5º, LXVII da CF/88) – que exigem estabilidade econômica. Essas disposições legais serão consideradas letra morta, se não ocorrer a conseqüente capacidade econômica dos responsáveis pelo dever de prestar alimentos. Ocorre que essa capacidade financeira decorre justamente da estabilidade econômica que deve existir na ordem familiar”.

De fato, a proteção dos interesses de terceiros evidencia-se como uma das causas principais para a adoção da imutabilidade pelo legislador. Neste diapasão, entende-se que se os cônjuges pudessem alterar o regime de bens na constância da sociedade conjugal, modificariam a composição patrimonial a

fim de que determinados bens que antes respondiam por obrigações contraídas não pudessem mais ser executados. Assim, estariam comprometidos os interesses dos credores, que poderiam ser ludibriados com a posterior alteração.

De fato, o interesse de terceiros reclamaria a manutenção do mesmo regime durante toda a sociedade conjugal, a fim de evitar que os cônjuges, uma vez conluídos, introduzissem alterações no estatuto patrimonial que viessem a prejudicar direitos de outrem. Um exemplo desse interesse seria o caso de credores que estivessem contado com a manutenção de um determinado regime matrimonial, que lhes favoreceria em caso de um possível inadimplemento, no ato de contratar com um dos cônjuges.

Nessa linha de raciocínio, ao comentarem a adoção do princípio da imutabilidade do regime de bens pelo legislador de 1916, prelecionam José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz⁴ que:

“a estabilidade das convenções matrimoniais, em segundo lugar, encontrará fundamento na necessidade de proteção de terceiros. De acordo com essa idéia, se os cônjuges pudessem alterar o regime de bens do casamento, modificando a composição dos patrimônios de maneira que determinados bens que antes respondiam por suas obrigações não mais possam ser executados, restariam comprometidos os interesses dos credores”.

Com relação ao interesse dos cônjuges, a inalterabilidade proporcionaria também a sua proteção. Segundo este entendimento, corrente na época da redação do Código Civil de 1916, depois do casamento, poderia um dos cônjuges, abusando de sua ascendência ou da fraqueza do outro, obter modificações em seu proveito no tocante ao regime de bens. Assim, considerava-se a possibilidade de se verificar uma influência prejudicial de um dos cônjuges sobre o outro, no sentido de que o mais “fraco” na relação

³ REIS, Clayton. **A mudança do Regime de Bens no casamento em face do Novo Código Civil Brasileiro**. Revista Brasileira de Direito de Família, vol. 20, out/nov 2003, pág.8.

⁴ OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. Ob. cit., pág. 362.

conjugal consentisse em uma mutabilidade do regime de bens desvantajosa para si.

Essa idéia baseava-se na visão corrente da submissão da mulher na sociedade conjugal. Assim, a proteção do legislador de 1916 corria a favor da mulher casada do século XIX, já que era tida como dotada de menor experiência no trato das riquezas econômicas do casamento, quase sempre administradas pelo marido. Nesse diapasão tal proibição seria uma estipulação legal em favor da mulher, havida como parte mais fraca da relação conjugal.

Desta forma, podemos assinalar que o conceito base existente no princípio da irrevogabilidade adotado no Código Civil de 1916 consiste na segurança da família e na segurança de terceiros que transacionavam com a sociedade familiar. Havia uma preocupação do legislador em oferecer segurança econômica tanto à sociedade conjugal tanto quanto a terceiros que mantivessem relações negociais com os cônjuges.

Na adoção da imutabilidade, portanto, revela-se uma soma de interesses privados e sociais que, em princípio, se contrapõem à mudança aleatória do regime de bens, na medida em que os referidos interesses possam sofrer prejuízos em decorrência de alterações que não atendam aos compromissos firmados pelas pessoas obrigadas.

Além das razões primordiais para a adoção do princípio da imutabilidade, já expostas, J. M. de Carvalho Santos⁵, ao citar Clóvis Beviláqua, assinala também um pressuposto de ordem lógica:

“Clóvis, depois de afirmar que a irrevogabilidade do regime aí estatuído se funda em duas razões: o interesse dos cônjuges e o do terceiro, acrescenta um outro motivo, este de lógica jurídica, qual seja o de casamento sendo um contrato pessoal e perpétuo, o regime dos bens durante ele deve ser estável, inalterável, para corresponder à perpetuidade e imutabilidade das relações pessoais, enquanto perdura a sociedade conjugal”.

⁵ SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil Interpretado**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A, v. IV, 1953, pág. 308.

Carlos Roberto Gonçalves⁶ coloca ainda como razão para a adoção da imutabilidade o fato de que o contrato de casamento “*era concebido como um pacto de família, inalterável por vontade dos cônjuges*”. Com efeito, os casamentos realizados quando da elaboração do Código revogado baseavam-se em acordos entre as famílias dos nubentes, que estabeleciam as cláusulas desse vínculo tendo em vista seus próprios interesses sociais e patrimoniais. Muitas vezes os futuros cônjuges não eram nem mesmo consultados sobre o teor da avença. Sendo assim, não poderiam posteriormente, ao seu arbítrio, modificar o pacto realizado entre suas famílias, pois os interesses que estavam envolvidos no contrato de casamento não eram apenas os dos nubentes.

Contudo, ante a evolução social, as convenções antenupciais não mais podem ser consideradas como acordos entre duas famílias (chartes familiales), mas sim como o consenso entre os interesses dos nubentes, o que seguramente não justifica nesse aspecto a adoção da regra da imutabilidade.

Consoante expendido, no sistema do Código revogado a imutabilidade do regime de bens era absoluta. A única exceção legal encontrava-se no artigo 7º, § 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que a instituiu em favor do estrangeiro casado. Este dispositivo legal facultava ao estrangeiro casado optar pelo regime de comunhão parcial ao naturalizar-se brasileiro, sendo condição para tanto a devida anuência do outro cônjuge, bem como o respeito aos direitos de terceiros. Assim, poderia o estrangeiro alterar o regime no qual havia contraído núpcias, observando-se, contudo, que essa alteração só poderia ocorrer com a adoção do regime de comunhão parcial, ou seja, do regime legal instituído na legislação pátria, não se abrindo ao naturalizado a possibilidade de optar por qualquer regime legal que desejasse. De igual modo, se o estrangeiro já era casado no regime de comunhão parcial não tinha a possibilidade de alteração, posto que já incluso no regime legal.

No caso da jurisprudência pátria houve um abrandamento no referido princípio da imutabilidade, relativamente a questões específicas dos regimes de bens, mas que de qualquer forma inseriram no âmbito jurídico a possibilidade de alteração do estatuto patrimonial, e abriram a discussão acerca da adoção da imutabilidade absoluta consagrada no estatuto civil.

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. Volume IV, São

Assim, a jurisprudência vinha admitindo a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum dos cônjuges, mesmo que o regime de bens adotado pelo casal no ato da celebração do casamento fosse o da separação legal, evitando-se com isso a possível ocorrência de enriquecimento indevido por parte de um dos cônjuges. Com isso, haveria uma verdadeira transformação do regime legal ou obrigatório da separação em regime de comunhão de bens adquiridos na constância do casamento, o que se consolidou no enunciado 377 do Supremo Tribunal Federal, definindo-se que *“No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”*.

De outro lado, também o Supremo Tribunal Federal decidiu que não há ofensa ao princípio da imutabilidade quando presente na convenção antenupcial a possibilidade de alteração do regime de separação para o de comunhão, no caso de superveniência de filhos. Destarte, nesse caso os próprios cônjuges previram a necessidade de mudança do estatuto patrimonial de bens ocasionada pela ocorrência de prole, em benefício desta e da própria família, cláusula que foi considerada válida ante o princípio da imutabilidade previsto no Código Civil de 1916.

Assim, verifica-se que a imutabilidade do estatuto patrimonial de bens prevista no Código só poderia ser afastada em casos excepcionalíssimos, o que veio a modificar-se com a entrada em vigor do novo Código Civil.

2. DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O projeto do novo Código Civil passou 26 anos em tramitação no Legislativo. Após longos anos de debates, foi publicada a Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que trouxe ao cenário jurídico o novo estatuto civil. Alguns pensadores, juristas e operadores do Direito manifestaram-se no sentido de que o Novo Código "já nasceu velho". Defendem que o seu texto encontra-se defasado, tendo em vista que certos temas de relevância não foram abordados, como a clonagem, inseminação artificial ou a união entre pessoas do mesmo sexo, entre outros.

Contudo, não há que se olvidar o fato de que o novo texto modifica itens importantes do código anterior, aprovado em 1916, quando se verificava a existência em nossa sociedade de uma economia agrícola e uma base familiar patriarcal. Dentre as diversas mudanças ocorridas, as mais significativas podem ser notadas no âmbito da família, uma vez que o novo texto sofre o influxo do texto constitucional de 1988, que institui uma nova ordem jurídica.

No escólio de Maria Rita de Holanda Silva Oliveira⁷ essa nova ordem jurídico constitucional é voltada para *"a realização dos valores da pessoa humana como titular de interesses existenciais, para além dos meramente patrimoniais"*. Ao lado da ampla abordagem constitucional do direito civil na Carta Magna de 1988, que interferiu em várias matérias do âmbito do Direito de Família, como as relações de parentesco, casamento e filiação, vale consignar que a nova codificação civil busca incorporar a maioria das mudanças sociais havidas no decorrer destes mais de oitenta anos.

De fato, as normas de direito civil passam a ser interpretadas segundo as disposições constitucionais, privilegiando especialmente a dignidade da pessoa humana, o que, a par da constitucionalização do direito privado traz também uma certa despatrimonialização do direito civil. Primeiramente há que se salientar a profunda alteração do próprio conceito de família, encampada pela Constituição de 1988 e posteriormente regulada pelas leis civis. Destaca-se o disposto no § 3º do art. 226 da Constituição Federal, que reconhece a

⁷ OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. **Direito Civil Constitucional**, in Reflexos da constitucionalização nas relações de família. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, pág. 287.

união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, determinando que seja facilitada a sua conversão em casamento, com a posterior regulamentação feita por intermédio das Leis nº 8.971, de 29/12/94 e nº 9.278, de 10/05/96. A regulação infraconstitucional do §3º do art. 226 da Magna Carta foi também prevista no novo estatuto civil. Destarte, a aludida previsão constitucional e sua posterior regulamentação estendem o conceito de família à união estável, protegendo-a sob o manto legal.

Já dentre as inovações do Código de 2002 vale destacar, por seu significado, a positivação na esfera infraconstitucional do princípio da igualdade entre homens e mulheres, já previsto na Constituição da República de 1988. Destarte, determina a nova lei civil a igualdade dos direitos e deveres do homem e da mulher no comando da sociedade conjugal, desaparecendo assim a figura do homem como o chefe da família. No mesmo diapasão proclama-se o surgimento do "poder familiar", que indica a ação simultânea e igual dos pais na criação, educação, guarda, representação e assistência dos filhos.

Outras modificações importantes no Direito de Família revelam-se na não-discriminação entre filhos, com a eliminação da idéia de família legítima e ilegítima, e na supressão da distinção entre filhos naturais e adotivos. Obviamente a nova sistemática adequou-se ao que já vinha previsto constitucionalmente e na legislação esparsa, mas não há que se olvidar a importância das novas previsões legais, considerando-se que o Código Civil é o principal corpo legislativo no que concerne à regulação da vida privada do cidadão.

Um outro avanço, na esteira da igualdade entre cônjuges, é a possibilidade do marido incorporar ao seu nome, se assim desejar, o sobrenome da esposa, fato que a jurisprudência de alguns tribunais já vinham admitindo. O novo Código Civil introduz, ainda, um novo regime de bens quando do casamento, denominado participação final nos aqüestos, que permite que cada um dos cônjuges tenha patrimônio próprio, podendo administrá-lo livremente, cabendo-lhes o direito à metade dos bens adquiridos pelo casal durante o matrimônio, quando da dissolução da sociedade conjugal.

E finalmente, em tema de regime de bens, o novo Código inova ao substituir o princípio da imutabilidade absoluta pelo da mutabilidade motivada

do estatuto patrimonial do casal, o que traz a lume várias discussões acerca da aplicabilidade do instituto e da definição de suas características.

No entendimento de Carlos Roberto Gonçalves⁸ é preciso destacar que:

“a nalterabilidade continua sendo a regra e a mutabilidade a exceção, pois esta somente pode ser obtida em casos especiais, mediante sentença judicial, depois de demonstrados e comprovados, em procedimento de jurisdição voluntária, a procedência da pretensão bilateralmente manifestada e o respeito a direitos de terceiros”.

De fato, de uma certa forma, a irrevogabilidade do regime é mantida no Código Civil, posto que sua alteração dependerá de pronunciamento judicial favorável, obtido após o preenchimento dos requisitos estabelecidos em lei e avaliação do magistrado.

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Ob. cit., pág. 385.

3. MUTABILIDADE DO REGIME DE BENS

Consoante já expandido o estatuto patrimonial dos cônjuges, mais conhecido como regime de bens, pode ser entendido como o conjunto de regras que visa a disciplinar as relações patrimoniais entre marido e mulher na constância da sociedade conjugal, relativas à propriedade, disponibilidade, administração e ao gozo de seus bens, bem como as relações patrimoniais que se estabelecem quando da dissolução da sociedade conjugal.

Mesmo quando em vigor o Código Civil de 1916, e, portanto, o princípio da irrevogabilidade do regime de bens, já levantava a doutrina brasileira a questão da mutabilidade do estatuto patrimonial, em consonância com os diplomas legais estrangeiros. Com efeito, inúmeras legislações, em conformidade com o avanço social, admitem a modificação do regime de bens. Na Alemanha e Suíça, a alteração se dá por acordo de vontade das partes, e na França verifica-se em virtude de sentença judicial, quando a má administração dos negócios da família por um dos cônjuges ameaça constituir perigo para o patrimônio conjugal.

Na Bélgica, Itália, Holanda e Espanha, a imutabilidade do regime de bens foi substituída pela possibilidade de alteração do regime após o casamento, embora a mudança só possa ser feita mediante controle. Na América Latina, decidem pela possibilidade de alteração os Códigos Civis do Peru e do Paraguai, desde 1984 e 1985, respectivamente. Encontra-se ainda a possibilidade de alteração do estatuto patrimonial nas legislações da Áustria e Suécia.

Um dos juristas que primeiro se posicionaram a favor da mutabilidade foi o professor Orlando Gomes, que questionava as razões que levaram o legislador de 1916 a traçar a regra da imutabilidade do regime de bens, e, principalmente, se essas razões ainda sobreviviam a ponto de justificar a manutenção da regra.

Com efeito, no anteprojeto de Código elaborado por ele, adotou-se a tese da mutabilidade a qualquer tempo, contudo essa alteração de regime não

ficaria ao arbítrio dos cônjuges, sendo necessária para tanto uma decisão judicial. Como coloca o próprio jurista⁹:

“Tão inconveniente é a mutabilidade absoluta, como a variabilidade incondicionada. Inadmissível seria a permissão para modificar o regime de bens pelo simples acordo de vontades dos interessados. O Anteprojeto aceita uma solução eqüidistante dos extremos, ao permitir a modificação do regime matrimonial a requerimento dos cônjuges, havendo decisão judicial que o defira, o que implica a necessidade de justificar a pretensão e retira do arbítrio dos cônjuges a mudança”.

De fato, a possibilidade da alteração do regime deve obedecer a certos pressupostos fixados pela legislação e avaliados pelo Judiciário no momento da sentença que defere o pedido dos cônjuges. A tese da mutabilidade do regime não esposa a idéia de que a alteração se faça livremente, sem nenhum critério ou limitações. Ao contrário, a alteração do estatuto patrimonial dos cônjuges deve ser controlada, fiscalizada, dependendo de homologação judicial, resguardados os interesses de ambos os consortes e as legítimas expectativas de terceiros que tenham interesse na questão.

Vale consignar que o princípio da autonomia da vontade se manifesta *quantum satis* quando da escolha do regime de bens pelos nubentes. A autonomia privada seria de certa forma um poder que é reconhecido ao indivíduo, dentro do complexo das relações existenciais entre os homens, através do qual os particulares são livres para a escolha e realização de negócios jurídicos, desde que tais negócios jurídicos se sujeitem a razoáveis limitações impostas pelo poder estatal.

Assim, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador, os nubentes têm total liberdade para definir as disposições relativas ao patrimônio do casal antes da celebração das núpcias, podendo inclusive combinar disposições próprias de cada regime e formar um pacto antenupcial que atenda às suas especificidades.

Destarte, como acentua Joaquim José de Barros Dias¹⁰:

⁹ GOMES, Orlando. **Memória justificativa do anteprojeto de reforma do Código Civil.**

“... a autonomia privada deve hoje ser avaliada como um instrumento de atuação e tutela de interesses particulares dentro de certas restrições que são impostas pelo Estado em benefício de um propósito maior, qual seja, o bem-estar coletivo e a realização de um sentimento de justiça social.”

Contudo, essa liberdade de convenção era abruptamente extinta com a celebração do casamento, instituindo-se a partir de então a irrevogabilidade do regime de bens, sendo impossível aos cônjuges modificá-lo quando e se fosse conveniente ao casamento, respeitados, claro, os direitos de terceiros.

Assim, verificava-se uma ampla liberdade antes da celebração do casamento, e uma proibição peremptória na fase seguinte, o que não se considerava razoável em nome tão somente da segurança de terceiros ou dos próprios cônjuges.

Não há dúvida de que a adoção da imutabilidade representava uma restrição à liberdade dos consortes, já que subtraía a oportunidade de modificar o regime de bens em face da ocorrência de situações que justificassem essa nova postura.

