

**CIVIL - REGIME MATRIMONIAL DE BENS - ALTERAÇÃO JUDICIAL - CASAMENTO OCORRIDO SOB A ÉGIDE DO CC/1916 (LEI Nº 3.071) - POSSIBILIDADE - ART. 2.039 DO CC/2002 (LEI Nº 10.406) - CORRENTES DOUTRINÁRIAS - ART. 1.639, § 2º, C/C ART. 2.035 DO CC/2002 - NORMA GERAL DE APLICAÇÃO IMEDIATA**

**1 - Apresenta-se razoável, *in casu*, não considerar o art. 2.039 do CC/2002 como óbice à aplicação de norma geral, constante do art. 1.639, § 2º, do CC/2002, concernente à alteração incidental de regime de bens nos casamentos ocorridos sob a égide do CC/1916, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido, não havendo que se falar em retroatividade legal, vedada nos termos do art. 5º, XXXVI, da CF/88, mas, ao revés, nos termos do art. 2.035 do CC/2002, em aplicação de norma geral com efeitos imediatos.**

**2 - Recurso conhecido e provido pela alínea a para, admitindo-se a possibilidade de alteração do regime de bens adotado por ocasião de matrimônio realizado sob o pálio do CC/1916, determinar o retorno dos autos às instâncias ordinárias a fim de que procedam à análise do pedido, nos termos do art. 1.639, § 2º, do CC/2002.**

RECURSO ESPECIAL Nº 730.546/MG - Relator: Ministro JORGE SCARTEZZINI

Recorrentes: P.V.B.B.A. e cônjuge.  
Advogados: Linda Mirtes Maluf Afonso e outros.

**Acórdão** \_\_\_\_\_

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a

seguir, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com quem votaram de acordo os Srs. Ministros Barros Monteiro, César Asfor Rocha, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Júnior.

Brasília-DF, 23 de agosto de 2005 (data do julgamento). - *Ministro Jorge Scartezzini* - Relator.

## Relatório

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator) - Inferese dos autos que P.V.B.B.A. e seu esposo J.S.A. ajuizaram ação, visando à alteração do regime de bens adotado para o matrimônio do casal, realizado em abril de 1995, de comunhão parcial para separação total, registrando que os bens adquiridos na constância do casamento já teriam sido divididos entre os cônjuges.

Sustentaram, ainda, na ocasião, que, embora tenham solicitado ao cartório competente a elaboração de pacto antenupcial com a previsão do regime de separação de bens, por erro, do qual não foi requerida retificação, restou lavrada escritura com a adoção do regime de comunhão parcial de bens.

O pedido restou indeferido pelo d. Juízo de primeiro grau, sob o fundamento de que, nos termos do art. 2.039 do CC/2002, 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”.

Irresignados, os requerentes apelaram, tendo a col. Quinta Turma do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais negado provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa, *verbis*:

Civil. Alteração do regime de bens. Casamento celebrado na vigência do Código Civil de 1916. Impossibilidade. Inteligência do art. 2.039 do Código Civil de 2002. O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior é por ele estabelecido (f. 55).

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados.

Daí o presente recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, III, a e c, da CF/88, sustentando os recorrentes violação ao art. 535 do CPC, sob a alegação de omissão do v. aresto recorrido, bem como contrariedade pelo mesmo aos arts. 1.639, § 2º, 1.687 e 2.039 do CC/2002, ao não permitir a alteração do regime de bens, sob o fundamento de que o casamento teria se realizado na vigência da legislação civil

anterior, bem como deu aos citados dispositivos interpretação diversa da que lhe fora atribuída pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul na AC nº 700067099850.

Admitido o recurso pelo eg. Tribunal de origem (f. 107/108), subiram os autos a esta Corte Superior de Justiça.

