

## ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS E O ARTIGO 2.039 DO CÓDIGO CIVIL

Heloisa Helena Barboza

O vigente Código Civil vem provocando numerosos debates, esperados em se tratando de lei nova e complexa, em particular no que diz respeito às relações familiares. Além das dificuldades resultantes do processo de "atualização" do projeto original, encontram-se disposições inovadoras, inseridas pelos autores do projeto, que exigem reflexão progressiva.

Encontra-se dentre essas últimas o disposto no artigo 1.639, § 2º, que admite a alteração do regime de bens entre os cônjuges, flexibilizando a aplicação do princípio da imutabilidade do regime matrimonial, respeitado de modo absoluto desde a entrada em vigor do Código Civil de 1.916.

Na linha da lei anterior, a atual manteve a livre escolha do regime de bens (art. 1.639 e 1.640, par. único), podendo os nubentes optar por um dos quatro regimes que disciplina, a saber, regime: de comunhão parcial, de comunhão universal, de participação final nos aquestos e de separação de bens.

Tal qual a anterior, estabeleceu a comunhão parcial como regime legal ou supletivo (art. 1.640) e a separação de bens, como regime obrigatório nos casos que indica (art. 1.641).

Entrando em vigor desde a data do casamento (art. 1.639, § 1º), o regime produz efeitos entre os cônjuges, tais como: a) o surgimento de um patrimônio comum e outro particular de cada consorte, conforme o regime adotado; b) alteração do poder de disposição de certos bens, em especial dos imóveis, bem como da autonomia para prática de determinados atos; c) necessidade de observância de regras relativas à administração de bens comuns e particulares, conforme o regime escolhido; e d) habilitar (ou não) o cônjuge sobrevivente a concorrer com os descendentes do cônjuge falecido.

Há efeitos que se produzem, igual e necessariamente, perante terceiros, como a vinculação da validade de certos atos (arts. 1.647/1.650).

Segundo o Código Civil de 1916, o regime de bens era "irrevogável" (art. 230), expressando a adoção franca do princípio da imutabilidade do regime, o qual, de acordo com antiga doutrina, "foi determinado por motivos os mais ponderosos", visto que "a permissão de alterar o regimen dos bens na constância do matrimônio, observa Lafayette, citando Mourlon (504), além de deixar os direitos do cônjuge mais fraco e condescendente expostos aos perigos da sedução e da astúcia do outro, collocaria os haveres do casal em um estado de incerteza incompatível com a estabilidade que, por bem de interesses de ordem pública, é mister respeitar". No mesmo sentido, Clovis Bevilacqua refere dois fundamentos para a irrevogabilidade: o interesse dos cônjuges e o de terceiros, aduzindo, a essas razões de ordem prática, uma de lógica jurídica: sendo o casamento um contrato pessoal e perpétuo, o regime de bens deve ser estável, inalterável, correspondendo "à perpetuidade e imutabilidade das relações pessoais, enquanto perdura a sociedade conjugal".

Em sentido contrário, J.M. de Carvalho Santos afirmava que, apesar de todas essas razões, "não se justifica em boa doutrina a irrevogabilidade do regime de bens entre os cônjuges".

Os "ponderosos motivos", que sustentavam a irrevogabilidade do regime, refletiam o pensamento da época e não resistiram, de todo, ao tempo. Se ainda persiste a necessidade de respeito aos interesses de terceiros, não há mais que se cogitar de relações perpétuas e imutáveis, sequer havendo casamento, hoje dissolúvel e sujeito, no aspecto patrimonial, às intempéries econômico-financeiras de um mundo dito "globalizado" e de uma sociedade mutante.

Atento à nova realidade, profundamente modificada já à época de elaboração do projeto, admitiu o legislador 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 (art. 1.639, § 2º).

Terá o legislador afastado o princípio da imutabilidade do regime, segundo o qual as convenções (e o regime legal) não poderiam receber qualquer modificação após a celebração do matrimônio? Ou em outras palavras, o regime de bens entre os cônjuges passou a ser revogável? Parece que não. De início deve-se considerar que a lei admite a alteração judicial do regime. A vontade

dos interessados é bastante para escolher o regime, ressalvadas à evidência as hipóteses do regime obrigatório, mas não para modificá-lo.