Destarte, a imutabilidade de regime interferia na liberdade que possuíam os cônjuges na direção da família, relativa à proposição de alterações no estatuto patrimonial mais compatíveis com os seus interesses, o que, ressalte-se, não se verifica nas modernas legislações.

Ademais, é conveniente ressaltar que com a possibilidade de alteração do regime de bens, na hipótese de ocorrer mudanças que impliquem em prejuízo a terceiros, não estarão estes desprotegidos face à opção do casal, podendo promover medidas cautelares assecuratórias de seus direitos, especialmente quando a alteração resultar em fraude contra credores.

Assim, havendo motivação suficiente para a mutabilidade do estatuto patrimonial e inexistindo prejuízo a terceiros, não há porque se desconsiderar tal pedido, uma vez que o mesmo representa a concretização na esfera matrimonial do princípio da autonomia privada, que antes da celebração do

Departamento de Imprensa Nacional, 1963, pág. 57.

¹⁰ DIAS, Joaquim José de Barros. **Direito Civil Constitucional**, in idem. Caderno 3, coordenador Renan Lotufo. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, pág. 17.

casamento pelos cônjuges informa amplamente a opção pelo estatuto patrimonial.

Também neste diapasão a posição de J. M de Carvalho Santos¹¹, ao defender a possibilidade de alteração do regime de bens havendo interesse dos cônjuges e ressaltando-se o direito de terceiros, sem a necessidade de acolher-se de maneira inflexível o princípio da imutabilidade consagrado na legislação civil. De fato, ao tratar da questão, muito antes da mutabilidade ser admitida em nossa legislação, o autor já pontificava que:

“não se justifica em boa doutrina a irrevogabilidade do regime dos bens entre os cônjuges. Nem o próprio interesse dos cônjuges justifica semelhante solução. Pois não raras vezes com a prática e experiência, verifica-se que existe conveniência em se adotar regime diverso do estipulado para melhor garantia dos interesses dos cônjuges, e os interesses destes ficarão prejudicados, pois não será possível mudar-se o regime dos bens, ainda que para melhor servir aos próprios interesses dos cônjuges”.

O referido autor sempre defendeu uma idéia contrária ao instituto da irrevogabilidade do regime de bens, ao proclamar que:

“se essa é a verdade (da imutabilidade), não menos verdade é que se deve entender em termos o princípio da imutabilidade do regime matrimonial de bens, não se lhe emprestando um sentido exagerado. De sorte que se possa conciliar tal princípio com direito dos cônjuges de disporem livremente de seu patrimônio, de se utilizarem bem ou mal do regime que adotaram e introduziram no seu patrimônio as modificações e transformações que esse regime autorizou”.¹²

Outro argumento colocado a favor da mutabilidade consignava a possibilidade de que os cônjuges, desejando a alteração mesmo contra a letra da lei, optassem pelo divórcio e depois se casassem novamente, sob regime

¹¹ SANTOS, J. M. de Carvalho. Ob. cit., pág. 316.

diverso, burlando com isso a tão resguardada segurança jurídica. Melhor seria, segundo este entendimento, que aos cônjuges fosse dado optar pela alteração do regime diante do Judiciário, que zelaria para que todas as medidas de segurança e preservação de direitos de terceiros fossem adotadas.

Assim, os cônjuges precisariam justificar a sua pretensão, verificando o juiz da plausibilidade do seu deferimento e preservando a segurança de terceiros, mormente credores, a fim de que não fossem prejudicados no exercício de seus direitos, ressalvando em qualquer caso essa hipótese, com ampla publicidade da sentença a ser transcrita no registro próprio.

Quanto à aludida proteção dos cônjuges, a fim de evitarem-se influências prejudiciais de um sobre o outro, Rolf Madaleno¹³ destaca que:

“Considerando a igualdade dos cônjuges e dos sexos, consagrada pela Carta Política de 1988, soaria sobremaneira herege aduzir que em plena era de globalização, com absoluta identidade de capacidade e de compreensão dos casais, ainda pudesse um dos consortes apenas por seu gênero sexual, ser considerado mais frágil, mais ingênuo e com menor tirocínio mental do que o seu parceiro conjugal. Sob esse prisma, desacolhe a moderna doutrina a defesa intransigente da imutabilidade do regime de bens, pois homem e mulher devem gozar da livre autonomia de vontade para decidirem refletir acerca da mudança incidental do seu regime patrimonial de bens, sem que o legislador possa seguir presumindo que um deles possa abusar da fraqueza do outro.”

Na mesma esteira, o entendimento de Débora Gozzo¹⁴ ao considerar que:

“A maioria dos nubentes se sente constrangida para discutir questões de cunho patrimonial antes do casamento, entendendo que essa natural

¹² SANTOS, J. M. de Carvalho. Ob. cit., pág. 309.

¹³ MADALENO, Rolf. **Regime de Bens entre os Cônjuges** IN PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira; DIAS, Maria Berenice. **Direito de Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2001.

¹⁴ GOZZO, Débora. **Pacto Antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992, pág. 126 e 127.

inibição inicial poderia levar a escolhas erradas quanto ao regime, além de instalar um clima mais propício para os casamentos por interesse. Seria certo então deduzir que com o passar do tempo, quanto mais sedimentado o relacionamento conjugal, quanto maior a intimidade dos cônjuges, quanto mais fortalecidos os seus vínculos familiares e as suas certezas afetivas, mais autorizada estaria a modificação de seu regime patrimonial no curso do casamento, facilitando a correção dos rumos escolhidos quando ainda eram pessoas jovens e inexperientes”.

Nessa linha de raciocínio a revogação do princípio da imutabilidade do regime de bens é consequência direta da evolução dos tempos. Com a igualdade dos cônjuges e sem discriminação de sexo, o efeito é inevitável. Não se pode conceber hodiernamente a existência de fragilidade, ingenuidade e imaturidade entre os cônjuges. Ambos gozam de livre autonomia de vontade para decidirem o que é certo ou errado, se devem ou não pleitear a alteração do regime patrimonial de bens, e a maneira de proceder-se a essa alteração.

Nos tempos atuais, não há mais que se falar em ingenuidade, fragilidade, paixão cega, sexo superior ou inferior entre os cônjuges. De fato, a conquista alcançada com a Constituição Federal não é meramente abstrata, consignada apenas no papel, mas deve verificar-se na prática em homenagem aos princípios consagrados pela Lei Maior. A igualdade entre os cônjuges é um deles, grande luta e grande conquista.

Destarte, com a adoção da mutabilidade do regime de bens o legislador pátrio seguiu a linha do aplicável ao caso nas legislações mais recentes, optando pela homenagem à autonomia de vontade dos cônjuges, no que diz com o ajuste dos efeitos patrimoniais do casamento. Importa considerar que na realidade, o legislador, embora preocupado em ampliar a liberdade dos cônjuges, não permitiu que a mudança do regime fosse realizada de forma indiscriminada, mas, ao contrário, procurou manter o princípio da segurança. Nesse particular, o legislador remeteu ao judiciário o poder de autorizar o pedido de mudança do regime de bens, de forma a impedir a ocorrência de abusos que possam colocar em risco a integridade econômica da sociedade familiar ou de terceiros que com ela se relacionam.

De fato, quanto à proteção de interesses de terceiros, os professores paranaenses José Lamartine Corrêa e Francisco José Ferreira Muniz¹⁵, consideram que:

“Importa salientar, todavia, que não é necessário estabelecer inalterabilidade das convenções antenupciais para assegurar a proteção dos interesses de terceiros. A adoção de um adequado sistema de publicidade das convenções antenupciais e de suas modificações durante o casamento, que permitia aos interessados conhecer o respectivo conteúdo, atende às exigências de proteção de terceiros”.

Contudo, alguns autores permanecem fiéis à idéia da imutabilidade, como por exemplo, o professor Silvio Rodrigues¹⁶, no entendimento de que a possibilidade de alteração colocaria os bens do casal em um estado de incerteza incompatível com a estabilidade exigida pela ordem pública. Com efeito, assinala o ilustre professor que *“a despeito da excelência da justificativa [para a mutabilidade], parecia-me inconveniente abandonar a solução tradicional do direito brasileiro, que sempre entendeu irrevogável o regime de bens”.*

Nessa mesma linha de entendimento Inácio de Carvalho Neto e Érika Harumi Fugie¹⁷ prelecionam que:

“Permite a lei agora a alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros. Trata-se de disposição extremamente perigosa, que pode dar margem a uma série de conflitos. Não será incomum a pressão de um dos cônjuges sobre o outro para alteração do regime na constância do casamento, o que poderá ser questionado após a dissolução da sociedade conjugal. Ademais, pode haver fraude contra credores e

¹⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de, e MUNIZ, Francisco José Ferreira. Ob. cit., pág. 363.

¹⁶ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil - Direito de Família**, vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 128.

¹⁷ CARVALHO NETO, Inácio de; FUGIE, Érika Harumi. **In: Código Civil Novo Comparado e Comentado. Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2002, v. VI, pág. 176.

mesmo contra eventual filho havido fora do matrimônio por um dos cônjuges (notadamente o marido). Melhor seria que o legislador mantivesse o regime da inalterabilidade do regime do sistema passado”.

Contudo, mesmo ante as posições contrárias, houve por bem o legislador homenagear o princípio da autonomia da vontade, proclamando assim uma liberdade ampla na construção e modificação do acervo de bens patrimoniais que integram a sociedade conjugal, semelhante àquela que o casal possui nas decisões relativas à formação da prole familiar.

De fato, a autonomia privada passa a se manifestar desde o momento anterior ao matrimônio, em que os futuros cônjuges escolhem, regra geral livremente, o regime de bens que adotarão ao casar, em atenção ao princípio da livre estipulação nos termos do art. 1.639, "caput", do Código Civil.

Na mesma linha de raciocínio, verifica-se novamente a homenagem ao princípio da autonomia da vontade, criando-se a possibilidade de modificação do estatuto patrimonial pelos cônjuges, ante as circunstâncias que se verificarem no curso do vínculo conjugal. Destarte, as situações de fato que ocorrem durante o curso matrimonial podem justificar a mudança pretendida.

Nos termos do § 1º do artigo 1.639 do novo Código, o regime de bens optado pelos cônjuges vigora desde a data do casamento, sendo escolhido pelos mesmos já no processo de habilitação matrimonial.

Para tanto, há necessidade que o regime escolhido seja objeto de registro público, consoante o disposto no artigo 70, "7", da Lei n.º 6.015, de 31.12.1973, servindo tal registro para o fim de os interesses dos cônjuges ser oponível perante terceiros, diante da modificação do seu estado de fato e conseqüências advindas desta nova situação.

Serve também tal registro para que terceiros possam defender seus interesses diante da nova situação de fato e de direito ocorrida, pois, com o casamento, dependendo do regime de bens que os cônjuges venham a se casar, a falta de autorização de um deles pode acarretar a anulabilidade do ato praticado pelo cônjuge a quem cabia a concessão, ou por seus herdeiros, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal, nos termos dos artigos 1.649 e 1.650, do Código Civil.

4. REQUISITOS PARA ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS

O artigo 1.639 do novo Código Civil, em seu § 2º, dispõe ser *“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”*.

Para a mudança do regime de bens há necessidade de ingresso do pedido via judicial. Destarte, não é possível que essa alteração seja feita administrativamente, através do Cartório de Registro Civil onde se casaram os interessados na modificação. Contra a necessidade de o pedido ser realizado na esfera judicial se posiciona Érica Verícia de Oliveira Canuto¹⁸, ao considerar que são muitos os requisitos exigidos para a mudança, incluindo-se aí a apreciação judicial. Com efeito, ressalta a autora que:

“Entende-se deveria tal alteração de regime ser realizada extrajudicialmente (de lege ferenda), como ocorre na escolha inicial pelos nubentes por ocasião da habilitação para casamento, que agora se exige seja homologada pelo Judiciário. O pedido de alteração poderia ser processado mediante procedimento extrajudicial, por meio de escritura pública, tal qual ocorre quando do pacto antenupcial, no juízo competente para conhecer dos registros públicos, sendo tão-somente homologado pelo juiz, que determinaria sua averbação no livro competente, garantindo-se a eficácia de todos os atos e obrigações assumidas anteriormente por um ou ambos os cônjuges (ressalva de direitos de terceiros)”.

Contudo, a grande maioria da doutrina se posiciona a favor de que a medida deve ser autorizada judicialmente, em atenção ao princípio da segurança jurídica. Tal proposição tem por escopo a análise mais detalhada do pedido, para verificar-se se não há lesão a interesses de terceiros, como da

¹⁸ CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. **Regime de Bens: Mutabilidade do Regime Patrimonial de Bens no Casamento e na União Estável – Conflito de Norma**. Revista Brasileira de Direito de Família, vol. 22, fev/mar 2004, pág. 153.

prole do casal ou de eventuais credores, ou dos próprios cônjuges, o que só é possível com o exercício da jurisdição estatal.

Entende-se nesta linha de raciocínio recomendável a realização de audiência para fins de ratificação do pedido, ocasião em que o magistrado terá a oportunidade de, em contato direto com as partes, melhor aferir as verdadeiras razões do pedido, esclarecendo o casal sobre as conseqüências de sua nova opção.

Este pedido judicial de modificação do regime de bens deverá ser proposto por advogado, profissional habilitado nos termos do artigo 36 do Código de Processo Civil. A procuração conferida ao advogado deve conter poderes especiais, pois o pedido não comporta a simples procuração geral para o foro.

Contudo, não define a legislação um prazo mínimo de vínculo matrimonial para a proposição do pedido de mutabilidade do regime de bens perante o Judiciário. Destarte, o dispositivo permissivo não impõe aos cônjuges qualquer lapso temporal. Nesse diapasão se manifesta Leônidas Filippone Farrula Júnior¹⁹, ao consignar que *"A ausência de tal requisito traz um inconveniente, qual seja, a de que requerimentos sejam feitos precipitadamente, sem que se tenha exigido amadurecimento maior do casal para determinar o que lhe seja melhor"*.

Além de ser o pedido realizado na esfera judicial, deve também ser motivado e proposto por ambos os cônjuges. Destarte, é necessário o interesse de ambos os cônjuges para a propositura do pedido, o que se deduz da análise do seguinte trecho do artigo 1.639 do Código Civil de 2002, em seu § 2º: *"... pedido motivado de ambos os cônjuges"*. De fato, tal previsão nos leva à conclusão de que não há jurisdição contenciosa no que concerne ao pedido de mutabilidade de bens, apesar da posição de alguns doutrinadores em contrário. Assim, se apenas um dos cônjuges deseja a mudança, não lhe é permitido o ingresso em Juízo requerendo a citação de seu consorte, posto que a base fundamental do pedido é o consenso entre o casal acerca da mutabilidade. A

¹⁹ FARRULA JÚNIOR, Leônidas Filippone. **Do Regime de Bens entre os Cônjuges**. IN LEITE, Heloísa Maria Daltro. **O Novo Código Civil: livro IV do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, pág. 316.

falta ou recusa de um dos cônjuges em dar a anuência impede o deferimento do pedido, não podendo ser suprida judicialmente.

Cabe ainda considerar que esta legitimidade é exclusiva, como se deduz do comando legal, posto que se refere “aos cônjuges”. Desta forma é vedada aos demais a propositura da demanda, tratem-se de filhos, herdeiros, credores ou terceiros interessados, sejam quais forem as razões aduzidas.

Quanto à motivação do pedido, cabe esclarecer o que leva o casal a desejar a mudança do regime de bens anteriormente escolhido. Como ressalta Diego Richard Ronconi²⁰ “As causas para o pedido de modificação do pedido não podem ser “em tese”, ou para situações hipotéticas, mas situações ocorrentes de fato”.

Contudo, a lei não dispõe qual ou quais devem ser esses motivos, o que em parte gera maior poder de decisão por parte dos cônjuges, mas por outro lado também gera grande subjetivismo de interpretação por parte do Judiciário, que deverá analisar o pedido. Entende-se que devam ser razões relevantes a justificarem o pedido, ou seja, que haja real proveito para o casal com a alteração do estatuto patrimonial.

Ao tratar da motivação para a modificação do regime de bens Clayton Reis²¹ defende a questão da relevância do mesmo. Destarte, assim se manifesta o autor quanto ao motivo:

“É preciso que ele seja relevante, porque a mera mudança para atender conveniências quaisquer das partes não é causa que justifique a alteração. O magistrado haverá que apreciar os casos concretos, observando com acuidade as circunstâncias apresentadas pelas partes, para aferir se elas justificam adequadamente a mudança pretendida”.

Com a apresentação da motivação para a alteração, deverá o magistrado apurar a procedência das razões invocadas, verificando se os fundamentos argüidos justificam a conversão do regime pretendido.

²⁰ RONCONI, Diego Richard. **Algumas aplicações da mudança do regime de bens do casamento**. Disponível em <http://www1.jus.com.br>, acesso em 04/04/2005.

²¹ REIS, Clayton. Ob. cit., pág. 14.

Fundamental na avaliação desse aspecto é a observação dos requisitos de probidade e boa-fé por parte dos cônjuges. Explica-se tal assertiva pelo fato de que, além de salvaguardar os interesses de terceiros, o magistrado deverá atentar para o princípio da boa-fé – amplamente prestigiado no Código Civil de 2002, especialmente nas relações contratuais, em face do contido no artigo 422.

Por outro lado, em sentido contrário à análise dos motivos e razões ensejadores da alteração se posiciona Érica Verícia de Oliveira Canuto²². Para a professora e promotora de justiça, esta motivação *“é questão de foro íntimo, privado, que diz respeito às questões subjetivas da vida daquela família. Embora interpretando de modo diverso de tantos que têm doutrinado a respeito, considero incabível, impertinente, inconstitucional e, ainda, ilegal a intromissão do estado”*.