A d. Subprocuradoria-Geral da República, às f. 115/117, opina pelo provimento do recurso especial, em parecer assim sumariado:

Civil. Família. Regime de bens. Alteração. “Arts. 1.639, § 2º, e 2.039: A alteração do regime de bens prevista no § 2º do art. 1.639 do Código Civil também é permitida nos casamentos realizados na vigência da legislação anterior” (Enunciado nº 260, III, Jornada de Direito Civil). Parecer pelo provimento do recurso.

Após, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

## Voto

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator) - Sr. Presidente, como relatado, pretendem os recorrentes, em síntese, obter a mudança de regime de casamento (de comunhão parcial para separação total), alegando, para tanto, contrariedade aos arts. 535 do CPC e 1.639, § 2º, 1.687 e 2.039 do CC/2002. Aduzem, ainda, a ocorrência de divergência jurisprudencial.

Inicialmente, quanto à alínea c do permissivo constitucional, não verifico o necessário confronto analítico entre os arestos apontados como divergentes, restringindo-se os recorrentes à mera citação de ementa, pelo que, quanto a este aspecto, não conheço do recurso especial.

No que tange à alínea a, entretanto, o recurso procede. Com efeito, entenderam as instâncias ordinárias que o disposto no art. 2.039 do CC/2002 (“O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei 3.071 de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido”) constituiria óbice para a alteração do regime de bens adotado para os casa-

mentos celebrados na vigência da legislação anterior (Código Civil de 1916), sendo esta a hipótese vertente, já que o matrimônio realizou-se em 1995, pleiteando-se a alteração de regime em fevereiro de 2003.

De fato, o d. Magistrado singular julgou improcedente o pedido, com base em exegese literal de sobredito comando legal, salientando, *verbis*:

O art. 2.039 do CC prescreve que “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 sistema do novo Código, quanto ao regime de bens, principia por fixar regra absolutamente distinta da que existia para os casamentos celebrados sob a vigência do CC/1916. Para os casamentos celebrados antes da vigência do novo Código, prevalece a regra do CC/1916. Para os casamentos que se celebrarão sob a égide do novo sistema, a regra é a do art. 1.639, § 1º, e mais o § 2º, ambos do CC (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados*, São Paulo: RT, p. 657).

*Assim, como o casamento foi celebrado em 28 de abril de 1995 (f. 11), seu regime de bens permanece, não podendo ser alterado por decisão judicial (f. 26/27) - grifei.*

O eg. Tribunal *a quo*, por sua vez, acompanhando os fundamentos do r. *decisum* monocrático, registrou o seguinte, *verbis*:

(...) estabelece o art. 2.039 do Código Civil, em vigor, 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”.

*Ora, como se pode inferir da leitura do mencionado dispositivo legal, se o casamento foi celebrado na vigência do Codex revogado, ostenta-se manifestamente inadmissível a pretensão à mudança do regime matrimonial de bens ... (f. 57) - grifei.*

Pois bem, consoante determinava o art. 230 do CC/1916 - norma inserida no Capítulo I (Disposições Gerais) do Título II (dos Efeitos Jurídicos do Casamento) -, o regime de bens,

uma vez escolhido pelos nubentes, tornava-se irrevogável.

Nesse sentido, ressalte-se que, mesmo à época, o rigor de aludida regra restou amenizado, mediante a previsão de exceções legais à inalterabilidade do regime de bens no curso do casamento (*v.g.*, art. 7º, § 5º, da LICC, permitindo a adoção do regime de comunhão parcial de bens ao estrangeiro casado que se naturalizasse brasileiro; Súmula 377/STF, admitindo a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento selado pelo regime da separação de bens).

De qualquer forma, afora mencionados casos excepcionais, o regime de bens - conjunto de regras disciplinadoras das relações patrimoniais oriundas do casamento, mais precisamente relativas ao domínio e à administração de ambos ou de cada um dos cônjuges quanto aos bens trazidos ao casamento e aos adquiridos durante a união - era, até o advento do novo Código Civil (Lei 10.406/2002), irrevogável, durante a vigência do casamento (não se olvidando, por óbvio, a possibilidade de alteração do primitivo regime de bens, após o advento da Lei 6.515/77, em se tratando de cônjuges que, previamente divorciados, procedessem a novo matrimônio).