Além disso, a modificação deve ser motivada, indicando que o juiz deve considerar as razões apresentadas pelos cônjuges, podendo, ou mesmo devendo, indeferir o pedido se não preenchidos os requisitos legais.

Razoável concluir-se ter havido uma "flexibilização" ou um "abrandamento" do princípio, mas não sua rejeição, na medida em que a alteração do regime assume caráter de exceção, admitida uma vez atendidos os requisitos legais, não sendo suficiente para tal fim a vontade dos cônjuges.

O legislador indicou expressamente os requisitos a serem atendidos para que seja possível a modificação do regime (art. 1.639, § 2º), impondo-se analisá-los com cautela, face às repercussões que tal alteração produz nas relações entre os cônjuges e destes com terceiros, a comprometer a disponibilidade (ou não) de bens e a validade de atos, como assinalado de início. Indispensável registrar, porém, que caberá aos tribunais importante papel na interpretação dos referidos requisitos, fixando-lhes a adequada compreensão e alcance.

Refere a lei a pedido de "ambos os cônjuges", sinalizando deva haver consenso quanto à modificação. Admitir o pedido formulado por um só dos cônjuges, seria impor ao outro um novo regime, o que não seria razoável: o acordo de vontades que orientou a escolha original deve orientar a alteração, visto que apenas a lei pode impor um regime e o faz por causas entendidas justas pelo legislador.

A interdição do cônjuge posterior ao casamento não deve impedir, por si só, a modificação do regime, já que sequer impede a dissolução da sociedade conjugal (CC, art. 1.576, par. único). Contudo, forte deve ser a motivação, a demonstrar, de modo cabal, benefício para o incapaz, sob pena de contrariar o espírito do instituto da interdição, ou seja, o de proteger o incapaz. A aferição dos motivos deve ser feita de modo diferenciado, posto que indispensável atender os interesses soberanos daquele que não pode manifestar pessoalmente sua vontade.

A alteração em causa poderá provocar uma "redistribuição" de bens, parecendo necessário que os cônjuges apresentem, desde logo, o que acordaram sobre os bens existentes: quais passarão a ser comuns ou particulares (e vice versa), de modo que fique clara a sua titularidade (do casal ou de um só dos cônjuges).

Conforme exigência legal, devem os cônjuges motivar o pedido, ou seja, apresentar as razões pelas quais desejam alterar o regime de bens adotado quando da celebração do casamento. Silenciou o legislador quanto aos motivos, fazendo concluir, de início, haver liberdade na motivação.

Deve-se, considerar, porém, que a alteração do regime de bens encontra limites. O primeiro limite é expresso: os direitos de terceiros. Embora sejam os cônjuges livres para acordar os que lhes aprouver, a mudança do regime não pode prejudicar terceiros, como por exemplo, subtrair ou diminuir as garantias dos credores.

A prática tem indicado que, para evitar tal prejuízo aos credores, devam ser apresentadas certidões (passadas pelos cartórios de distribuição e do registro de imóveis do domicílio dos cônjuges) que comprovem a ausência de comprometimento patrimonial.

Parece que não haverá exagero em se averiguar o tempo de domicílio dos cônjuges, mediante documentos de fácil obtenção (contas referentes à prestação de serviços públicos, extratos bancários) ou mesmo testemunhas, prevenindo que a mudança recente de domicílio venha a prejudicar credores porventura existentes no anterior domicílio. Verificada essa hipótese, a exibição de certidões da última residência indicará a existência (ou não) de direitos de terceiros.

Tais medidas são de natureza acautelatória, visto que não seria razoável admitir-se uma alteração de regime sabidamente prejudicial a terceiros, a ensejar eventual demanda judicial. Na verdade, espera-se que os cônjuges ajam de boa-fé.

Analisando os limites a serem observados, pode-se afirmar que a alteração do regime de bens sofre limitações: a) quanto à forma; b) quanto ao conteúdo; e c) em razão do direito de terceiros.