Segundo esse posicionamento os cônjuges não poderiam ser obrigados a expor sua intimidade e privacidade, já que no momento da celebração do casamento ninguém pergunta aos nubentes por quais motivos o casal escolheu este ou aquele regime de bens. Tampouco se exige do casal conseqüente comprovação dos motivos que levaram à opção por determinado regime, o que não justificaria essa intromissão na vida familiar quando do pedido de alteração.

Contudo, a grande parte da doutrina se posiciona a favor da avaliação dos motivos que levaram ao pedido de alteração, consoante o determinado na legislação. Destarte, apenas com a propositura e análise dos casos concretos será possível estabelecerem-se parâmetros jurisprudenciais e doutrinários que auxiliem o magistrado na sua decisão.

A mutabilidade será concedida, conforme já mencionado, mediante autorização judicial. Com a análise do feito, certificando-se da veracidade e correção da motivação invocada, o magistrado proferirá sentença, homologando o pedido. Entretanto, pode ser que no caso concreto o juiz não verifique a plausibilidade das razões invocadas pelas partes, o que poderá levar à improcedência do pedido.

²² CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. Ob. cit., pág. 154.

Com efeito, na análise do caso concreto cabe ao juiz avaliar o pedido como em qualquer outro feito judicial, não bastando a mera vontade dos cônjuges para alcançar seu pedido. A mutabilidade de bens apresenta reflexos dentro e fora do vínculo conjugal, de modo que a autorização para a mudança do regime de bens poderá ser negada, caso se verifiquem influências nocivas de um dos cônjuges sobre o outro, bem como caso hajam acordos entre eles no sentido de alterar o regime de bens, com vistas a interesses escusos. Nessas hipóteses o pedido poderá ser negado, cabendo o recurso de apelação por parte dos interessados.

Nessa linha de entendimento, considera-se necessária a verificação, para a autorização do pedido, de todo o patrimônio envolvido, exigindo para tanto as declarações de renda dos cônjuges, certidões do Registro de Títulos e Documentos do domicílio dos cônjuges, certidões negativas de débitos emitidas pelos poderes Federal, Estadual e Municipal, certidões do Registro de Imóveis, dívidas, se participam societariamente de alguma pessoa jurídica, se têm filhos comuns ou de outros relacionamentos, além de proceder à citação editalícia de eventuais terceiros interessados, a fim de que se avaliem corretamente as questões patrimoniais envolvidas na medida. Na hipótese de os interessados não instruírem o pedido com tais documentos, observa-se que cumpre ao Ministério Público, ou ao juiz, de ofício, requerer a sua juntada aos autos.

Esse o escólio de Washington de Barros Monteiro²³ ao consignar que:

“a proteção de terceiros deve ser ressalvada na decisão judicial, com todas as cautelas, dentre as quais a apresentação em juízo de certidões negativas de ações judiciais e protestos e a devida publicidade do procedimento judicial respectivo, com publicação de editais, além dos registros próprios da sentença homologatória, dentre os quais o Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges (Cód. Civil de 2002, art. 1657)”.

Caberá, portanto, conforme expendido, resguardar os direitos de terceiros que possam ser atingidos pelo pronunciamento judicial. A modificação

²³ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 37 ed., v.2, pág.187.

do regime de bens na vigência da sociedade conjugal é instrumento de interesse dos cônjuges, mas não pode ser utilizada para fins escusos, a fim de prejudicar credores, herdeiros, enfim, qualquer pessoa alheia ao vínculo conjugal.

Entende-se que possíveis credores da sociedade familiar poderão impugnar a pretensão dos autores, caso restar demonstrado que a mudança lhes acarretará inevitável gravame. No seu poder de arbítrio, o magistrado poderá determinar que os consortes em primeiro lugar satisfaçam a exigibilidade de credores se ficar configurado que a alteração do regime poderá acarretar qualquer possível prejuízo aos mesmos.

Com efeito, a idéia principal da imutabilidade do regime de bens no Código de 1916 era justamente a de segurança, sendo um de seus pilares a proteção de terceiros contra um possível conluio dos cônjuges para prejudicar direitos alheios, ao lado da proteção aos próprios cônjuges submetidos à perenidade do regime. Nesse diapasão cabe considerar a manifestação de parte da doutrina nacional, para a qual a submissão do pedido à esfera judicial não garante por si só a preservação dos interesses de terceiros.

No ensinamento de Leônidas Filippone Farrula Júnior²⁴, “... estando os cônjuges em conluio, por mais precauções que venha adotar o Magistrado, é possível que prejuízos sejam causados a terceiros. Ou aqueles mesmos podem, em especial no que toca ao aspecto jurídico e à valorização social, serem os prejudicados.” Contudo, não descabe considerar que, apesar do esforço do legislador no estabelecimento dos mecanismos adequados, bem como o esforço dos aplicadores do direito no cotidiano da prática jurídica, verificam-se a todo momento o uso das leis e normas do ordenamento jurídico para a prática de negócios ilícitos, irregulares ou viciados na esfera econômica da sociedade. Os atos viciados podem ser atacados pelas competentes ações de nulidade e anulabilidade, de forma que a adoção da mutabilidade do regime matrimonial de bens não pode ver sua ocorrência impedida pelo simples temor de vícios que ocorrem também em outros feitos judiciais.

Importa considerar que a alteração de regime de bens é um ato jurídico e, como tal, poderá ser anulada ou declarada nula se restar comprovada a

²⁴ FARRULA JÚNIOR, Leônidas Filippone. Ob. cit., pág. 316.

ocorrência de quaisquer vícios em sua formação. No nosso sistema jurídico felizmente a má-fé não se presume e as regras jurídicas não podem ser promulgadas presumindo-se a ocorrência de má-fé por parte dos destinatários da norma. Ao revés, esta deverá sempre ser provada.

Resta claro que, de toda forma, a apreciação judicial levará em conta também as questões que possam levar a vícios e irregularidades. Nesta linha de entendimento importante questão vem sendo debatida na doutrina, especificamente no que concerne ao interesse dos filhos menores. Dependendo do caso concreto, tanto pode o interesse dos filhos menores constituir-se em umas das causas para a mutabilidade do regime, como desautorizar o pleito dos cônjuges, caso se revele a intenção dos mesmos prejudicial sob algum aspecto relevante. Com efeito, a doutrina da proteção integral, esposada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, requer a proteção dos superiores interesses dos infantes e adolescentes face aos interesses dos pais. Vislumbra-se com mais clareza a questão ao tratar-se de uma possível lesão aos interesses dos filhos, como se verifica no afastamento de suas legítimas, no concurso da herança dos cônjuges, consagrada no artigo 1.845 do Código Civil vigente.

Não se pode permitir a alteração do regime de bens havendo prejuízo aos interesses dos filhos, submetendo-os a desvantagens patrimoniais, o que não atende aos interesses da própria entidade familiar, considerada em seu aspecto global. É justamente para fazer face a estas hipóteses perniciosas que o legislador determinou a obrigatoriedade da apreciação judicial, com a intervenção também do membro do Ministério Público, a fim de que o instituto não seja utilizado para fins escusos.

Destarte, consoante expendido, na apreciação do feito deve estar presente também o membro do *Parquet*, apesar de opiniões controvertidas a respeito, atuando na sua função de *custos legis*, ainda que se tratem os cônjuges de pessoas que já atingiram a maioridade civil. Reputa-se necessária a intervenção do Ministério Público, sob pena de nulidade do procedimento, conforme dispõe os artigos 1.105 e 82, II, do Código de Processo Civil, considerando que se trata de causa atinente ao casamento, não obstante de conteúdo meramente patrimonial. Vale consignar que os dispositivos citados não tratam de distinção entre causas de conteúdo meramente patrimonial e

causas de estado, determinando que a intervenção se dê em atenção à natureza do instituto.

Após a opinião favorável do *Parquet*, será julgado o pedido, autorizando-se (*rectius*, constituindo-se), por homologação ou por sentença, nova relação jurídica patrimonial entre os cônjuges.

A seguir, será expedida carta de sentença ao Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais onde será averbada a modificação do regime, à margem do registro de casamento, nos termos do artigo 167, inciso I, 12 da Lei 6.015/73, uma vez que a modificação do regime de bens somente surtirá efeitos perante terceiros a partir do instante da averbação da sentença, com indicação minuciosa da mesma no livro de casamento, nos termos do artigo 100, § 1º, da Lei de Registros Públicos. Quando houver disposição de mutabilidade que atinja também bens do casal, além da averbação no assento de casamento, é necessária a averbação também no registro do Ofício de Imóveis do domicílio dos cônjuges, conforme determina o artigo 1.657 do novo Código, somente passando a produzir tais efeitos perante terceiros a partir da data desse assento.

É importante considerar que o alcance da alteração deve constar de modo expresso na sentença, declarando-se especialmente se os seus efeitos atingem os bens adquiridos anteriormente ou se prevalece, quanto a estes, o regime inicialmente adotado.

De igual modo há necessidade de averbação da mudança do regime matrimonial de bens no Registro Público de Empresas Mercantis, caso um dos cônjuges seja empresário, conforme o artigo 980, do Código Civil, a fim de que tal sentença possa ser oposta a terceiros.

Não há necessidade de outras providências, conforme esclarece o Desembargador Luis Felipe Brasil Santos²⁵, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Deferida a alteração por sentença, isso basta para todos os fins, não sendo necessário lavrar escritura pública posterior, o que se

²⁵ SANTOS, Luis Felipe Brasil. **A mutabilidade dos regimes de bens**. Disponível em <http://www.intelligentiajuridica.com.br>, acesso em 11/07/2005.

caracterizaria como absurda superfetação, tendo em vista que a petição onde for postulada a modificação do regime de bens deverá conter todas as cláusulas do novo ajuste patrimonial, não sendo demais lembrar que o processo judicial, em sentido amplo, constitui um escrito público”.

Surge ainda questão pertinente ao se perquirir se poderá o regime de bens ser modificado mais de uma vez. Com efeito, dessume-se que não o impede nem o texto do novo Código Civil, nem a natureza da sentença, eis que proferida em procedimento de jurisdição voluntária. Com fundamento no exposto considera-se possível a modificação do regime de bens mais de uma vez, considerando-se sempre na análise do caso a motivação dos cônjuges e a proteção de terceiros.

Incumbe consignar ainda que, em princípio, não será possível a modificação do regime de bens daqueles casais que celebraram o matrimônio nas circunstâncias do artigo 1.641, incisos I, II e III do Código Civil de 2002. Assim, as pessoas que contraíram o matrimônio com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento, as pessoas maiores de 60 anos e todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial, estarão sujeitos ao regime obrigatório da separação de bens, de acordo com a exigência legal, e não poderão obter judicialmente a alteração do estatuto patrimonial.

Conforme determina o art. 1.523 do Código Civil, há determinadas situações nas quais a lei visa a impedir que a celebração do casamento se verifique, mas não tem a força de invalidá-lo. No entanto, a lei impõe certas sanções de ordem econômica, tornando obrigatório o regime de separação de bens para aqueles que se casarem com infração às causas suspensivas. Há, entretanto, previsão de não-aplicação das causas suspensivas, desde que havendo pedido formulado ao juiz nesse sentido e satisfeitas as condições explicitadas no parágrafo único do art. 1.523 do Código Civil de 2002.

Dessa forma, podem os nubentes obter a não aplicação das causas suspensivas, nos termos do parágrafo único do artigo 1.523, solicitando ao juiz que não lhes sejam aplicadas as aludidas causas previstas no *caput* do artigo, bastando para tanto a prova da inexistência de prejuízo. Nesse caso, inexistente a obrigatoriedade da submissão ao regime obrigatório de separação de bens, uma vez que insubsiste a sanção estabelecida, abrindo-se, portanto, a

possibilidade aos cônjuges de requerer ao Judiciário a alteração do estatuto patrimonial de bens vigente na sociedade conjugal.

De fato, satisfeita qualquer das condições enumeradas nas causas suspensivas, não há como obrigar, legalmente, que os cônjuges permaneçam casados sob o regime de separação legal de bens, se de outra forma entenderem por bem dispor. É, portanto, lícita a possibilidade de alteração de regime patrimonial de bens para aqueles que se casaram com infração às causas suspensivas, desde que satisfeita posteriormente a condição ali imposta.

Quanto àquelas pessoas que se casaram por força de suprimento judicial, seja de idade ou de consentimento, uma vez alcançada a idade núbil ou a maioridade civil, conforme o caso, também não há justificativa legal com o condão de impedir os cônjuges de alterar o regime de bens anteriormente determinado pela lei, uma vez que desaparecem as razões que justificaram a necessidade do suprimento judicial.

De fato, a única situação na qual a lei impõe o regime da separação obrigatória de bens, e que não pode ser modificada com o decurso do tempo ou o a satisfação de requisitos legais é a daqueles maiores de 60 anos. De fato, quanto a estes, certamente, o decurso do tempo os afasta cada vez mais do direito à liberdade de escolha.

É importante ressaltar que a partir do momento em que passou a vigorar o novo estatuto civil surgiram situações que podem necessitar da mutabilidade do regime de bens para se adaptarem à nova legislação. É por exemplo a hipótese da constituição de sociedade empresária pelos cônjuges, que atualmente só é possível em determinados regimes de bens. Isso cria a necessidade de mudança para aqueles cônjuges eventualmente colocados em posição irregular.

5. ALCANCE E RETROATIVIDADE DA MUTABILIDADE DO REGIME DE BENS

Com o advento da possibilidade da alteração do estatuto matrimonial de bens surge a dúvida acerca da aplicabilidade das alterações trazidas pelo novo diploma legal. A dificuldade do assunto é acentuada pela escassez, por enquanto, de opiniões doutrinárias e pela ausência, por muito recente a norma do novo Código Civil, de uma orientação jurisprudencial consolidada.

Destarte, discute-se se a alteração pode abranger casamentos anteriores ao novo Código Civil, se ela pode retroagir, quais os fundamentos admitidos no requerimento dos cônjuges, em que medida a modificação encontra limites nos direitos de terceiros e quais são estes terceiros, quais as regras processuais aplicáveis (licitude da intervenção de terceiros, necessidade de edital, imprescindibilidade ou não de relação de credores e de sua citação, e assim por diante).

Com efeito, é necessário estabelecer se a faculdade de modificação do regime de casamento, autorizado pelo artigo 1.639 do atual Código Civil aplica-se também aos casamentos celebrados anteriormente à vigência do atual sistema legal, ou seja, àqueles matrimônios celebrados antes de 11 de janeiro de 2003.

Cabe analisar neste ponto o que define o artigo 2.039, do mesmo diploma legal. Destarte, este dispositivo contido no Livro Complementar das Disposições Finais e Transitórias, assinala que *“O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido.”* Assim, o aludido dispositivo ressalta que ficam mantidos os regimes anteriores, o que sugere o estabelecimento de duas posições opostas: uma que entende a aplicação da faculdade da modificação do regime de bens apenas aos casamentos realizados sob a égide do Código Civil de 2002, e a outra que considera possível sua extensão aos casamentos celebrados anteriormente, sob vigência do Código revogado.

Analisemos primeiramente a posição que restringe a adoção da mutabilidade aos casamentos celebrados anteriormente à vigência do Código de 2002. Encampam essa posição juristas como a professora Maria Helena

Diniz²⁶, que admite a mutabilidade do regime de bens apenas em casos excepcionais em se tratando de casamentos celebrados anteriormente a 11 de janeiro de 2003.

Com efeito, defende a autora que só por exceção se pode admitir a alteração do regime aos casamentos celebrados sob a égide da codificação anterior, concluindo que:

"... nada obsta a que se aplique o art. 1.639, § 2º, do novo Código, excepcionalmente se o magistrado assim o entender, aplicando o art. 5º da LICC, para sanar lacuna axiológica que, provavelmente se instauraria, por gerar uma situação em que se teria a não-correspondência da norma do CC de 1916 com os valores vigentes na sociedade, acarretando injustiça".

Em outra obra de sua autoria, Maria Helena Diniz²⁷ retoma a questão entendendo pertinente a mutabilidade apenas quando o casamento for celebrado no estrangeiro, pelo regime de separação de bens, com base nas decisões jurisprudenciais ou quando o pacto antenupcial estipular que, na hipótese de superveniência de filhos, o casamento com separação se converta em casamento com comunhão, nos termos da já aludida decisão do Supremo Tribunal Federal.

Para José Russo, Professor de Direito de Família e Diretor do IBDFAM no Amazonas²⁸:

"Os casamentos realizados sob a égide do Código de 1916 já estão com suas relações patrimoniais consolidadas, pois o casal teve ciência e anuiu ao princípio básico da irrevogabilidade do regime de bens (art. 230) que escolheu. Alcançando-lhes a permissão da modificação do regime de bens, a proteção, a segurança dos nubentes e de terceiros poderá ser fragilizada pela coação ou pela má-fé, respectivamente."

²⁶ DINIZ, Maria Helena. **Comentários ao Código Civil**. Coordenação de Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva v. 22, 2003, pág. 318 e 319.

²⁷ DINIZ, Maria Helena. **Direito de Família**. Editora Saraiva, São Paulo, 2002.

²⁸ RUSSO, José. **Alguns temas para reflexão**. Disponível em <http://www.ibdfam.com.br>, acesso em 02/07/2005.

Nesse caso, estariam fora do alcance da norma a esmagadora maioria das sociedades conjugais, constituídas sob a vigência da lei civil revogada, o que, no mínimo, tornaria a permissão do artigo 1.639 inócua por um bom lapso de tempo.

Com feito, aquelas uniões celebradas anteriormente ao novo Código estariam fadadas à imutabilidade, portanto colocadas em posição de desigualdade frente aos cônjuges “agraciados” com o dispositivo permissivo, o que certamente contraria os princípios básicos do Direito pátrio. Ademais, cabe aqui uma análise hermenêutica, qual seja, a percepção de que quando o legislador não restringir direitos, não caberá ao intérprete restringi-los, sob pena de estar cerceando garantias.