Inovando a matéria, pois, a Lei 10.406/2002 dispôs, no seu art. 1.639, § 2º - também inserido nas Disposições Gerais referentes ao casamento -, ser “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”.

Por outro lado, editou-se, também, o art. 2.039, ora enfocado, localizado no Livro Complementar das Disposições Finais e Transitórias, o qual determinou, quanto ao regime de bens dos casamentos celebrados anteriormente à vigência do novo Estatuto, que se aplicassem as regras do antigo Código.

Pois bem, quanto à interpretação de aludida norma, verifica-se que parte dos doutrinadores pátrios, adotando orientação “literalista”

ou “textualista” (tal como, *in casu*, procederam as d. instâncias ordinárias), pressupõe que a alteração do regime de bens, consoante previsto no § 2º do art. 1.639 do atual Código Civil, aplica-se tão-somente àqueles casamentos ocorridos após a entrada em vigor do novo Código. É dizer, nos precisos termos do art. 2.039 do CC/2002, a mudança incidental do regime de bens não alcança os casamentos ocorridos sob a égide da Lei 3.071/16 (Código Civil/1916), que, peremptoriamente, impedia tal alteração (art. 230).

A bem da verdade, tal posicionamento se fundamenta no respeito ao ato jurídico perfeito, princípio sufragado pelos arts. 5º, XXXVI, da CF/88, e 6º da LICC (Decreto-Lei 4.657/42). Sob esse prisma, pois, para os casamentos anteriores à nova lei civil, subsistiria o pacto relativo ao regime de bens como ato jurídico perfeito, por isso imutável, sobretudo diante da regra inserta no art. 2.039 do CC/2002.

Ademais, conforme tais doutrinadores, mencionado dispositivo, ao estabelecer que o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do CC/1916 “é o por ele estabelecido”, estaria abrangendo tanto as regras específicas a cada um dos regimes matrimoniais de bens previstos no CC/1916 (ou seja, arts. 262 a 314, que tratam de aspectos peculiares aos regimes da comunhão universal e parcial, da separação de bens, do regime dotal e das doações antenupciais), quanto às normas gerais concernentes a todos os regimes de bens (é dizer, arts. 256 a 261, inseridos em Capítulo intitulado “Das Disposições Gerais”).

Conforme tal entendimento, pois, não só, por exemplo, o disposto no art. 263 do CC/1916 - regra específica que trata dos bens excluídos da comunhão, no casamento sob o pálio do regime de comunhão universal -, mas também o estabelecido no art. 259 - regra geral prevendo a responsabilidade do marido, na posse de bens particulares da mulher, como usufrutuário, para com ela e seus herdeiros, em se tratando de rendimento comum - seriam aplicáveis, mesmo após o advento do novo Código Civil, aos casamentos celebrados na vigência da legislação anterior.

A propósito da exegese “literalista” outorgada ao art. 2.039 do CC/2002, confirmam-se os ensinamentos de Arnaldo Rizzardo:

De grande repercussão a mudança introduzida pelo Código Civil de 2002, no § 2º do art. 1.639, com a seguinte redação: “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”.

No Código revogado, a parte final do art. 230 impunha a irrevogabilidade, não se abrindo ensanchas para a alteração, embora motivos ponderáveis pudessem existir.

Por força da nova ordem, em tese é admitida a mudança, passando de qualquer regime para outro, mas desde que permitido, e não constem no Código vedações para a sua escolha, como as descritas nos incisos no art. 1.641 (art. 258 do Código de 1916), e que envolvem o casamento de pessoas que infringem as causas suspensivas, e de pessoas com mais de sessenta e cinco anos.

*Em qualquer momento torna-se viável a mudança, não abrangendo os casamentos celebrados sob o Código de 1916, por força do art. 2.039 do Código (Direito de Família, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 629) - grifei.*

Por outro lado, nomes de relevo na doutrina pátria, ao interpretarem o art. 2.039 do CC/2002, não obstante a literalidade de seus termos, defendem a possibilidade de alteração convencional do regime de bens com relação aos casamentos ocorridos antes do novo Estatuto Civil, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido, a teor do que dispõe o art. 1.639, § 2º, do CC/2002.