No que respeita à forma, a alteração do regime só pode se promover mediante autorização judicial. Os pedidos já formulados têm observado procedimento especial de jurisdição voluntária (art. 1.103, do CPC), o que parece adequado. Indispensável a intervenção do Ministério Público, a teor do art. 82, II, do CPC.

A produção de efeitos se dá: entre os cônjuges, após o trânsito em julgado da decisão que deferir o pedido; perante terceiros: após a averbação da sentença nos cartórios do Registro Civil das Pessoas Naturais e do Registro de Imóveis.

Quanto ao conteúdo, é de se reconhecer o paralelismo existente entre a adoção inicial de um regime e sua modificação. Examinadas as disposições pertinentes ao pacto antenupcial (art. 1.653/1.657, do CC), constata-se ser o mesmo ato solene, que só produz efeito perante terceiros uma vez registrado no cartório do Registro de Imóveis, sendo nula a convenção que contravenha disposição absoluta de lei.

Razoável entender não deva a alteração judicial do regime, igualmente, contrariar "disposição absoluta de lei". No caso, não poderá ser modificado o regime obrigatório da separação de bens (art. 1.641, do CC). Do mesmo modo, por questão de princípio, dada a natureza da matéria, o regime não pode ser alterado com o fim exclusivo de retirar o requisito que habilita o cônjuge sobrevivente a concorrer com os descendentes (art. 1829, I, do CC) do cônjuge falecido. Atenta deverá ser, por conseguinte, a análise dos motivos pelo julgador.

A alteração do regime de bens não pode ser utilizada como "instrumento" para fraudar lei imperativa. Nulo seria o negócio jurídico assim praticado (art. 166, VI). O judiciário não deve avalizar um ato que, em verdade, mascara uma "renúncia antecipada" à herança, afrontando o disposto no art. 426, do Código Civil. Se inadmissível a renúncia, por igual seu simulacro. O cônjuge é herdeiro necessário, terceiro na ordem de vocação hereditária (art. 1.829, III, CC). Concorrerá, porém, com os descendentes, primeira classe chamada a suceder na sucessão legítima, dependendo do regime de bens do casamento com o autor da herança (esse o requisito acima referido). Não concorrerá se casado pelo regime de comunhão universal ou de separação obrigatória (art. 1.829, I, CC).

Observe-se que na comunhão universal há bens excluídos da comunhão (art. 1.668, do CC). Portanto, ainda que plenamente justificado um pedido de alteração para o regime de comunhão universal, devem os cônjuges ser esclarecidos dessa consequência necessária do acordo que desejam homologar.

Feitas essas considerações, resta indagar se a disposição do art. 1.639, § 2º, do Código Civil, alcança todos os casamentos, vale dizer, também os celebrados em data anterior a sua vigência. A resposta (positiva ou negativa) será encontrada em função da interpretação que se dê ao artigo 2.039, do Código Civil, que contém a regra de transição.

Segundo o mencionado dispositivo, "o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido". O que objetiva o legislador: a) vedar a alteração de regime dos casamentos anteriores?; b) referir-se apenas ao regime não mais existente (dotal)?; ou c) estabelecer a regra para os atos praticados por pessoas casadas na vigência da lei anterior?

De início, cabe descartar a segunda formulação, na medida em que não teria sentido a preocupação com um único regime, aliás de uso escasso. Além disso, a redação do artigo em nada autoriza tal interpretação.

A resposta afirmativa à primeira pergunta é sedutora, diante da literalidade do artigo 2.039. O mesmo pode-se dizer da assertiva em contrário, principalmente sob o argumento de que não pode haver "discriminação entre os casamentos".

Essa última linha, de aplicação da nova lei aos casamentos anteriores, franqueando a alteração do regime de bens, encontra reforço na Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual a lei em vigor tem efeito imediato e geral (art. 6º), respeitadas o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Por conseguinte, em princípio, a lei nova deve ser aplicada a todos os casamentos, portanto, inclusive aos anteriores a janeiro de 2003.

Retomada seria, nesse caso, a indagação central: qual a interpretação do artigo 2.039? Necessário para a resposta que se considere a natureza da norma. Trata-se de regra de direito intertemporal, a ser interpretada de modo harmônico com as demais disposições transitórias, buscando o real intuito do legislador.