Com efeito, se o legislador quisesse expressamente excluir do dispositivo permissivo de mutabilidade aqueles cônjuges que contraíram matrimônio sob a égide do Código anterior, tê-lo-ia feito por ocasião da redação do dispositivo. Não se deve vislumbrar qualquer antinomia entre a norma concessiva, do artigo 1.639, com a excepcional, do artigo 2.039 do Código Civil.

O art. 2.039 do Código Civil não é obstáculo para tal compreensão. Ele apenas impõe que o regime de bens seja regido pela lei da época da celebração do casamento; mas, evidentemente, se não alterado o regime por vontade dos cônjuges.

Enquanto não modificado o regime, a lei que regula o regime é a do Código Civil de 1916, quando a união ocorreu sob sua regência. Não se deve enxergar redação restritiva que permita conceber, portanto, qualquer impedimento. Não descabe considerar que a regra do art. 2.039 do Código Civil está situada na parte das disposições gerais e, por ser de caráter genérico, se aplica a todos os regimes de bens. Além disso, possui caráter transitório, sendo criada tão somente para regular situações jurídicas concretizadas ainda sob a égide da lei anterior, ou seja, o Código Civil de 1916. Isso acontece para que se continue estável, diferentemente de imutável, um ato jurídico.

Como a norma é de caráter transitório, visa, tão-somente, a regular os atos e o destino dos bens que compõem o patrimônio dos cônjuges anteriormente casados sob determinadas regras, ou seja, aquelas do Código Civil de 1916, que continuam em plena vigência para eles, justamente a fim de

preservar a eficácia dos atos praticados segundo a lei e reger as relações entre os cônjuges e terceiros.

Como exemplo, podemos citar o que ocorre com o art. 1.647, III, do Código Civil de 2002. Pela nova regra, o aval necessita agora de autorização do outro cônjuge, diferentemente do que ocorria na vigência do Código revogado.

Contudo, concedido o aval por apenas um dos cônjuges sem consentimento do outro na vigência do Código Civil de 1916, quando não se exigia essa formalidade, não há que se perquirir acerca de qualquer vício ou irregularidade, uma vez que esse ato está resguardado pela norma do art. 2.039, tratando-se de um ato jurídico perfeito.

A favor da possibilidade da alteração estender-se também aos casamentos celebrados sob a égide do Código revogado se posicionam autores como Sérgio Gischkow Pereira, em artigo na Revista Brasileira de Direito de Família de junho/julho 2003, volume 18, e Euclides de Oliveira in Novo Código Civil – Questões Controvertidas, Editora Método, São Paulo, 2003, que menciona o mesmo entendimento de Mário Luiz Delgado, Paulo Luiz Netto Lobo e Francisco José Cahali.

Com efeito, o artigo 2.039 deve ser interpretado de forma a manterem-se as características dos regimes de bens nos matrimônios celebrados sob a égide da codificação anterior, mas não no sentido de impedir-se uma possível alteração de regime.

Assim, mantém-se, por exemplo, a exigência da outorga uxória para a alienação de bens prevista nos arts. 235 e 242 do Código de 1916, apesar de o novo diploma dispensá-la expressamente nos regimes de separação convencional.

De fato, nessa esteira de entendimento, as disposições específicas relativas a cada regime de bens consagrado na legislação anterior se mantêm, contudo a possibilidade de alteração não se insere nessas disposições, por se tratar de uma característica do regime patrimonial do casamento e não de um regime específico.

Assim, a efetivação da prestação jurisdicional é estendida a todos àqueles que dela necessitem, independentemente da data em que contraído o

matrimônio, mormente com a avaliação de todos os aspectos do pedido e ausência de prejuízo a terceiros.

Nesse sentido a lição de Wilson de Souza Campos Batalha²⁹, ao consignar que:

"Entendemos, ao contrário, que têm efeito imediato as leis que estabelecem a mutabilidade ou a imutabilidade das convenções matrimoniais. Nenhuma razão sólida existe para diverso entendimento. Na hipótese de a lei nova estabelecer a mutabilidade do regime, não há motivo algum para inaplicar-se aos regimes em curso: se aos interessados era facultada inicialmente a eleição do regime aplicável, não se vê por que se lhes iria tolher a faculdade, que a lei nova, por hipótese, consagra, de, voluntariamente, alterarem o pacto inicial. Se ao contrário, a lei nova estabelece a imutabilidade do regime, não mais poderão ser modificados os regimes estabelecidos na vigência de lei que o permitia, por se deverem generalizar as razões que levaram o legislador a estabelecer a imutabilidade da convenção matrimonial; seria absurdo falar-se em direito adquirido à modificabilidade da convenção matrimonial."

Destarte, se na ocasião da celebração do casamento é facultado aos nubentes escolher à vontade o regime de bens, ou seja, não era de interesse ou ordem pública que assim não fosse, não haveria nenhum motivo razoável para proibir alteração posterior, se a lei deixa de considerar como de interesse ou ordem pública a imutabilidade.

Sérgio Gischkow Pereira³⁰ acrescenta outro argumento à discussão. Coloca o eminente professor que:

"É fundamental característica do Direito de Família atual o aspecto afetivo ou amoroso. As interpretações devem prestigiar e fazer

²⁹ BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito Intertemporal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, pág. 261 e 262.

³⁰ PEREIRA, Sérgio Gischkow. **O Direito de família e o Novo Código Civil: Aspectos Polêmicos ou Inovadores**. Revista Brasileira de Direito de Família nº 18, jun/jul 2003, pág. 153.

prevalecer esta característica. Ora, se um novo regime é mais consentâneo com a realidade da vida afetiva dos cônjuges, deve ser acatada a mudança do regime precedente. O plano patrimonial não deve se sobrepor ou prejudicar o plano pessoal”.

Quanto à possibilidade de retroação da alteração do regime de bens à data da celebração do casamento, cabe consignar que é inegável a repercussão enorme de tal possibilidade nos interesses dos cônjuges e terceiros, considerando-se admitida a retroação. De fato, esta mutabilidade *ex tunc*, retroativa à data do casamento, pode implicar em modificação de um estatuto patrimonial de bens instituído há mais de uma década.

Destarte, a retroação em si mesma não é considerada uma novidade no direito pátrio. Com efeito, a retroação era prevista, *verbi gratia*, no art. 7º, § 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, que, como visto, trata da situação do estrangeiro casado, que poderia optar pelo regime de comunhão parcial ao naturalizar-se brasileiro, com a devida anuência do cônjuge e o respeito aos direitos de terceiros. Essa alteração, nos termos do art. 7º da Lei nº 1.110, de 23.05.1950, produziria todos os seus efeitos jurídicos a contar do momento da celebração do casamento.

Quanto à possibilidade de retroatividade da alteração do regime de bens à data da celebração do casamento, Sérgio Gischkow Pereira³¹ em interessante artigo trata do tema. Para o autor é possível a retroação da alteração do regime de bens, respeitados os direitos de terceiros. Com efeito, ressalta a sua conclusão de que *“a alteração de regime de bens, contemplada no art. 1.639, § 2º, do Código Civil, pode ter eficácia retroativa pelo menos em relação aos cônjuges, se assim o estipularem, sempre ressalvados os direitos de terceiros, de maneira que estes só poderão ser atingidos se a mudança lhes for favorável”.*

³¹ PEREIRA, Sérgio Gischkow. **A alteração do regime de bens: Possibilidade de retroagir.** Revista Brasileira de Direito de Família nº 23, abr/mai 2004, pág. 70.

Para Paulo Luiz Netto Lôbo³² a retroatividade da mutabilidade do regime patrimonial de bens é admissível tão somente quando beneficie terceiros à sociedade conjugal. Como assevera o eminente jurista:

“A regra a ser observada é a seguinte: a mudança de regime de bens apenas valerá para o futuro, não prejudicando os atos jurídicos perfeitos; a mudança poderá alcançar os atos passados se o regime adotado (exemplo: substituição de separação convencional por comunhão parcial ou universal) beneficiar terceiro credor, pela ampliação das garantias patrimoniais”.

Assim, inexistindo benefícios a terceiros, entende-se que a alteração do regime de bens não admite a retroatividade, valendo apenas para o futuro do vínculo matrimonial. Considera, desse modo, excepcional a possibilidade de retroação.

Por outro lado, no entendimento de José Antônio Encinas Manfré³³, existe a possibilidade de retroação da mutabilidade, haja vista que a norma insculpida no § 2º do artigo 1.639 não veda esta hipótese. Aduz, porém, que para a ocorrência de tal efeito é necessário o requerimento das partes neste sentido, uma vez que cabe aos cônjuges escolher a situação que melhor atenda aos seus interesses quando da autorização judicial para a alteração do regime de bens, não se olvidando que tal retroação só será acolhida se não prejudicar interesses de terceiros. De fato, assim se expressa o autor:

“Importa ainda considerar, à falta de óbice da lei, ser possível a retroação dos efeitos dessa sentença à data da celebração do casamento, desde que, conjuntamente, os interessados requeiram nesse sentido ao juiz. Caso contrário, ou seja, inexistindo pedido expresso nessa conformidade, os efeitos contar-se-ão da data da autorização judicial”.

³² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1591 a 1693**. Coordenador Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas Editora, v. XVI, 2003, pág. 235.

³³ MANFRÉ, José Antônio Encinas. **Regime matrimonial de bens no novo Código Civil**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, pág. 48.

De fato, entende-se que o dispositivo legal não negou a possibilidade da eficácia retroativa da autorização judicial de alteração do estatuto patrimonial de bens, inclusive prevendo-a, na medida em que estabelece a ressalva aos direitos de terceiros. Com efeito, esses terceiros são aqueles que já possuíam alguma relação com o casal antes do pedido de alteração, e por isso seus direitos, já adquiridos, devem ser preservados, mesmo com a retroabilidade da mudança. Para aqueles que vierem a relacionar-se com os cônjuges após a alteração de regime devidamente publicada não há ressalva de direitos, posto que estes só serão adquiridos sob a égide do novo estatuto patrimonial dos cônjuges.

Destarte, parece que a lógica da redação do dispositivo é justamente esta: a alteração pode retroagir à data da celebração do casamento, desde que haja o respeito aos interesses de terceiros que possuem algum vínculo com a sociedade conjugal. Cabe ainda consignar que, em se tratando de direito privado, o que não é proibido, é permitido, e não deve o intérprete restringir o que a lei não restringiu.

Interessante decisão acerca do tema ocorreu no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível nº 70006423891, julgada pela Sétima Câmara Cível, em 13 de agosto de 2003, sendo Relator o Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves.

O Tribunal gaúcho, por unanimidade, entendeu que a alteração do estatuto patrimonial de bens pode ter efeito *ex tunc*. O Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos assim se manifestou com respeito à possibilidade de retroação:

“O Código não explicita se os efeitos da alteração serão ex tunc ou ex nunc entre os cônjuges (porque, com relação a terceiros que já sejam portadores de direitos perante o casal, é certo que serão sempre ex nunc, uma vez que se encontram ressaltados os direitos destes). No particular, considero que se houver opção por qualquer dos regimes que o código regula, a retroatividade é decorrência lógica, pois, p. ex., se o novo regime for o da comunhão universal, ele só será universal se implicar comunicação de todos os bens. Impossível seria pensar em comunhão universal que implicasse comunicação apenas dos bens

adquiridos a partir da modificação. Do mesmo modo, se o novo regime for o de separação absoluta, necessariamente será retroativa a mudança, ou a separação não será absoluta! E mais: se o escolhido agora for o da separação absoluta, imperiosa será partilha dos bens adquiridos até então, a ser realizada de forma concomitante à mudança de regime (repito: sem eficácia essa partilha com relação a terceiros)".

6. MUTABILIDADE DO “REGIME DE BENS” NA UNIÃO ESTÁVEL

Na união estável, o regime patrimonial de bens legalmente presumido é a comunhão parcial de bens, salvo existência de contrato escrito, conforme previsto no art. 1.725 do CC/02, que anuncia: *“na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”*. De fato, existe a presunção de comunicabilidade dos bens adquiridos na constância do casamento, assim como no regime da comunhão parcial de bens, a menos que os companheiros façam a opção pela celebração de contrato de convivência, onde poderão dispor acerca do patrimônio do casal, assim como do patrimônio pessoal de cada um, da forma que melhor lhes convier.

O legislador do Código Civil de 2002 foi omissivo no tocante à possibilidade de alteração do regime de bens no curso da união estável, mas torna-se necessária a análise e o estudo dessa possibilidade, à luz do princípio constitucional da isonomia, uma vez que hodiernamente não é incomum a opção do casal pela união estável ao invés da celebração do casamento.

Num primeiro momento cabe considerar que o legislador do Código Civil de 2002, em consonância com os princípios já insculpidos na Constituição de 1988, procurou não fazer distinção entre casamento e união estável naquilo que for possível, ou seja, buscou homenagear o princípio constitucional da isonomia em atenção ao núcleo familiar, independentemente da maneira em que ele se apresenta legalmente.

Na mesma esteira de entendimento, ou seja, pautando-se pelo princípio constitucional da isonomia, perquire-se se é possível a alteração do regime de bens no curso da união estável.

De fato, por razões de ordem constitucional entende-se que a permissão da alteração do regime de bens no curso da união estável deve ser admitida, posto que a situação de fato vivenciada pelo casal que celebrou casamento no momento da opção pela alteração é a mesma que motiva o casal unido de maneira estável a requerer a mutabilidade.

Se os conviventes já celebraram um contrato de convivência, onde se dispôs acerca do patrimônio do casal, se revela lógico que a alteração do

pactuado se dará também através de através de contrato escrito, celebrado de comum acordo entre as partes, sem a necessidade de apreciação judicial.

Ou mesmo, considerando-se a hipótese de que não exista nenhuma convenção de convivência entre as partes, verifica-se que a qualquer momento da vida do casal este pode definir o seu estatuto patrimonial sem qualquer problema, bastando optar pela forma que melhor lhes convier.

Dentro desta linha de raciocínio, Francisco José Cahali³⁴ disserta pela retroatividade de contrato de união estável, de molde a operar efeitos desde o início desta. Salaria o autor que *“as partes são livres para dispor sobre o seu patrimônio atual, passado ou futuro”*. Aponta ele que esta também é a opinião de Rainer Czajkowski.

Relevante, nesse aspecto, é o fato de que, para alteração do regime de bens na união estável, os companheiros não precisam cumprir todos aqueles requisitos previstos no artigo 1.639, § 2º, do Código Civil de 2002. Fazem a alteração, a qualquer tempo, quantas vezes desejarem, mediante contrato escrito, nos termos do artigo 1.725 do Código Civil de 2002.

No entendimento de Érica Verícia de Oliveira Canuto³⁵, verifica-se plenamente possível a alteração do estatuto patrimonial. Contudo, faz a autora ressaltar no que concerne aos requisitos para a mutabilidade, conforme considera:

“Não entendo possível – sob pena de ferir o princípio constitucional da isonomia – a exigência legal de requisitos distintos, sem qualquer justificativa, para duas situações semelhantes (casamento e união estável). A solução interpretativa deve ser a seguinte: ou se impõe também para a alteração do regime de bens na união estável os mesmos requisitos exigidos no casamento (art. 1.639, § 2º, do CC/02), ou não se aplique, ao casamento, a exigência daqueles requisitos, permitindo-se, da mesma forma da união estável, que a alteração de regime de bens seja feita através de contrato escrito (no caso escritura pública registrada)”.

³⁴ CAHALI, Francisco José. **Contrato de Convivência na União Estável**. São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 76.

³⁵ CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. Ob. cit, pág. 157.

Assim, defende a autora que se tratando de situações semelhantes, cabível seria a exigência dos mesmos requisitos para ambos, sejam estes requisitos mais simples ou mais complexos.

De qualquer forma, se a mutabilidade é permissível àqueles que optaram por celebrar um casamento, ou seja, dentro de regras mais rígidas e impostas de forma cogente pelo legislador, não há que se negar a mesma possibilidade àqueles que optam pela união estável, e que podem a qualquer tempo celebrar um contrato de convivência de acordo com a sua conveniência.

7. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Apesar do novo dispositivo legislativo que permite a alteração do estatuto patrimonial estar em vigor há pouco tempo para possibilitar uma profunda análise dos casos concretos submetidos à apreciação judicial, trazemos à colação quatro decisões proferidas, em inteiro teor, a fim de avaliar a interpretação inicial do instituto pelos nossos Tribunais. Destarte, a íntegra dos acórdãos colacionados possibilita a avaliação da fundamentação e das teses esposadas pelos Tribunais, o que contribui para o estabelecimento das posições consolidadas e das divergências que cercam o instituto da mutabilidade. O primeiro caso é oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, encontrando-se inserto na Revista Brasileira de Direito de Família sob nº 27.

Nesta decisão o relator, Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, vale-se do posicionamento doutrinário do Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, do próprio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que defende a tese da mutabilidade para casamentos anteriores à vigência do Código Civil de 1916, sendo ainda essa alteração retroativa à data do casamento, isto é, com efeitos *ex tunc*. De fato, esta é uma posição de vanguarda em confronto com outras decisões proferidas, uma vez que prima pela ampla eficácia do instituto da mutabilidade em discussão. *In verbis*:

***“ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS DO CASAMENTO –
POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO***

1. A alteração do regime de bens é possível juridicamente, consoante estabelece o art. 1.639, § 2º, do NCCB e as razões postas pelas partes evidenciam a conveniência para eles, trazendo para ambos vantagem de caráter econômico e patrimonial, constituindo o pedido motivado de que trata a lei. 2. A alteração do regime de bens pode ser promovida a qualquer tempo, de regra com efeito ex tunc, ressalvados direitos de terceiros, inexistindo qualquer obstáculo legal à alteração de regime de bens de casamentos anteriores à vigência do Código Civil de 2002. Inteligência do art. 2.039 do NCCB. Recurso provido.