Isso porque, segundo tal exegese, a uma, o art. 2.039 do CC/2002, ao dispor que o regime de bens quanto aos casamentos celebrados na vigência do CC/1916 “é o por ele estabelecido”, estaria determinando a incidência da legislação civil anterior exclusivamente no tocante às regras específicas a cada um dos regimes matrimoniais, consignadas, como assinalado, nos arts. 262 a 314, alusivas aos aspectos peculiares dos regimes da comunhão universal e parcial, e da separação de bens, do regime dotal e das doações antenupciais. Ao

revés, as normas gerais concernentes aos interesses patrimoniais dos cônjuges na constância da sociedade conjugal, previstas nos arts. 1.639 a 1.652 da novel legislação civil, na medida em que contêm princípios norteadores dos diversos regimes particulares de bens, aplicar-se-iam imediatamente, alcançando tanto os casamentos celebrados sob a égide do CC/1916, cujos regimes de bens encontram-se em curso de execução, como, por óbvio, os pactuados sob o CC/2002. Desta feita, o art. 1.639, § 2º, do CC/2002, abonador da alteração dos regimes de bens na vigência dos casamentos, constituindo-se norma geral relativa aos direitos patrimoniais dos cônjuges, incidiria imediatamente, inclusive nas sociedades conjugais formalizadas sob o pálio do CC/1916, afastando a vedação constante do art. 230 do CC/1916.

Ainda, e principalmente, consoante observam tais doutrinadores, a possibilidade de o art. 1.639, § 2º, do CC/2002, permissivo da mudança de regime de bens no curso do matrimônio, aplicar-se aos efeitos futuros de contratos de bens em plena vigência quando do respectivo advento, haja vista consistir, segundo frisado, em norma geral de efeito imediato, encontra-se determinada pelo próprio CC/2002 que, em seu art. 2.035, preconiza, explicitamente: “A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução”.

Ressalte-se, por fim, não haver que se confundir o denominado efeito imediato do art. 1.639, § 2º, do CC/2002 (conquanto equiparado, segundo alguns autores, ao denominado efeito retroativo mínimo, mitigado ou temperado), preconizado de modo expresso pelo art. 2.035 do CC/2002, com retroatividade genérica das leis, vedada, em regra, pela Magna Carta em atenção ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF/88). Deveras, *in casu*, a nova legislação a ser imediatamente aplicada não atingirá fatos anteriores, nem, tam-

pouco, os efeitos consumados de tais fatos; incidirá, por óbvio, nos fatos futuros à sua vigência, bem assim com relação tão-somente aos efeitos vindouros dos fatos, ainda que pretéritos, em pleno curso de execução quando de sua vigência, não se cogitando, pois, de retroatividade legal ofensiva aos ditames constitucionais, por inobservância a ato jurídico perfeito.

A propósito, lecionam, respectivamente, os mestres Rubens Limongi França e Arnoldo Wald, bem diferenciando os efeitos retroativo e imediato das leis, *verbis*:

Conforme já se examinou em outra parte, segundo o mestre francês, “a base fundamental da ciência do conflito das leis, no tempo, é a distinção entre efeito retroativo e efeito imediato”, acrescentando, a seguir, que o primeiro “é a aplicação no passado” e outro “aplicação no presente”.

A questão coloca-se sobretudo à face dos *facta pendentia*, pois com relação aos *facta praeterita* sempre haveria retroatividade, ao passo que relativamente aos *facta futura* não há retroatividade possível.

Ora, quanto aos primeiros, “é preciso estabelecer uma separação entre as partes anteriores à data da mudança da legislação, que não poderia ser atingida sem retroatividade, e as partes posteriores, em relação às quais a lei nova, se se lhes deve aplicar, não terá senão um efeito imediato”.