Observe-se que, admitida que fosse a aplicação exclusiva da orientação da lei de introdução, dúvidas poderiam surgir entre os cônjuges quanto à titularidade (ou vinculação a débitos) de alguns bens, visto que o Código Civil alterou, ainda que de modo não muito significativo, a composição dos patrimônios comum e particular. Pela mesma razão, no caso da alteração do regime de bens, questionável seria a validade de atos praticados anteriormente, em desacordo com as exigências da lei nova, de que é exemplo o aval.

No exemplo citado, poderia ser invocada a parte final do artigo 6º, da Lei de Introdução, protegendo o aval prestado sob o manto do ato jurídico perfeito. Todavia, os efeitos futuros do ato seriam alcançados pela lei vigente, por força da parte inicial do próprio artigo. Na prática, havendo alteração do regime e dependendo do novo regime adotado, problemas poderiam

surgir em eventual execução.

Cabe lembrar que o regime de bens produz efeitos entre os cônjuges e entre estes e terceiros. Há, portanto, duas gamas de atos que seriam atingidos, indiscriminadamente, pela lei, podendo gerar situações de perplexidade, em razão das peculiaridades de cada regime. Consideradas essas peculiaridades, verifica-se que, tanto na lei anterior, quanto na atual, foram estabelecidas disposições gerais que atingem todos os regimes. Os regimes de bens não são iguais, caracterizando-se, especialmente, pela composição dos patrimônios comum e particular. Mas há (e já havia) regras que se aplicam indiscriminadamente a qualquer regime.

Razoável, por conseguinte, o entendimento no sentido de que essas regras gerais, incidentes sobre todos os regimes de bens, sejam atingidas pela lei nova, mantendo-se a orientação da lei anterior quanto à disciplina específica de cada regime, como determina o artigo 2.039: o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do CC de 1916 "é o por ele estabelecido".

Segue-se, desse modo, a orientação contida no artigo 2.035, segundo o qual a validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor da nova lei, obedece ao disposto nas leis anteriores, mas seus efeitos, produzidos após a vigência do Código de 2002, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. O artigo 2.039 especializa, pelas razões apresentadas, a regra de transição no que se refere ao regime de bens que é o estabelecido no Código Civil de 1916, na forma acima aludida.

Essa interpretação acarreta importantes consequências: a) manter o regime de bens dos casamentos anteriores à nova lei ("o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do CC de 1916 é o por ele estabelecido), ou seja, ficam mantidas as relações patrimoniais entre os cônjuges (as "peculiaridades" de cada regime), salvo no que respeita às disposições gerais, que passam a ser as do Código Civil de 2002; b) preservar os atos praticados por pessoas casadas na vigência da lei anterior, ainda que venham a modificar o regime de bens; b) permitir a aplicação das disposições gerais relativas a regime de bens (do CC/2002) a todos os casamentos, insista-se, mesmo aos celebrados antes da vigência da nova lei civil.

Os efeitos práticos serão sensíveis, como os decorrentes da aplicação dos artigos 1.642 e 1.647. Por força desse último dispositivo, passa o cônjuge casado pelo regime de separação convencional de bens (art. 1.687) a poder alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis. Pelo mesmo motivo, nos demais regimes, será necessária a outorga conjugal para o aval. A aplicação do art. 1.642 aos casamentos anteriores ao novo Código, pelos fundamentos apresentados, alcançará apenas os atos praticados em data posterior à vigência, como por exemplo, a invalidação do aval realizado sem a outorga conjugal.

Em conclusão: a) é admissível a alteração do regime de bens mesmo para os casamentos celebrados em data anterior à vigência do Código Civil de 2002, observadas as limitações legais; b) as disposições gerais do Código Civil de 2002, relativas a regime de bens (arts. 1.639/1.652), aplicam-se a todos os casamentos, inclusive aos que lhe são anteriores; c) a disciplina (específica) dos regimes de bens estabelecida pelo Código Civil de 1916 aplica-se para preservar os atos praticados durante sua vigência e reger as relações, que lhe são pertinentes, entre os cônjuges.