TJRS – AC 70009665415 – 7ª C.Cív. – Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – DOERS 14.10.2004/10.14.2004

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Magistrados integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei. Porto Alegre, 6 de outubro de 2004.

Participaram do julgamento, além do signatário, as eminentes Senhoras Des^a MARIA BERENICE DIAS (Presidente) e Dra. WALDA MARIA MELO PIERRO.

Des. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES – Relator

Relatório

Trata-se da irresignação de F. e F. com a r. sentença que indeferiu o pedido de autorização para alteração do regime de bens formulado pelo casal, entendendo que tal faculdade estabelecida pelo novo Código Civil não atinge os casamentos celebrados antes da sua vigência.

Sustentam os recorrentes que o entendimento esposado na sentença não é pacífico e que há previsão legal expressa para a pretendida alteração, que é de modificar o regime de comunhão parcial para universal, asseverando que a alteração pretendida possibilitará a revisão em condições mais favoráveis para ambos do contrato de financiamento do imóvel pertencente ao casal. Pedem a reforma do decisório.

Com vista dos autos, lançou parecer a douta Procuradoria de Justiça pugnano pelo provimento do recurso.

Considerando que a Câmara está adotando o procedimento informatizado, friso que foi observado o disposto no art. 551 do CPC.

É o relatório.

Votos

Des. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES (Relator):

Estou acolhendo a pretensão recursal.

Primeiramente, lembro que a matéria já esteve em apreciação por esta Corte quando do julgamento do Recurso Cível nº 70006423891, em 13 de agosto de 2003, do qual fui Relator e que teve votação unânime, admitindo a alteração do regime matrimonial de bens, inclusive para casamentos contraídos antes da vigência do novo Código Civil.

Assim, observo que todas as questões referentes ao casamento e, em especial, às referentes ao regime de bens no matrimônio, são de ordem pública e regidas por disposições de relativa rigidez.

O art. 230 do Código Civil de 1916 dizia, efetivamente, que o regime de bens é imutável e irrevogável, enquanto o art. 258 estabelecia que “não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial”, sendo que o art. 256, inciso I, dispunha, taxativamente, ser nula a convenção acerca do regime de bens, quando não constasse de escritura pública. E, igualmente, o novo Código Civil dispõe no art. 1.640 que “não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial”. Portanto, o regime de bens da comunhão parcial, que é o legal e vige no silêncio dos nubentes, constitui uma convenção tácita, sendo uma forma supletiva da vontade.

No entanto, sob a égide da legislação civil revogada, o regime de bens era imutável e irrevogável (art. 231, CCB) e, portanto, não poderia ser alterado pela vontade dos cônjuges. Mas o novo Código Civil, sob o influxo das novas disposições que cuidam do direito matrimonial, afastou expressamente, no § 2º do art. 1.639, a regra da imutabilidade do regime de bens, como se vê:

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

Dessa forma, diante dessa mudança legislativa, tornou-se possível juridicamente a alteração do regime de bens após a celebração do matrimônio, não havendo qualquer razão para impedir os recorrentes de redefinirem o regime de bens, ainda mais quando claramente o casal busca estabelecer o regime que melhor consulta o interesse deles, na medida em que possuem um imóvel financiado pela Caixa Econômica Federal e pretendem renegociar a dívida, estabelecendo pactos que lhes são mais favoráveis, inclusive com a utilização dos Fundos de Garantia por Tempo de Serviço. E para uma negociação mais favorável – e que melhor consulta o interesse econômico e patrimonial do casal – torna-se necessária a alteração do regime de comunhão parcial para universal.

Como se infere, as razões postas pelos recorrentes são bastante ponderáveis, estando o pedido formulado pelo casal suficientemente motivado e, além disso, ficarão ressalvados os direitos de terceiros. Ou seja, não há razão alguma para que o pleito não seja acolhido.

Aliás, não é demais lembrar que o gênio de ORLANDO GOMES há muito já havia percebido a necessidade de se flexibilizar a norma legal e já explicava, na sua obra de Direito de Família, que a imutabilidade do regime constituía uma segurança para os cônjuges e para terceiros, mas admitia que pudesse sobrevir alteração através de decisão judicial, em virtude de pedido fundamentado do casal, desde que não houvesse intuito de lesar terceiros, cujos direitos ficariam ressalvados...Argumentava, pois, o preclaro civilista: “que mal há na decisão de os cônjuges casados pelo regime da separação de bens o substituírem pelo da comunhão?”

Como se vê, a nova codificação civil acolheu as lições do ilustre civilista. E mais: o caso concreto é assemelhado ao apontado na referência doutrinária, ou seja, cuida-se de alteração do regime de comunhão parcial para o de comunhão universal. E, de qualquer sorte, ficam ressalvados direitos de terceiros, valendo gizar a conveniência da alteração para ambos os postulantes, trazendo-lhes imediatos e inequívocos reflexos econômicos e patrimoniais, estando presente a hipótese do art. 1.639, § 2º, do Código Civil.

Observo, por oportuno, que, sendo deferida a alteração de regime, desnecessário lavrar qualquer escritura pública, sendo bastante a expedição do competente mandado judicial. É que o pacto antenupcial é ato notarial, enquanto a alteração do regime matrimonial é ato judicial. E a alteração depende, como reza a lei, da procedência das razões invocadas.

Não existe qualquer óbice legal à alteração pretendida por casais que contraíram o matrimônio antes da vigência do Código Civil de 2002, não tendo tal alcance o art. 2.039, quando dispõe que “o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido”. É que tal norma visa preservar na íntegra os regimes de bens vigentes quando da edição do novo Código, na medida em que foram introduzidas algumas pequenas alterações ao disciplinar os regimes matrimoniais, não podendo a lei nova ferir direitos já consolidados. Isso não implica vedar a mutabilidade, que mais se afeiçoa ao próprio dinamismo da vida e das relações interpessoais, mormente quando se trata de relações conjugais. Dada a singular relevância do tema discutido, peço vênua para transcrever trecho da brilhante lição do eminente Des. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, e que pode ser encontrada no site <http://www.migalhas.com.br>, in verbis:

“Os regimes matrimoniais de bens em nosso país eram até há pouco marcados pela característica da irrevogabilidade, consagrada no art. 230 do Código Civil de 1916, segundo a qual, uma vez celebrado o casamento sob a égide de determinado regime, impossível seria sua posterior alteração, ressalvada a excepcionalíssima hipótese do art. 7º, § 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, que contempla a situação do estrangeiro que venha a se naturalizar brasileiro.

No plano doutrinário, estavam divididos os entendimentos acerca da conveniência ou não de consagrar a mutabilidade como característica desse sistema, polarizando-se no debate ilustres autores (a favor: ORLANDO GOMES e CARVALHO SANTOS; contra: SILVIO RODRIGUES e CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA), fugindo ao objeto deste trabalho alinhar os ponderáveis argumentos favoráveis e contrários a cada tese.

Inovando profundamente na matéria, o Código Civil de 2002 subverte o sistema anterior, e passa a admitir a alteração do regime de bens no curso do casamento, nas condições postas pelo art. 1.639, § 2º. Assinale-se que, desta forma, o ordenamento jurídico nacional, na linha das legislações mais recentes, faz com que a autonomia de vontade dos cônjuges, no que condiz com o ajuste dos efeitos patrimoniais do casamento, amplie-se consideravelmente, não se manifestando apenas no momento anterior ao matrimônio, através da pactuação do regime de bens que adotarão ao casar – momento em que, pelo consagrado princípio da livre estipulação (art. 1.639, caput), poderão escolher (salvante as hipóteses em que é obrigatório o regime da separação de bens – art. 1.641, CC) o regime de bens que melhor lhes aprouver – como podendo vir a modificar, ante circunstâncias que a extraordinária dinâmica da vida venha a lhes apresentar, a escolha feita naquele momento precedente.

Entretanto, para que se viabilize tal modificação, diversos requisitos estão postos na lei.

Primeiro, o pedido deve ser formalizado em juízo, cautela que se mostra adequada, ante a relevância da medida, uma vez que visa resguardar tanto os interesses dos próprios cônjuges como de terceiros, evitando, quanto possível, possíveis abusos que, de outra forma, teriam melhor

chance de prosperar. Nessa perspectiva, de todo recomendável que seja realizada audiência para fins de ratificação do pedido, ocasião em que o magistrado terá a oportunidade de, em contato direto com as partes, melhor aferir as verdadeiras razões do pedido, esclarecendo o casal sobre as conseqüências de sua nova opção.

No que diz respeito à intervenção do Ministério Público – embora admita controvertido o tema – considero-a necessária, ante o disposto nos arts. 1.105 e 82, II, do CPC, considerando que se trata de causa atinente ao casamento, não obstante de conteúdo meramente patrimonial. Ocorre que os dispositivos em foco não operam tal distinção, determinando que a intervenção se dê em atenção à natureza do instituto.

Deferida a alteração por sentença, isso basta para todos os fins, não sendo necessário lavrar escritura pública posterior, o que se caracterizaria como absurda superfetação, tendo em vista que a petição onde for postulada a modificação do regime de bens deverá conter todas as cláusulas do novo ajuste patrimonial, não sendo demais lembrar que o processo judicial, em sentido amplo, constitui um escrito público.

Além da averbação no assento de casamento, a modificação, para que produza efeitos com relação a terceiros, deverá ser levada a registro no Ofício de Imóveis do domicílio dos cônjuges, conforme determina o art. 1.657 do novo Código, somente passando a produzir tais efeitos a partir da data desse assento. Na hipótese de já ter ocorrido o registro de um pacto antenupcial no álbum imobiliário – o que, segundo remansosa doutrina, deve ocorrer no primeiro domicílio conjugal –, e se encontre o casal agora em outro domicílio, impositivo novo registro, agora no domicílio atual, além de averbar-se no registro original a alteração levada a efeito, como também na matrícula de cada imóvel de titularidade do casal.

O Código não explicita se os efeitos da alteração serão ex tunc ou ex nunc entre os cônjuges (porque com relação a terceiros que já sejam portadores de direitos perante o casal, é certo que serão sempre ex nunc, uma vez que se encontram ressaltados os direitos destes). No particular, considero que se houver opção por qualquer dos regimes que o código regula, a retroatividade é decorrência lógica, pois, p. ex., se o novo regime for o da comunhão universal, ela só será universal se implicar comunicação de todos os bens. Impossível seria pensar em comunhão universal que implicasse comunicação apenas dos bens adquiridos a partir da modificação. Do mesmo modo, se o novo regime for o de separação absoluta, necessariamente será retroativa a mudança, ou a separação não será absoluta! E mais: se o escolhido agora for o da separação absoluta, imperiosa será a partilha dos bens adquiridos até então, a ser realizada de forma concomitante à mudança de regime (repite: sem eficácia essa partilha com relação a terceiros). Assim, por igual quanto ao regime de comunhão parcial e, até, de participação final nos aqüestos. Entretanto, face ao princípio da livre estipulação (art. 1.639, caput), sendo possível estipular regime não regrado no Código, a mudança poderá, a critério dos cônjuges, operar-se a partir do trânsito em julgado da sentença homologatória, caso em que teríamos a criação de um regime não regrado no CC.

Como segundo requisito, dispõe a norma que o pedido deverá ser formulado por ambos os cônjuges. Assim, inadmissível postulação unilateral, que, se formulada, deverá ser de pronto rejeitada, por carência de ação. Sinala-se que não é cabível pedido de suprimento judicial de consentimento para a alteração de que se trata.

A motivação e sua prova constituem a terceira condição do pleito, cabendo à jurisprudência, na análise dos casos concretos, fixar as hipóteses em que se permitirá a modificação pretendida. Penso, no entanto, que não deva ser por demais rígida a exigência quanto aos motivos que sirvam para justificar o pedido, caso contrário ficará esvaziada a própria finalidade da norma.

Não há que ter receio quanto a possíveis prejuízos que venham a ser causados a terceiros que já sejam detentores de direitos com relação ao casal, ou a qualquer dos cônjuges, uma vez que estão expressamente ressaltados os respectivos direitos. Logo, nenhuma eficácia terá contra eles a alteração produzida. Neste contexto, parece-me sem razão – por desnecessária a providência – o enunciado aprovado ao ensejo da Jornada sobre o novo Código Civil, levada a efeito no Superior Tribunal de Justiça de 11 a 13 de junho de 2002, no sentido de que a autorização judicial para alteração do regime de bens deva ser precedida de comprovação acerca da inexistência de dívida de qualquer natureza, inclusive junto aos entes públicos, exigindo-se ampla publicidade.

Não será possível a modificação do regime de bens daqueles casais que celebraram o matrimônio nas circunstâncias do art. 1.641, incisos I, II e III, estando sujeitos, assim, ao regime obrigatório da separação de bens, salvante a hipótese de terem obtido a não-aplicação das causas suspensivas, conforme previsão do parágrafo único do art. 1.523, caso em que não se submeterão obrigatoriamente a esse regime, podendo, portanto, vir a alterar aquele que houverem escolhido. Interessante hipótese, no entanto, ocorrerá quando o casamento for celebrado com infração à causa suspensiva (art. 1.523) sem que tenha sido obtido beneplácito judicial (portanto, com adoção obrigatória do regime da separação de bens), vindo, mais tarde, ao longo do casamento, a desaparecer a causa suspensiva (v.g., um divorciado que não realizara a partilha e que venha depois a completá-la). Nesse caso, tenho que nenhuma razão haverá que impeça a mudança do regime de bens, uma vez desaparecido, por circunstância superveniente, qualquer potencial prejuízo a terceiro, o que é a justificativa que impõe aquele regime.

Por fim, parece estar desenhando-se na doutrina o entendimento de que o art. 2.039 impede a incidência da nova regra com relação aos matrimônios celebrados anteriormente à nova codificação. Nesse sentido é a opinião de MARIA HELENA DINIZ (in Comentários ao Código Civil, Saraiva, v. 22, 2003) e LEÔNIDAS FILIPONE FARRULA JUNIOR (in O Novo Código Civil – Do Direito de Família, HELOISA MARIA DALTRO LEITE (Coord.), Freitas Bastos Editora, 2002).

Penso, no entanto, que esse dispositivo, constante nas Disposições Finais e Transitórias, não tem o significado que lhe está sendo emprestado. Ao dispor que 'o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior (...) é o por ele estabelecido'; claramente objetiva a regra resguardar o direito adquirido

e o ato jurídico perfeito. Isso porque ocorreram diversas modificações nas regras próprias de cada um dos regimes de bens normatizados no Código de 2002 em relação aos mesmos regimes no Código de 1916. Exemplificativamente: 1) no regime da separação de bens, não há mais necessidade de autorização do cônjuge para a prática dos atos elencados no art. 1.647; 2) no regime da comunhão universal, não estão mais excluídos da comunhão os bens antes relacionados nos incisos IV, V, VI, X e XII (do art. 263 do CC/16) no regime da comunhão parcial, não mais se excluem os bens relacionados no inciso III do art. 269 do CC/16, mas passam a não mais comunicar os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge (inciso VI do art. 1.659), expressamente excluídos antes pelo inciso VI do art. 271, sob a denominação de ‘frutos civis do trabalho, ou indústria de cada cônjuge, ou de ambos’. Como se percebe, alterações houve na estruturação interna de cada um dos regimes de bens e, não fosse a regra do art. 2.039, a incidência das novas regras sobre os casamentos anteriormente realizados caracterizaria ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, uma vez que operaria alteração ex lege, independentemente da vontade das partes, no regime antes escolhido, expressa ou tacitamente, pelo casal. Frise-se que, em decorrência, os casamentos preexistentes ao novo Código regem-se pelas normas do respectivo regime de bens conforme regrado na lei vigente à época da celebração – ou seja, o Código Civil de 1916 – não sendo, dessa forma, alcançados pelas alterações trazidas na nova codificação.

Em conclusão, pode-se afirmar que a possibilidade de alteração do regime de bens no curso do casamento merece ser vista com otimismo, na medida em que permite maior flexibilidade ao casal quanto aos ajustes matrimoniais de bens, mas, de outro lado, exige redobrada cautela do Estado-Juiz no exame de cada caso, a fim de não consagrar lesão à parte hipossuficiente.”

Isto posto, dou provimento ao recurso.

Dra. WALDA MARIA MELO PIERRO (Revisora) – De acordo.

Des^a MARIA BERENICE DIAS (Presidente) – De acordo.

Des^a MARIA BERENICE DIAS – Presidente – Apelação Cível nº 70009665415.

“Proveram. Unânime.”

Julgador(a) de 1º Grau: DEISE FABIANA LANGE VICENTE

Outra decisão trazida à colação é do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, também inserta na edição de número 27 da Revista Brasileira de Direito de Família. Nesta decisão o Colendo Tribunal permite a alteração do regime de bens de casamentos celebrados antes da vigência do Código Civil de 2002, ante a ausência de prejuízo aos cônjuges e aos direitos de terceiros. Para isso, o ilustre relator Desembargador Moreira Diniz se vale de

comparações fundadas no bom senso e na idéia de interpretação da lei à luz da realidade social e da modernidade.