Portanto, quando o Legislador declara que a lei em vigor “terá efeito imediato”, com isso determina que a lei nova, em princípio, se aplica tanto aos *facta futura*, como às “partes posteriores” dos *facta pendentia* (*A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, p. 209).

A doutrina fez uma distinção fecunda entre a retroatividade máxima, que alcança o direito adquirido e afeta negócios jurídicos findos; a retroatividade média, que alcança direitos já existentes, mas ainda não integrados no patrimônio do titular e a retroatividade mínima, que se confunde com o efeito imediato da lei e só implica sujeitar à lei nova conseqüências a ela posteriores de atos jurídicos praticados na vigência da lei anterior (*Curso de Direito Civil Brasileiro*, 5. ed., São Paulo: RT, 1987, v. 1, p. 82).

Ainda, com base no Direito Comparado, elucidativas as palavras, respectivamente, dos mestres franceses Planiol e Roubier, *verbis*:

(...) a lei é retroativa quando ela se volta para o passado, seja para apreciar as “condições de legalidade de um ato”, seja para modificar ou suprimir os “efeitos de um direito já realizado”. Fora daí, não há retroatividade, e a lei pode modificar os “efeitos futuros” de fatos ou atos anteriores, sem ser retroativa” (“...la loi est rétroactive quand elle revient sur le passé soit pour apprécier les “conditions de légalité d’un acte”, soit pour modifier ou supprimer les “effets d’un droit déjà réalisés”. Hors de là il n’y a pas de rétroactivité, et la loi peut modifier les “effets futurs” de faits ou d’actes mêmes antérieurs, sans être rétroactive”) (*Traité Élémentaire de Droit Civil*, 4. ed., nº 243, Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1906, v. 1, p. 95).

Se a lei pretende aplicar-se aos fatos realizados (*facta praeterita*), é ela retroativa, se pretende aplicar-se a situações em curso (*acta pendentia*), convirá estabelecer uma separação entre as partes anteriores à data da modificação da legislação, que não poderão ser atingidas sem retroatividade, e as partes posteriores, para as quais a lei nova, se ela deve aplicar-se, não terá senão efeito imediato; enfim, diante dos fatos a ocorrer (*facta futura*), é claro que a lei não pode jamais ser retroativa (“*Si la loi prétend s’appliquer à des faits accomplis (facta praeterita), elle est rétroactive; si elle prétend s’appliquer à des situations en cours (acta pendentia), il faudra établir une séparation entre les parties antérieures à la date du changement de législation, qui ne pourraient être atteintes sans rétroactivité, et les parties postérieures, pour lesquelles la loi nouvelle, si elle doit s’appliquer, n’aura jamais qu’un effet immédiat; enfin, vis-à-vis des faits à venir (facta futura), il est clair que la loi ne peut jamais être rétroactive*”) (*Le Droit Transitoire - Conflits des Lois dans le Temps*, 2. ed., nº 38, Éditions Dalloz et Sirey, 1960, p. 177).

Destarte, consoante a orientação doutrinária ora em apreço, quanto aos casamentos celebrados sob a égide do CC/1916, em curso quando da promulgação da nova disciplina jurídica civil, em razão da própria dinâmica do matrimônio, cujos efeitos, quanto ao regime de bens (contrato especial de Direito de Família de

prestação contínua), não se exauriram sob a vigência deste, projetando-se, ao revés, sob a vigência do CC/2002, aplicam-se imediatamente as novas regras legais, perfazendo-se possível a alteração do regime patrimonial mediante decisão judicial.

Assim, *in casu*, tem-se que os bens adquiridos antes da prolação de decisão judicial que venha a alterar o regime de bens remanesçam sob os ditames do pacto de comunhão parcial anteriormente estabelecido: o novo regime de separação total de bens incidirá tão-somente sobre bens e negócios jurídicos adquiridos e contratados após a decisão judicial que autorizar, nos termos do art. 1.639, § 2º, do CC/2002, a modificação incidental do regime de bens.