Contudo, ressalta o relator que a alteração só produzirá efeitos para o futuro, não sendo retroativa, portanto. *In verbis*:

“CASAMENTO – CELEBRAÇÃO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL ANTERIOR – REGIME DE BENS – ALTERAÇÃO POSSIBILIDADE
Não obstante celebrado sob a égide do Código Civil de 1916, o casamento poderá ter seu regime de bens alterado, desde que satisfeitos os requisitos do § 2º do art. 1.639 do atual Código Civil, na medida em que ali não se excepcionaram os casamentos anteriores, também não o fazendo o art. 2.039, salvo no tocante à ressalva da inalterabilidade automática do regime. Desaparecendo a motivação que impedia a alteração do regime de bens do casamento, não se justifica a distinção entre casamentos novos e antigos, uma vez que o instituto é único e, em se tratando de situação que exige requerimento conjunto, não haverá prejuízo para os cônjuges.
TJMG – AC 1.0518.03.038304-7/001 – 4ª C.Cív. – Rel. Des. Moreira Diniz – DJMG 17.09.200409.17.2004

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, em negar provimento.
Belo Horizonte, 20 de maio de 2004.

Des. MOREIRA DINIZ (Relator):

Reportando-me ao relatório lançado nos autos, observo que, num exame mais radical, se poderia concluir pela ausência de motivação para o recurso. Não sob a ótica da legitimidade do representante do Ministério Público, mas considerando, no caso, a absoluta ausência de prejuízo para quem quer que seja, assim como a inexistência de violação a literal dispositivo de lei. Não obstante a colocação posta na manifestação contrária ao pleito exordial, não existe, no atual Código Civil, qualquer dispositivo que determine, sem sombra de dúvida, a imutabilidade do regime de bens dos casamentos mesmo os anteriores.

De qualquer modo, o tema vem florescendo e se mostra interessante, de forma que, ao menos em homenagem ao espírito acadêmico, penso deva ser o recurso examinado.

Os autores pediram a alteração do regime de bens de seu casamento – celebrado na vigência do Código Civil de 1916 –, indicaram as razões de seu pleito e invocaram o contido no art. 1.639, § 2º, do atual Código Civil.

A questão posta em exame é tormentosa, na medida em que, enquanto o Código Civil de 1916, em seu art. 230, determinava a irrevogabilidade, ou seja, a inalterabilidade do regime de bens do casamento, o novo Estatuto Civil, em seu art. 1.639, § 2º, permite a alteração, condicionada

à autorização judicial e à satisfação de condições no mesmo dispositivo estabelecidas.

A partir da vigência do novo Código, a doutrina e a jurisprudência discrepam, havendo corrente que admite a alteração do regime de bens também do casamento contraído sob a égide do antigo Código e outra que só o aceita para os casamentos realizados sob a nova lei.

O questionamento apresentado pelo Ministério Público se funda no art. 2.039 do atual Código Civil, que tem a seguinte redação:

“O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei nº 3.071, de 1º.01.1916, é o por ele estabelecido.”

Sustentados em tal dispositivo, os defensores da tese de que ainda é imutável o regime de bens do casamento contraído sob a égide do antigo Código alegam que, aqui, o novo Código remete as regras de tal regime à antiga legislação, que, por sua vez, proibia a alteração.

Os adeptos da mesma corrente ainda alegam que o casamento é um ato jurídico perfeito, de forma que a lei nova não pode alterar suas regras.

Do outro lado estão aqueles que defendem a inadmissibilidade de estabelecimento de distinção para pessoas que vivem o mesmo instituto.

Sobre essa tese, há de se observar, mais, que a razão pela qual a antiga legislação proibia a alteração do regime de bens do casamento era a preservação dos direitos do cônjuge supostamente mais frágil e o resguardo de interesses de terceiros.

O novo Código resolveu essa situação ao estabelecer – como já destacado –, no referenciado artigo, a necessidade de que, ainda que com autorização judicial, a alteração do regime de bens preserve os interesses de terceiros, e o pedido seja razoável e demonstradamente motivado.

A partir do momento em que a nova lei elimina o risco que motivava a anterior proibição, parece-me inaceitável que ainda se proíba, para os casamentos antigos, a modificação. Em linguagem comparada, teríamos o seguinte: determinadas pessoas já vivem numa rua cujo trajeto é interrompido por um muro. Um dia esse muro é retirado, mas se estabelece que só as pessoas que se mudarem para aquela rua a partir daquele dia é que poderão passar pelo local onde antes existia o muro. Não há razoabilidade nisso. Este exemplo, aliás, já forneci quando do julgamento da Apelação Cível nº 347.688-4, tendo como Relator o eminente Desembargador AUDEBERT DELAGE, vencido.

Outra questão a ser considerada seria a da surpresa, ou seja, quando houve o casamento tudo se fazia de determinada maneira, e em meio à vida matrimonial as regras foram alteradas, gerando surpresas e prejuízos para os cônjuges, ou para um deles. Assim, quem se casa sob a nova lei já sabe que o regime poderá ser alterado, o que não ocorreu com quem se casou antes.

Mas onde reside o prejuízo? No caso, a alteração só pode ser feita a pedido de ambos os cônjuges. Logo, não há como dizer que um deles será surpreendido ou prejudicado pela nova ordem.

A nova lei trouxe, inclusive, um benefício mais relevante para os casamentos antigos. Isso porque quem se casa hoje o faz sabendo que o regime de bens poderá ser alterado, de forma que seus cuidados, sua reflexão na escolha do regime serão menores do que aqueles adotados

por quem se casou sob a antiga lei; exatamente por saberem, na época, que sua decisão era inalterável.

Por isso, permitir a alteração do regime de bens do casamento antigo me parece muito mais razoável do que o fazer em relação aos novos casamentos. Admitindo a alteração, poderemos corrigir a distorção ocorrida, não por erro de quem antes optou, mas pelas inegáveis alterações de costumes que influenciam a vida de todos e que, inclusive, motivaram a reforma do Código Civil.

Não aceitar isso é o mesmo que uma empresa adquirir um veículo novo, mas só permitir sua utilização pelos novos funcionários, ficando os antigos com o carro mais velho.

Faço esses raciocínios comparativos por entender que, ante a ausência de comprovado prejuízo e até mesmo de fundamentação para a proibição, a questão deve ser resolvida à luz do bom-senso. A interpretação da lei, no caso, deve se ater à realidade e à modernidade.

Ademais, conceitos como o do ato jurídico perfeito já foram atualmente jogados por terra por novas legislações, como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor. E isso em questões muito mais solidificadas, como o era, por exemplo, a aplicação do princípio pacta sunt servanda.

Sobre isso, inclusive, cabe lembrar que a Lei do Divórcio modificou uma série de conceitos e inclusive admitiu, mesmo para os casamentos anteriores à sua vigência, a dissolução do vínculo. E nesse caso houve surpresa para os cônjuges, porque, quando se casaram, ambos tinham consciência de que o vínculo era definitivo. A Lei do Divórcio não apenas mudou isso como admitiu o rompimento do vínculo por atitude unilateral e desmotivada; diversamente do art. 1.639 do Código Civil, que só permite a alteração do regime de bens se houver pleito de ambos os cônjuges, devidamente motivado.

No caso, nada estará sendo modificado, e aquilo que até então foi realizado não sofrerá qualquer alteração, na medida em que o novo regime de bens só produzirá efeitos a partir da alteração, sem retroatividade, portanto.

Se formos ao antigo Código Civil, veremos que o art. 230 – que vedava a alteração do regime de bens do casamento – está inserido no título “dos efeitos jurídicos do casamento”.

Permitir a alteração do regime de bens do antigo casamento não afetará o referido dispositivo e muito menos alterará os efeitos jurídicos do matrimônio, na medida em que o novo regime não modificará aquilo que, em relação aos bens até então existentes, e para os novos cônjuges, já se terá operado.

Retornando ao exame do art. 2.039, vemos que podemos interpretá-lo no sentido de que ali se explica que a vigência da nova lei, pela novidade de alguns de seus dispositivos, não implica automática modificação do regime de bens. Ali não há referência à imutabilidade, mas apenas se estabelece que, mesmo com a vigência do novo Código, o regime de bens do casamento preexistente continua o mesmo, ou seja, não há modificações, totais ou parciais, automáticas, em decorrência da alteração de alguns dos antigos princípios.

Como argumento final, penso, como também se expressou o douto sentenciante, que, estabelecendo o novo Código uma nova postura, a

exceção, se houvesse, deveria vir expressa no art. 1.639, em parágrafo seguinte àquele em que estabelecida a regra agora vigente. Exceções devem ser expressas; não podem partir de presunção.

No caso – cabe destacar –, o douto e culto sentenciante foi preciso e cauteloso, exigindo dos requerentes todos os esclarecimentos possíveis, e estes assim o fizeram, inclusive apresentando farta documentação, a demonstrar que eventuais direitos de terceiros estão sendo preservados. A sentença é irresponsável.

Com tais considerações, nego provimento à apelação.

Custas, ex lege.

Des. CARREIRA MACHADO – De acordo.

Des. ALMEIDA MELO – De acordo.

Súmula – Negaram provimento

Decisão fundamental sobre o tema, na medida em que influenciou outros julgados posteriores acerca da matéria, foi também proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sendo transcrita na Revista Brasileira de Direito de Família de nº 22. Nesta decisão se estabelece a possibilidade de alteração do estatuto patrimonial a qualquer tempo, com efeitos *ex tunc*, sendo considerada essa retroatividade uma decorrência lógica do pedido de alteração.

Trata o julgado ainda a possibilidade de alteração estender-se aos casamentos celebrados na vigência do Código Civil de 1916, ante o entendimento de que o artigo 2.039 do Código Civil de 2002, inserto nas Disposições Finais e Transitórias, não veda a aplicação aos casamentos celebrados anteriormente, mas tão somente se refere às regras próprias de cada regime, em homenagem ao ato jurídico perfeito. *In verbis*:

“PEDIDO DE ALVARÁ JUDICIAL – PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA LAVRAR ESCRITURA PÚBLICA DE PACTO ANTENUPCIAL – POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ALTERAÇÃO DE REGIME – DESNECESSIDADE DE ESCRITURA PÚBLICA

1. Não tendo havido pacto antenupcial, o regime de bens do casamento é o da comunhão parcial, sendo nula a convenção acerca do regime de bens, quando não constante de escritura pública, e constitui mero erro material na certidão de casamento a referência ao regime da comunhão universal. Inteligência do art. 1.640 do NCCB.

2. A pretensão deduzida pelos recorrentes que pretendem adotar o regime da comunhão universal de bens é possível juridicamente, consoante estabelece o art. 1.639, § 2º, do novo Código Civil, e as razões postas pelas partes são bastante ponderáveis, constituindo o pedido motivado de que trata a lei e que foi formulado pelo casal. Assim, cabe ao Julgador a quo apreciar o mérito do pedido e, sendo deferida a

alteração de regime, desnecessário será lavrar escritura pública, sendo bastante a expedição do competente mandado judicial. O pacto antenupcial é ato notarial; a alteração do regime matrimonial é ato judicial.

3. A alteração do regime de bens pode ser promovida a qualquer tempo, de regra com efeito ex tunc, ressalvados direitos de terceiros. Inteligência do art. 2.039, do NCCB.

4. É possível alterar regime de bens de casamentos anteriores à vigência do Código Civil de 2002. Recurso provido.

TJRS – AC 70006423891 – 7ª C.Cív. – Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – DOERS 19.09.200309.19.2003

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em prover o recurso.

Custas, na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores Desembargadores JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, Presidente, e LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS.

Porto Alegre, 13 de agosto de 2003.

Des. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES (Relator):

Trata-se da irresignação de I.M. e I.M.M. com a sentença que julgou extinto, sem julgamento do mérito, o pedido de alvará onde buscam autorização para que seja lavrada escritura pública de pacto antenupcial. Sustentam os recorrentes que casaram em 14 de julho de 1979 e que optaram pelo regime da comunhão universal de bens, o que veio atestado pela certidão de casamento, embora não tenham celebrado o pacto antenupcial. Ou seja, a vontade das partes não foi atendida pela injustificável omissão do Sr. Oficial do Registro Civil, pois os serviços notariais e de registro são realizados no mesmo cartório. Pedem a reforma da sentença.

Lançou parecer o Dr. Promotor de Justiça, acenando para a correção do decisor. E, com vista dos autos, a douta Procuradoria de Justiça lançou parecer pugnando pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Voto

Des. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES (Relator):

Estou acolhendo a pretensão recursal.

Todas as questões referentes ao casamento e, em especial, às referentes ao regime de bens no matrimônio, são de ordem pública e regidas por disposições de relativa rigidez.

O art. 230 do Código Civil de 1916 dizia, efetivamente, que o regime de bens é imutável e irrevogável, enquanto o art. 258 estabelecia que, “não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial”, sendo que o art. 256, inciso I, dispunha, taxativamente, ser nula a convenção acerca do regime de bens, quando não constasse de escritura pública.

O novo Código Civil, por sua vez, também dispõe no art. 1.640 que, “não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial”.

Sendo assim, mesmo que se possa admitir que a intenção dos apelantes fosse mesmo a de casar pelo regime da comunhão universal, ainda assim essa manifestação de vontade é absolutamente ineficaz, pois não houve pacto antenupcial formalizado. Nem mesmo o fato de ter constado na certidão de casamento que o regime de bens era o da comunhão universal pode conduzir à solução diversa, porquanto é nula a convenção quando não é feita mediante escritura pública.

Dessa forma, como não houve pacto antenupcial formalizado no momento próprio, o regime de bens do casamento dos apelantes era mesmo o da comunhão parcial, que é o regime legal, que vige no silêncio dos nubentes, como se de uma convenção tácita se tratasse, ou ainda, que vige de forma supletiva da vontade.

No entanto, sob a égide da legislação civil revogada, a situação posta nos autos não poderia ter outra solução senão a apontada pela sentença, pois o regime de bens era imutável e irrevogável (art. 231, CCB) e, portanto, não poderia ser alterado pela pretendida escritura pública.

É flagrante, pois, que existe erro material na certidão de casamento dos apelantes, já que, onde consta regime da comunhão universal, deveria constar regime da comunhão parcial. Ou seja, a despeito do que consta na certidão de casamento, a relação patrimonial do casal não é regida pelas disposições próprias do regime da comunhão universal.

No entanto, sob o influxo das novas disposições que cuidam do direito matrimonial, penso que outra deve ser a solução jurídica para a pretensão dos recorrentes, como bem aponta o lúcido parecer de lavra da culta Procuradora de Justiça ÂNGELA CÉLIA PAIM GARRIDO, que peço vênia para adotar como razão de decidir, transcrevendo-o em parte:

“É viável a concessão do pedido dos recorrentes.

O art. 1.640 do Código Civil é expresso ao estabelecer que, em inexistindo convenção dos nubentes quanto aos bens, vigorará o regime da comunhão parcial.

A adoção de regime de bens diverso do legal, a partir da vigência da Lei nº 6.515/77, pressupõe a elaboração de pacto antenupcial, através de escritura pública, conforme estabelece o art. 1.640, parágrafo único, do Código Civil.

(...) a inovação trazida pelo novo Código Civil, no § 2º do art. 1.639, não mais prevê a imutabilidade do regime de bens:

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

Nesse passo, argumenta-se que, tendo em vista a inovação legislativa, no sentido de facultar aos cônjuges a alteração do regime de bens após a celebração do matrimônio, não há razão para impedir que os recorrentes lavrem o pacto antenupcial que tem por objetivo sanar erro do oficial do Registro Civil. Ainda mais quando ficou bastante claro que o

regime de bens escolhido pelos cônjuges foi o da comunhão universal de bens, expresso na certidão de casamento, sendo que a escritura somente não foi lavrada por erro do registrador.

Trata a questão apenas da adequação da forma, vez que a vontade dos nubentes era de adotarem o regime de comunhão universal de bens, faltando o pacto antenupcial por falha do registro.

Ao cabo, destaca-se que tal posicionamento encontra acolhida na jurisprudência:

‘CASAMENTO CELEBRADO SOB O REGIME DA COMUNHÃO – AUSÊNCIA DE PACTO – RETIFICAÇÃO – Se os recorrentes optaram pelo regime da comunhão universal de bens (registrado na certidão de casamento como da comunhão), e somente não elaboraram o pacto antenupcial porque o oficial do registro desconhecia a Lei nº 6.515 e imaginava que ainda vigorava o regime da comunhão universal, evidente o erro de fato a justificar a retificação, para que seja averbado no assento de casamento o regime da comunhão universal de bens. Apelação provida para julgar procedente o pedido.’ (TJRS, AC 70003109451, 8ª C.Cív., Rel. Des. JOSÉ ATAÍDES SIQUEIRA TRINDADE, J. 18.10.2001)

Ante o exposto, o Ministério Público opina pelo conhecimento e provimento do recurso.”

Como se infere do bem lançado parecer ministerial, a pretensão deduzida pelos recorrentes é possível juridicamente, consoante estabelece o art. 1.639, § 2º, do novo Código Civil e, mais do que isso, as razões postas pelas partes são bastante ponderáveis, estando o pedido formulado pelo casal suficientemente motivado e, além disso, ficam ressaltados os direitos de terceiros.

Aliás, não é demais lembrar que o gênio de ORLANDO GOMES há muito já havia percebido a necessidade de se flexibilizar a norma legal e já explicava, na sua obra de Direito de Família, que a imutabilidade do regime constituía uma segurança para os cônjuges e para terceiros, mas admitia que pudesse sobrevir alteração através de decisão judicial, em virtude de pedido fundamentado do casal, desde que não houvesse intuito de lesar terceiros, cujos direitos ficariam ressaltados... Argumentava, pois, o preclaro civilista: “que mal há na decisão de os cônjuges casados pelo regime da separação de bens o substituírem pelo da comunhão?”.

Como se vê, o novo Código Civil acolheu as lições do ilustre civilista. E mais: o caso concreto é assemelhado ao apontado na referência doutrinária, ou seja, cuida-se de alteração do regime de comunhão parcial para o de comunhão universal. E, de qualquer sorte, ficam ressaltados direitos de terceiros.

Em razão disso, tendo sido extinto o processo sem julgamento de mérito, estou desconstituindo a sentença para que o ilustre Julgador a quo examine o mérito da pretensão deduzida, que tem suporte no art. 1.639, § 2º, do novo Código Civil.

Observo, ainda, que, sendo deferida a alteração de regime, desnecessário será lavrar escritura pública, sendo bastante a expedição do competente mandado judicial. É que o pacto antenupcial é ato notarial, enquanto a alteração do regime matrimonial é ato judicial.

Isto posto, dou provimento ao recurso.

Des. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS – De acordo.

Des. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS – Estou acompanhando o em. Relator. Entretanto, em face da relevância do tema abordado neste feito, gostaria de reportar-me aqui ao que já deixei consignado em singelo artigo publicado no site <http://www.migalhas.com.br>, oportunidade em que assim me manifestei:

“Os regimes matrimoniais de bens em nosso país eram até há pouco marcados pela característica da irrevogabilidade, consagrada no art. 230 do Código Civil de 1916, segundo a qual, uma vez celebrado o casamento sob a égide de determinado regime, impossível seria sua posterior alteração, ressalvada a excepcionalíssima hipótese do art. 7º, § 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, que contempla a situação do estrangeiro que venha a se naturalizar brasileiro.

No plano doutrinário, estavam divididos os entendimentos acerca da conveniência ou não de consagrar a mutabilidade como característica desse sistema, polarizando-se no debate ilustres autores (a favor: ORLANDO GOMES e CARVALHO SANTOS; contra: SILVIO RODRIGUES e CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA), fugindo ao objeto deste trabalho alinhar os ponderáveis argumentos favoráveis e contrários a cada tese.

Inovando profundamente na matéria, o Código Civil de 2002 subverte o sistema anterior, e passa a admitir a alteração do regime de bens no curso do casamento, nas condições postas pelo art. 1.639, § 2º. Sinalise-se que, desta forma, o ordenamento jurídico nacional, na linha das legislações mais recentes, faz com que a autonomia de vontade dos cônjuges, no que diz com o ajuste dos efeitos patrimoniais do casamento, amplie-se consideravelmente, não se manifestando apenas no momento anterior ao matrimônio, através da pactuação do regime de bens que adotarão ao casar – momento em que, pelo consagrado princípio da livre estipulação (art. 1.639, caput), poderão escolher (salvante as hipóteses em que é obrigatório o regime da separação de bens – art. 1.641, CC) o regime de bens que melhor lhes aprouver – como podendo vir a modificar, ante circunstâncias que a extraordinária dinâmica da vida venha a lhes apresentar, a escolha feita naquele momento precedente.

Entretanto, para que se viabilize tal modificação, diversos requisitos estão postos na lei.

Primeiro, o pedido deve ser formalizado em juízo, cautela que se mostra adequada, ante a relevância da medida, uma vez que visa a resguardar tanto os interesses dos próprios cônjuges como de terceiros, evitando, quanto possível, possíveis abusos que, de outra forma, teriam melhor chance de prosperar. Nessa perspectiva, de todo recomendável que seja realizada audiência para fins de ratificação do pedido, ocasião em que o magistrado terá a oportunidade de, em contato direto com as partes, melhor aferir as verdadeiras razões do pedido, esclarecendo o casal sobre as conseqüências de sua nova opção.

No que diz com a intervenção do Ministério Público – embora admita controverso o tema –, considero-a necessária, ante o disposto nos arts. 1.105 e 82, II, do CPC, considerando que se trata de causa atinente ao

casamento, não obstante de conteúdo meramente patrimonial. Ocorre que os dispositivos em foco não operam tal distinção, determinando que a intervenção se dê em atenção à natureza do instituto.

Deferida a alteração por sentença, isso basta para todos os fins, não sendo necessário lavrar escritura pública posterior, o que se caracterizaria como absurda superfetação, tendo em vista que a petição onde for postulada a modificação do regime de bens deverá conter todas as cláusulas do novo ajuste patrimonial, não sendo demais lembrar que o processo judicial, em sentido amplo, constitui um escrito público.

Além da averbação no assento de casamento, a modificação, para que produza efeitos com relação a terceiros, deverá ser levada a registro no Ofício de Imóveis do domicílio dos cônjuges, conforme determina o art. 1.657 do novo Código, somente passando a produzir tais efeitos a partir da data desse assento. Na hipótese de já ter ocorrido o registro de um pacto antenupcial no álbum imobiliário – o que, segundo remansosa doutrina, deve ocorrer no primeiro domicílio conjugal –, e se encontre o casal agora em outro domicílio, impositivo novo registro, agora no domicílio atual, além de averbar-se no registro original a alteração levada a efeito, como também na matrícula de cada imóvel de titularidade do casal.

O Código não explicita se os efeitos da alteração serão ex tunc ou ex nunc entre os cônjuges (porque com relação a terceiros que já sejam portadores de direitos perante o casal, é certo que serão sempre ex nunc, uma vez que se encontram ressaltados os direitos destes). No particular, considero que, se houver opção por qualquer dos regimes que o código regula, a retroatividade é decorrência lógica, pois, p. ex., se o novo regime for o da comunhão universal, ela só será universal se implicar comunicação de todos os bens. Impossível seria pensar em comunhão universal que implicasse comunicação apenas dos bens adquiridos a partir da modificação. Do mesmo modo, se o novo regime for o da separação absoluta, necessariamente será retroativa a mudança, ou a separação não será absoluta! E mais: se o escolhido agora for o da separação absoluta, imperiosa será a partilha dos bens adquiridos até então, a ser realizada de forma concomitante à mudança de regime (repito: sem eficácia essa partilha com relação a terceiros). Assim, por igual quanto ao regime de comunhão parcial e, até, de participação final nos aquestos. Entretanto, face ao princípio da livre estipulação (art. 1.639, caput), sendo possível estipular regime não regrado no código, a mudança poderá, a critério dos cônjuges, operar-se a partir do trânsito em julgado da sentença homologatória, caso em que teríamos a criação de um regime não regrado no CC.

Como segundo requisito, dispõe a norma que o pedido deverá ser formulado por ambos os cônjuges. Assim, inadmissível postulação unilateral, que, se formulada, deverá ser de pronto rejeitada, por carência de ação. Sinale-se que não é cabível pedido de suprimento judicial de consentimento para a alteração de que se trata.

A motivação e sua prova constituem a terceira condição do pleito, cabendo à jurisprudência, na análise dos casos concretos, fixar as hipóteses em que se permitirá a modificação pretendida. Penso, no entanto, que não deva ser por demais rígida a exigência quanto aos

motivos que sirvam para justificar o pedido, caso contrário ficará esvaziada a própria finalidade da norma.

Não há que ter receio quanto a possíveis prejuízos que venham a ser causados a terceiros que já sejam detentores de direitos com relação ao casal, ou a qualquer dos cônjuges, uma vez que estão expressamente ressaltados os respectivos direitos. Logo, nenhuma eficácia terá contra eles a alteração produzida. Neste contexto, parece-me sem razão – por desnecessária a providência – o enunciado aprovado ao ensejo da jornada sobre o novo Código Civil, levada a efeito no Superior Tribunal de Justiça de 11 a 13 de junho de 2002, no sentido de que a autorização judicial para alteração do regime de bens deva ser precedida de comprovação acerca da inexistência de dívida de qualquer natureza, inclusive junto aos entes públicos, exigindo-se ampla publicidade.

Não será possível a modificação do regime de bens daqueles casais que celebraram o matrimônio nas circunstâncias do art. 1.641, incisos I, II e III, estando sujeitos, assim, ao regime obrigatório da separação de bens, salvante a hipótese de terem obtido a não-aplicação das causas suspensivas, conforme previsão do parágrafo único do art. 1.523, caso em que não se submeterão obrigatoriamente a esse regime, podendo, portanto, vir a alterar aqueles que houverem escolhido. Interessante hipótese, no entanto, ocorrerá quando o casamento for celebrado com infração à causa suspensiva (art. 1.523) sem que tenha sido obtido beneplácito judicial (portanto, com adoção obrigatória do regime da separação de bens), vindo, mais tarde, ao longo do casamento, a desaparecer a causa suspensiva (v.g., um divorciado que não realizara a partilha e que venha depois a completá-la). Nesse caso, tenho que nenhuma razão haverá que impeça a mudança do regime de bens, uma vez desaparecido, por circunstância superveniente, qualquer potencial prejuízo a terceiro, o que é a justificativa que impõe aquele regime.

Por fim, parece estar desenhando-se na doutrina o entendimento de que o art. 2.039 impede a incidência da nova regra com relação aos matrimônios celebrados anteriormente à nova codificação. Nesse sentido é a opinião de MARIA HELENA DINIZ (in Comentários ao Código Civil, Saraiva, v. 22, 2003) e LEÔNIDAS FILIPONE FARRULA JUNIOR (in O Novo Código Civil – Do Direito de Família, Heloisa Maria Dalto Leite (coord.), Freitas Bastos, 2002).

Penso, no entanto, que esse dispositivo, constante nas Disposições Finais e Transitórias, não tem o significado que lhe está sendo emprestado. Ao dispor que ‘o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior (...) é o por ele estabelecido’, claramente objetiva a regra resguardar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. Isso porque ocorreram diversas modificações nas regras próprias de cada um dos regimes de bens normatizados no Código de 2002 em relação aos mesmos regimes no Código de 1916. Exemplificativamente: 1) no regime da separação de bens, não há mais necessidade de autorização do cônjuge para a prática dos atos elencados no art. 1.647; 2) no regime da comunhão universal, não estão mais excluídos da comunhão os bens antes relacionados nos incisos IV, V, VI, X e XII do art. 263 do CC/16; 3) no regime da comunhão parcial, não mais se excluem os bens relacionados no inciso III do art. 269 do

CC/16, mas passam a não mais comunicar os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge (inciso VI do art. 1.659), expressamente excluídos antes pelo inciso VI do art. 271, sob a denominação de 'frutos civis do trabalho, ou indústria de cada cônjuge, ou de ambos'. Como se percebe, alterações houve na estruturação interna de cada um dos regimes de bens e, não fosse a regra do art. 2.039, a incidência das novas regras sobre os casamentos anteriormente realizados caracterizaria ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, uma vez que operaria alteração ex lege, independentemente da vontade das partes, no regime antes escolhido, expressa ou tacitamente, pelo casal. Frise-se que, em decorrência, os casamentos pré-existentes ao novo Código regem-se pelas normas do respectivo regime de bens, conforme regrado na lei vigente à época da celebração – ou seja, o Código Civil de 1916 –, não sendo, dessa forma, alcançados pelas alterações trazidas na nova codificação.

Em conclusão, pode-se afirmar que a possibilidade de alteração do regime de bens no curso do casamento merece ser vista com otimismo, na medida em que permite maior flexibilidade ao casal quanto aos ajustes matrimoniais de bens, mas, de outro lado, exige redobrada cautela do Estado-juiz no exame de cada caso, a fim de não consagrar lesão à parte hipossuficiente.”

Tenho que, na hipótese dos autos, não se trata de conceder autorização para lavratura agora de uma escritura de pacto antenupcial, pois não se pode cogitar de pacto antenupcial lavrado anos após a celebração do casamento.

É o caso, sim, de autorizar a mudança do regime de bens, o que, ressalvados direitos de terceiros: a) pode ser efetuado a qualquer tempo, com efeitos retroativos à data da celebração do casamento, ressalvados direitos de terceiros; b) pode ocorrer inclusive com relação a casamentos anteriores à vigência do Código Civil de 2002; c) independe, quanto à forma, da lavratura de escritura pública, bastando que, uma vez deferida pelo magistrado, seja expedido mandado ao registro civil; d) para que obtenha eficácia ex nunc com relação a terceiros, indispensável seu registro no ofício imobiliário do domicílio dos cônjuges, o que deverá ocorrer igualmente por mandado judicial.

Com tais observações, estou acompanhando o em. Relator.

Des. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS – Presidente

“Proveram. Unânime.”

Dr. GERALDO ANASTÁCIO BRANDEBURSKI JÚNIOR – Juiz a quo

Outra decisão, dessa vez do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, considera que o artigo 1.639, § 2º do novo Código Civil não pode se aplicar a casamentos celebrados sob a égide do Código Civil revogado, esposando o entendimento de que tal alteração não pode se verificar face ao princípio da irretroatividade da lei, bem como em respeito ao ato jurídico perfeito. Esta

decisão encontra-se no nº 25 da Revista Brasileira de Direito de Família, *in verbis*:

“REGIME DE BENS – ALTERAÇÃO. Ação de retificação do regime matrimonial de bens. Procedimento especial de jurisdição voluntária. Ausência de lide. Alegação de vício do consentimento (coaço). Inadmissibilidade. Princípio da irrevogabilidade do regime de bens entre os cônjuges. Relativização da imutabilidade. Tempus regit actum. Possibilidade de alteração em processo litigioso. Carência da ação reconhecida. Recurso desprovido.

(TJSC – AC 2002.024914-4 – 2ª CDCív. – Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben – J. 27.03.200303.27.2003).

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 2002.024914-4 da Comarca de Chapecó (Vara da Fazenda Pública), em que são apelantes N.D. e J.A.B.D. e apelado o representante do Ministério Público:

Acordam, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, em negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

Relatório

N.D. e J.A.B.D., qualificados nos autos, ajuizaram ação de retificação do regime matrimonial de bens, com espeque nos arts. 109 e ss. da Lei de Registros Públicos e arts. 1.103 e ss. do Código de Processo Civil, dizendo-se casados entre si desde 25.04.1992 e, por ocasião da lavratura do pacto antenupcial, em 20.04.1992, optaram pelo regime de separação de bens, lavrando escritura pública no 1º Tabelionato de Notas e Protestos da Comarca de Chapecó/SC. Todavia, depois de longa e harmoniosa convivência marital, concluíram que melhor servidos estariam se houvessem optado pelo regime da comunhão parcial de bens, já que a opção pelo regime de separação deu-se em face de forte pressão exercida pela família do varão. É que N.D., já divorciado e, agora, casado em segundas núpcias, nasceu em uma família abastada, cujos pais temiam por novo insucesso do casamento do filho, com conseqüências patrimoniais sérias, tal como já ocorrera em relação ao casamento anterior desfeito.

Alegaram, ainda, que não tiveram muito tempo para avaliar a situação e, por isso, acabaram por escolher, de chofre, o regime da separação patrimonial que lhes está causando, hoje, grande desconforto, pondo em risco, até mesmo, a harmonia da aliança.

Destacaram que têm dois filhos e não encontram palavras para explicar-lhes a constrangedora situação. Por isso, pretendem a conversão do regime de bens adotado, quando do casamento, para o regime da comunhão parcial, mais confortável e benfazejo.

Invocaram o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), então prestes a entrar em vigor, mais especificamente o § 2º do seu art. 1.639, e criticaram a codificação civil de 1916, sustentando a inteira possibilidade de modificação do regime de bens no casamento, até porque há precedentes jurisprudenciais em tal sentido (DJSC

24.05.1990, *Apelação Cível nº 33.144, da relatoria do Desembargador EDER GRAF*). Destarte, requereram a citação dos interessados na lide, a intimação do Ministério Público e, por fim, a procedência do pedido de retificação do registro de casamento no cartório competente.

O doutor Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Chapecó deu vista dos autos ao representante do Ministério Público, cujo alvitre foi pela extinção do processo sem julgamento do mérito, a teor do art. 267, VI, do CPC, e o doutor Juiz de Direito extinguiu o processo, em razão da impossibilidade jurídica do pedido, aludindo ao art. 230 do Código Civil de 1916 e ao art. 267, VI, do CPC.

N.D. e J.A.B.D. apelaram, com vistas à reforma da sentença e à obtenção da prestação jurisdicional almejada.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. ANTÔNIO GERCINO RAMOS DE MEDEIROS, opinou pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

É o relatório.

Voto

É recurso de apelação adequado, tempestivo e preparado, interposto por N.D. e sua mulher, J.A.B.D., os quais alegam haver aforado, em 3 de julho de 2002, ação de retificação do regime de bens de seu casamento, na pretensão de transmudá-lo de separação para comunhão parcial. Para tanto, alegam que, além de inúmeros precedentes no sentido de suas pretensões, entre os quais o clássico julgado da lavra do Desembargador EDER GRAF, a Lei nº 10.406/02, que institui o novo Código Civil, em seu art. 1.639, § 2º, no caminho das mudanças sociais ocorridas ao longo da vigência do código revogado, veio a admitir a possibilidade da alteração do regime matrimonial de bens, nas condições nele estabelecidas. Entretanto, não se trata de algo inusitado, porque a Lei nº 6.015/73 também permitia a almejada mudança, quando se verificasse erro plenamente justificado, como ocorre neste caso, onde o consentimento dos requerentes, na facção do pacto antenupcial, foi turbado por pressões familiares. Por isso, se antes o julgador defrontava-se já com situações em que se admitia o atendimento de pedidos desta natureza, agora, mais do que antes, tem-nas de sobra, podendo e devendo acompanhar a evolução do pensamento social e da moderna ciência do direito.

Acrescentam que, na novel codificação civil, a regra já não é mais a imutabilidade do regime de bens; tanto que o art. 1.639, § 2º, trouxe novo alento àqueles que, por imperativos do momento da convalidação das núpcias, escolheram mal o regime de bens que os regeria. Por isso, reproduzem a dicção do novo permissivo legal, assim grafado: “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”.