Neste diapasão, indispensável a transcrição dos seguintes trechos da obra de Orlando Gomes, um dos primeiros expoentes do entendimento ora esposado:

Por que proibir que modifiquem cláusulas do contrato que celebraram, mesmo quando o acordo de vontades é presumido pela lei? Que mal há na decisão de cônjuges casados pelo regime da separação de substituírem-no pelo da comunhão?

Necessário, apenas, que o exercício desse direito seja controlado a fim de impedir a prática de abusos, subordinando-o a certas exigências. Assim é que a mudança somente deve ser autorizada se requerida por ambos os cônjuges, justificadamente. Seu acolhimento deverá depender de decisão judicial, verificando o juiz se o pedido foi manifestado livremente e se motivos plausíveis aconselham seu deferimento. Finalmente, só é de ser acolhido se não for feito com o propósito de prejudicar terceiros, cujos interesses, em qualquer hipótese, se ressalvam - para o que se deve exigir a publicidade necessária através da obrigação de transcrever a sentença no registro próprio. Protege-se, desse modo, o interesse de quem quer que tenha contra qualquer dos cônjuges um direito cujo título seja anterior ao registro na mudança do regime (*Direito de Família*, 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 174).

Merecem relevo, ainda, respectivamente, as lições de Maria Helena Diniz e Caio Mário da

Silva Pereira, que admitem, apresentando algumas nuances a respeito do tema, a alteração incidental de regime matrimonial de bens para os casamentos antigos:

O art. 2.035 do novo Código Civil (norma geral) prescreve: “A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução”. E acrescenta no parágrafo único que: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”. Aquele mesmo diploma legal no art. 2.045 reza: “Revogam-se a Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei n. 556, de anteriores ao novo Código, que também se regem pelo Código Civil de 1916 (art. 2.045) e serão tidos como válidos se atendidos os pressupostos legais”. O novo Código Civil não alcança os atos pretéritos iniciados e findos antes da data de seu início, mas tão-somente os futuros. E os contratos em curso de execução, como, p. ex., os pactos antenuupciais, são regidos pela lei sob cuja vigência foram estabelecidos. Logo, o art. 2.039 (norma de direito intertemporal, de ordem pública e especial), é o aplicável ao regime matrimonial de bens, que, portanto, será imutável, se o casamento se deu sob a égide do Código de 1916, salvo as exceções admitidas pela jurisprudência, durante a sua vigência. Portanto, nada obsta a que se aplique o art. 1.639, § 2º, do novo Código, excepcionalmente, se o magistrado assim o entender, aplicando os arts. 4º e 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 Código Civil de 1916 com os valores vigentes na sociedade, acarretando injustiça (*Curso de Direito Civil Brasileiro*, 20. ed., São Paulo: Saraiva, v. 5, p. 164). Reporte-se, no entanto, ao art. 2.039 das Disposições Transitórias ao determinar que 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”. Pela

leitura literal desta regra legal, se o casamento for anterior ao novo Código, mantém-se, por exemplo, a exigência da outorga uxória para a alienação de bens prevista nos arts. 235 e 242 de 1916, apesar de o art. 1.687 de 2002 dispensá-la, expressamente, no regime de separação convencional. Não se pode admitir a mudança do regime com o objetivo de violar as restrições relativas ao regime legal de separação, ou mesmo de prejudicar os herdeiros. Em princípio, devem ser preservados os atos anteriores praticados e respeitados os bens particulares.

Diante da rigidez deste princípio sugerimos que se dê uma interpretação adaptada à realidade dos cônjuges, permitindo-se excepcionalmente a alteração, para que o novo regime atinja apenas os bens e negócios jurídicos que venham a ser adquiridos e contratados após a decisão judicial que autorizar a mudança. Para isto, deverá ser comprovado o patrimônio existente por ocasião da alteração do regime. A mudança do regime não poderá afastar os direitos sucessórios dos cônjuges (*Instituições de Direito Civil*, 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, v. 5, p. 192).