Na verdade, o liame econômico existente entre os cônjuges durante a sociedade conjugal, nos termos da lei e das observações dos teóricos, assenta-se em três princípios fundamentais, ainda hoje vigentes: multiplicidade de regimes de bens, liberdade de escolha do regime e irrevogabilidade da escolha feita. Essa irrevogabilidade, ao contrário do que pensam os apelantes e ainda que suprimida do texto original do

projeto do novo Código Civil, pelo Senador BERNARDO CABRAL, mantém-se, de forma abrandada, no Código Civil de 2002, transmudada, apenas, de absoluta em relativa. Todavia, a alteração do regime de bens, para concretizar-se, a partir do novo Digesto, exige pedido judicial expresso, feito por ambos os cônjuges, de forma motivada, em que se apure a procedência das razões evocadas e ressalvem-se os direitos de terceiras pessoas, nos termos claros e precisos do art. 1.639, § 2º. Assim, não será qualquer pedido, ainda quando assinado por ambos os cônjuges, que haverá de merecer o salvo-conduto judicial para a mudança. Mas, ainda que os interessados quisessem valer-se da superveniência de lei que lhes é benfazeja, haveria obstáculo, em face do princípio tempus regit actum, que não permite a aplicação da nova regra de direito civil aos atos jurídicos praticados antes da sua vigência. Cumpre-me lembrar que, ao trazer a lume seu veredito, o doutor Juiz de Direito fê-lo com base na legislação então em vigor (Código Civil de 1916), em que se engastava norma de vedação expressa naquilo que diz com a possibilidade de mudança do regime de bens do casamento, depois da realização deste. Assim, a menos que a existência de tal regime tivesse vindo ao mundo jurídico como resultado de comprovado erro, não havia ensanchar aos interessados da pretendida modificação do regime de bens escolhido. Por isso, entendeu o juiz que o pedido a ele endereçado, visando à modificação do regime precedentemente adotado, não poderia ser veiculado em procedimento voluntário, porque desenquadrado de qualquer permissivo legal e fundado em hipótese de vício da vontade tisdada por coação irresistível. Destarte, na visão da autoridade judiciária criticada, tratava-se de ação nascida morta, contaminada que viera ao mundo pela impossibilidade jurídica da pretensão, conducente à carência de ação. De todo modo, não fora a irrevogabilidade da eleição do regime de bens, razão bastante a impedir o progresso da ação, inviável já se mostrava invocar a nova lei civil como fundamento legal do pedido de retificação, porque ajuizado em 3 de julho de 2002 e sentenciado em 18 de setembro de 2002, com publicação no Diário da Justiça nº 11.045, de 02.10.2002. Portanto, quando ainda vigorava o Código Civil de 1916.

O procedimento eleito pelos apelantes, de jurisdição voluntária, não se presta, como bem observou o juiz, à apuração de vício do consentimento, no caso a coação, a que se referem os requerentes com o escopo de modificação do regime de bens do casamento, estando bem visível, na hipótese, a impossibilidade jurídica do pedido, ainda que disso discorde o eminente Procurador de Justiça, Dr. ANTÔNIO GERCINO RAMOS DE MEDEIROS, em seu bem elaborado parecer, ao asseverar que “não se trata de pedido juridicamente impossível o pleito articulado pelos apelantes, já que há casos em que se permite a modificação do regime antenupcial avençado, a saber: a) na hipótese versada no caput do art. 258 do CC (comunhão universal), em seu parágrafo único (separação de bens); b) no § 4º do art. 7º da LICC; c) no caso de erro de assento no registro civil (JB 139/69 e 139/88: RT 433/117, 623/152 e 652/70; RJTJESP 58/40, 62/291 e 118/271); d) em caso de erro plenamente justificado (TJSC, AC 33.144, J. 08.05.1990, DJSC, p. 11, Rel. Des. EDER GRAF)”.

Na verdade, com todas as vênias, devo dizer que, se o pedido é formulado fora das exceções previstas na lei, não há como nem por que não reconhecer a impossibilidade jurídica que conduz à carência de ação. É que os requerentes apelantes formularam o pedido com espeque no art. 1.103 do CPC e art. 109 e ss. da Lei nº 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos), e o argumento fático é de que há, na hipótese, não um erro plenamente justificado pelas circunstâncias, mas coação exercida pela família do varão, que, por ser abastada, temia pudesse ser o filho vítima do oportunismo da nova consorte, já que era ele egresso de um casamento anterior frustrado e com conseqüências patrimoniais negativas. Essa questão exige litigiosidade, pois os apelantes, para alcançarem seus intentos, deverão, necessariamente, esgrimir com quem tenha sido autor da coação, liça que só poderá ser travada no âmbito de procedimento de jurisdição contenciosa. Assim, não me afigura apropriado à contenciosidade o procedimento de jurisdição voluntária escolhido pelos apelantes. É que na jurisdição voluntária se “exerce apenas, através de órgãos do Judiciário, atos de pura administração, pelo que não seria correto o emprego da palavra jurisdição para qualificar tal atividade”, diz o eminente HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, em seu Curso de direito processual civil (23ª ed., Saraiva, v. III, p. 347).

À míngua de contenda, neste tipo de procedimento – porque, na lição de PRIETO-CASTRO, “na jurisdição voluntária não existe parte adversária e só se trata de uma fixação de valor substancial em si e por si” (Derecho concursal, 1ª ed., Madrid, 1974, nº 135, p. 180) – vedada está toda e qualquer discussão em torno de disputa ou medição de forças com outrem. Aqui, os requerentes invocam pressões familiares que teriam servido para viciar suas vontades e, com isso, pretendem ver desfeito pacto antenupcial que não mais lhes interessa. Essa pretensão, à luz da legislação vigente à época do endereçamento do pedido a juízo, só seria possível concretizar por meio de veículo processual adequado à espécie, posto que, na impossibilidade de revogação do regime de bens adotado, à falta da prova de erro, nada impedia que, provado vício de consentimento, os interessados anulassem o ato e o substituíssem por outro permitido.

FREDERICO MARQUES tem ensinado que o pressuposto da jurisdição voluntária é ser “um negócio ou ato jurídico, e não, como acontece na jurisdição contenciosa, uma lide ou situação litigiosa. O contraditório entre as partes é traço exterior da jurisdição contenciosa. Inexistindo lide, a jurisdição voluntária é, por isso mesmo, um procedimento que se desenvolve sem partes” (Manual de direito processual civil, 1ª ed., v. I, nº 62, p. 79/80).

“Daí a afirmação de ALCALÁ-ZAMORA de que na jurisdição voluntária não há litígio, mas negócio jurídico; não há partes, mas simples participantes; nem há ação, mas apenas pedido.” (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, ob. cit. p. 348)

A falta de litígio no procedimento de jurisdição voluntária não permite sequer que se rotulem os sujeitos do procedimento de partes (autor e réu) como acontece nos procedimentos contenciosos. Lá, são eles chamados apenas de interessados. Entretanto, mesmo ausente o

conflito, como a jurisdição voluntária conduz à criação ou à constituição de situação jurídica nova, cujos efeitos se irradiam para outras pessoas, além dos próprios interessados, impõe-se, sempre, a citação de quantos possam ser atingidos pelo ato que os promoventes processam em juízo, a teor do art. 1.105 do CPC. Isto, porém, não faz do procedimento uma ação. Continua ele a revestir seu caráter de simples pedido.

“Há, enfim, procedimento de jurisdição voluntária quando, conforme PRIETO-CASTRO, os órgãos judiciais são convocados a desempenhar uma função administrativa destinada a tutelar a ordem jurídica mediante a constituição, asseguramento, desenvolvimento e modificação de estados e relações jurídicas com caráter geral, ou seja, frente a todos.” (Ob. cit., p. 348)

Estas considerações levam a asseverar que o pedido aforado pelos apelantes, ainda que desfrute de simpatia, não pode ser atendido, em face da legislação em vigor da época da sua manifestação, pois, sabe-se, a eleição de determinado regime de bens para vigorar no casamento, por meio de pacto antenupcial elaborado de acordo com a manifestação da vontade dos nubentes, é irrevogável, nos termos do art. 230 do Código Civil de 1916. É o que averba prestadio acórdão da lavra do eminente Desembargador ANSELMO CERELLO, citado no parecer do ilustre Promotor de Justiça, Dr. GEORGE ANDRÉ FRANZONI GIL, in verbis:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – REGIME DO CASAMENTO LIVREMENTE ESCOLHIDO PELOS NUBENTES – IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO, A TEOR DO ART. 230 DO CC – APELO DESPROVIDO

Declarando os nubentes que optaram por um regime de bens determinado, praticam eles ato jurídico perfeito, consumados todos os requisitos suficientes para o aperfeiçoamento do negócio. Sendo perfeito o ato jurídico, encontra-se ele a coberto da lei que vem alterar o regime legal de bens. (...) Em suma, tendo os nubentes optado livremente pelo regime de comunhão universal, esse é o que deverá prevalecer, por irrevogável (CC, art. 230) (RT 655/81-2).” (AC 99.009870-2, Timbó, J. 17.11.2000)

Não obstante a Lei nº 10.406/02, instituindo o novo Código Civil, admitir, no § 2º do art. 1.639, a alteração do regime de bens, por meio de autorização judicial, em pedido motivado feito por ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros, referenciada norma não acoberta o presente pedido, em face do princípio da irretroatividade da lei que, no silêncio desta sobre a possibilidade da retrooperância, obriga tanto o legislador como o órgão judicante.

Claro que, na via do procedimento voluntário, situações excepcionais podem ser reclamadas. Estas, porém, reduzem-se aos casos do art. 258 e seu parágrafo único do Código Civil, e art. 7º, § 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Afora isso, é possível a mudança, também, no caso de erro no assentamento do registro civil, na esteira de inúmeros precedentes, entre os quais aqueles apontados na decisão recorrida. Todavia, o que ressuma destes autos é que os interessados querem modificar o regime de bens de seu casamento, com supedâneo

na invocação da existência, não de erro plenamente justificado, mas de vício da vontade, consubstanciado na figura da coação, que, se exercida de modo a minar a resistência dos requerentes, por envolver uma ameaça moral ou física (vis compulsiva ou vis absoluta), tornaria o ato jurídico nulo. Assim, com tal escopo, o pedido jamais poderia ter como veículo o procedimento de jurisdição voluntária, porque indispensável a condução do tema na esfera da jurisdição contenciosa, com vistas à anulação do ato viciado. É por isto que, dissociado das razões do parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, perfilha o entendimento do Dr. Juiz de Direito para considerar inviável o pedido proposto, não apenas por impossibilidade jurídica do pedido, mas também por erro na escolha do meio processual para provocação da prestação jurisdicional. Resta-me dizer, ainda, que o precedente desta Corte, invocado pelos apelantes, da lavra do Desembargador EDER GRAF, não guarda pertinência com este caso, já que o tema nele abordado refere-se a erro de procedimento cometido pelo agente cartorial, ocorrendo a figura do erro plenamente justificado, que pode ensejar a retificação do regime de bens por meio de procedimento de jurisdição voluntária.

Forte nessas ponderações, coonesto o procedimento judicial de extinguir o processo com base no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, sem julgamento, pois, do mérito, à face da bem estampada impossibilidade jurídica do pedido que induz à carência de ação. Assim, conheço do recurso de apelação, mas nego-lhe provimento.

É o voto.

Decisão

Nos termos do voto do relator, conheceram do recurso e negaram-lhe provimento.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. MONTEIRO ROCHA. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO GERCINO RAMOS DE MEDEIROS.

Florianópolis, 27 de março de 2003.

Des. MAZONI FERREIRA – Presidente com voto

Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN – Relator

De fato, mesmo ante as divergências de interpretação e posicionamento da doutrina, percebe-se a iminente consolidação da corrente que entende aplicável a modificação do regime de bens aos casamentos celebrados sob a égide do Código Civil de 1916, uma vez que inexistente vedação legal neste sentido, e, em homenagem ao princípio da isonomia, não se pode aplicar a lei diferentemente àqueles que se encontram inseridos no mesmo instituto jurídico, qual seja, o do casamento.

Quanto à questão da retroação da alteração, persiste com mais intensidade a divergência, uma vez que alguns posicionamentos privilegiam ainda uma maior proteção a terceiros que tem vinculação com os cônjuges. De

qualquer forma, percebe-se que os Tribunais não tem tido receio em conferir aplicabilidade à norma inserta no artigo 1.639, § 2º do novo Código Civil, o que certamente atenderá ao interesse dos casais que decidirem pela alteração do seu estatuto patrimonial.

CONCLUSÃO

O artigo 230 do Código Civil revogado, fundado no princípio da segurança de terceiros e dos cônjuges, estabelecia a característica da irrevogabilidade do estatuto patrimonial do casamento. Inovando acerca da matéria, o legislador do Código Civil de 2002 optou pela adoção da mutabilidade do regime de bens estabelecido entre os cônjuges, em consonância com o disposto em diversas legislações modernas.

Nesse diapasão, impende considerar a relevância do tema da mutabilidade do regime patrimonial de bens, uma vez que possibilita aos cônjuges a adoção de outro estatuto patrimonial que atenda melhor aos seus interesses, no curso do vínculo conjugal. Tal possibilidade, consignada no § 2º do artigo 1.639 do novo Código Civil, diante da repercussão que o regime patrimonial de bens tem na vida dos cônjuges e no campo social, trará à apreciação judicial, certamente, um grande número de pedidos neste sentido.

Contudo, vale consignar que de fato, nos termos da legislação aludida, a alteração não depende apenas da vontade dos cônjuges que queiram mudar seu regime de bens, mas obedece aos requisitos legais, sendo possível somente mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

A inovação legislativa trazida pelo Código Civil permitindo a mutabilidade do regime de bens na constância do casamento ainda não pode ser definitivamente avaliada, uma vez que pelo pouco tempo de vigência do Código Civil de 2002 não é possível analisar em profundidade a direção das orientações doutrinárias e jurisprudenciais a respeito, principalmente no que concerne às questões controvertidas mencionadas neste trabalho, como a aplicabilidade aos casamentos celebrados sob a égide do Código Civil de 1916, a possibilidade de retroação da decisão à data da celebração do casamento, portanto com efeitos *ex tunc*, e mesmo a aplicação da mutabilidade à união estável.

Na realidade, somente a construção pretoriana será capaz de analisar os casos concretos e definir, futuramente, se a opção do legislador pela

mutabilidade do estatuto patrimonial trará aos cônjuges as vantagens pretendidas quando da sua adoção.

Consideramos que fundamental é a abordagem do tema, ainda que controvertido em alguns aspectos, sob o enfoque constitucional, que, através de seu sistema de princípios e garantias, servirá de filtro para as normas atinentes ao estatuto patrimonial das entidades familiares, atingindo-se assim o objetivo de conferir ao cidadão maior liberdade e autonomia no que concerne à direção dos seus assuntos privados e familiares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. A evolução do Direito de Família no Brasil – uma análise comparativa do Código Civil de 1.916 e do Movimento Reformista. Disponível em <http://www.ibdfam.com.br>, acesso em 05/06/2005.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. Direito Intertemporal. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CAHALI, Francisco José. Contrato de Convivência na União Estável. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. Regime de Bens: Mutabilidade do Regime Patrimonial de Bens no Casamento e na União Estável – Conflito de Norma. Revista Brasileira de Direito de Família, vol. 22, fev/mar 2004.

CARVALHO NETO, Inácio de; FUGIE, Érika Harumi. In: Código Civil Novo Comparado e Comentado. Direito de família. Curitiba: Juruá, volume VI, 2002.

DIAS, Joaquim José de Barros. Direito Civil Constitucional, idem. Caderno 3, coordenador Renan Lotufo. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

DINIZ, Maria Helena. Comentários ao Código Civil. Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, volume 22, 2003.

_____. Direito de Família. Editora Saraiva, São Paulo, 2002.

FARRULA JÚNIOR, Leônicas Filippone. Do Regime de Bens entre os Cônjuges. IN LEITE, Heloísa Maria Daltro. O Novo Código Civil: livro IV do Direito de Família. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

GOMES, Orlando. Memória justificativa do anteprojeto de reforma do Código Civil. Departamento de Imprensa Nacional, 1963.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. Volume IV, São Paulo: Saraiva, 2005.

GOZZO, Débora. Pacto Antenupcial. São Paulo: Saraiva, 1992.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código Civil Comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1591 a 1693. Coordenador Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas Editora, volume XVI, 2003.

MADALENO, Rolf. Regime de Bens entre os Cônjuges IN PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira; DIAS, Maria Berenice. Direito de Família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001.

MANFRÉ, José Antônio Encinas. Regime matrimonial de bens no novo Código Civil. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, 37ª ed., volume 2.

OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea de, e MUNIZ, Francisco José Ferreira. Curso de Direito de Família. Curitiba: Juruá Editora, 2002.

OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. Direito Civil Constitucional. Reflexos da constitucionalização nas relações de família. Caderno 3, coordenador Renan Lotufo. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. O Direito de família e o Novo Código Civil: Aspectos Polêmicos ou Inovadores. Revista Brasileira de Direito de Família nº 18, jun/jul 2003.

_____. A alteração do regime de bens: Possibilidade de retroagir. Revista Brasileira de Direito de Família nº 23, abr/mai 2004.

REIS, Clayton. A mudança do Regime de Bens no casamento em face do Novo Código Civil Brasileiro. Revista Brasileira de Direito de Família, vol. 20, out/nov 2003.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil - Direito de Família, volume 6. São Paulo: Saraiva, 2002.

RONCONI, Diego Richard. Algumas aplicações da mudança do regime de bens do casamento. Disponível em <http://www1.jus.com.br>, acesso em 04/04/2005

RUSSO, José. Alguns temas para reflexão. Disponível em <http://www.ibdfam.com.br>, acesso em 02/07/2005.

SANTOS, J. M. de Carvalho. Código Civil Interpretado. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A, volume IV, 1953.

SANTOS, Luis Felipe Brasil. A mutabilidade dos regimes de bens. Disponível em <http://www.intelligentiajuridica.com.br>, acesso em 11/07/2005.