Acrescentem-se, por oportuno, as considerações de João Batista Villela, um dos maiores defensores da tese de revogabilidade do regime de bens, que, em seu ensaio “Regime de Bens no casamento. Revogabilidade e segurança de terceiros” (*Estudos de Direito Brasileiro e Alemão*, Porto Alegre: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1985, p. 123/133), analisa diversas legislações (Alemanha, Suíça, Espanha, França, Itália, Costa Rica e Bélgica), concluindo pela admissibilidade, em todas, da alteração no regime de bens, direcionando-se, como escopo, para a vontade maior do casal, resguardados, à evidência, direitos de terceiros.

Ao meu sentir, portanto, apresenta-se razoável, em última análise, não considerar o art. 2.039 do CC/2002 como óbice à aplicação de norma geral, constante do art. 1.639, § 2º, do CC/2002, concernente à alteração incidental de regime de bens nos casamentos ocorridos sob a égide do CC/1916, não havendo que se falar em retroatividade do art. 1.639, § 2º, do CC/2002, mas, nos termos do art. 2.035 do CC/2002, em aplicação de norma com efeitos imediatos.

Ora, não entender no sentido da possibilidade de alteração incidental do regime de bens, ainda que celebrado o matrimônio sob o pálio do CC/1916, seria, a toda evidência, uma maneira de, olvidando-se a necessária interpretação legal teleológica, efetuada, nos moldes do art. 5º da LICC, em atenção aos “fins sociais” e às “exigências do bem comum”, incentivar a concretização da fraude, na medida em que se estimularia os cônjuges a, com vistas à mudança de regime, divorciarem-se, para que, em se casando novamente, pudessem contratar o regime que melhor lhes aprouvesse.

Ante o exposto, conheço do recurso pela alínea a e lhe dou provimento para, admitindo a possibilidade de alteração do regime de bens, determinar às instâncias ordinárias que procedam à análise do pedido, nos termos do art. 1.639, § 2º, do CC/2002.

É como voto.

#### **Certidão**

Certifico que a egrégia Quarta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

O processo foi adiado, por indicação do Sr. Ministro Relator.

Brasília-DF, 14 de junho de 2005. - *Claudia Austregésilo de Athayde Beck* - Secretária.

#### **Voto**

O Sr. Ministro Barros Monteiro - Sr. Presidente, a interpretação dos arts. 1.639, § 2º, 2.035 e 2.039 do Código Civil de 2002, de maneira conjugada, levam-me à mesma conclusão do douto e brilhante voto proferido pelo Sr. Ministro Relator.

Penso, também como S. Exa., que a regra do art. 1.639, § 2º, do vigente Código Civil, tem aplicação imediata, incidindo desde logo, ainda que o casamento tenha sido celebrado anteriormente à vigência deste novel Código Civil.

S. Exa. fez bem a distinção entre os fatos anteriores e os efeitos pretéritos do regime anterior que, evidentemente, se regem pela lei antiga. Os fatos posteriores à mudança regular-se-ão pelo novo Código, ou seja, o Código novo, a partir da mudança, passa a reger a nova relação do casal.

Em suma, acompanho o Ministro Relator, conhecendo parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, dando-lhe provimento.

#### **Certidão**

Certifico que a egrégia Quarta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator, conhecendo parcialmente do recurso e, nessa parte, dando-lhe provimento, no que foi acompanhado pelo voto do Sr. Ministro Barros Monteiro, pediu vista o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Aguardam os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior.

Brasília-DF, 28 de junho de 2005. - *Claudia Austregésilo de Athayde Beck* - Secretária.

#### **Voto-Vista**

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha - J.S.A. e sua mulher P.V.B.B.A., ora recorrentes, ajuizaram ação objetivando a alteração do regime de bens adotado para o matrimônio do casal, realizado em abril de 1995, de comunhão parcial para separação total, registrando que os bens adquiridos na constância do casamento já teriam sido divididos entre os cônjuges.

Alegaram que, embora tenham solicitado ao cartório competente a elaboração de pacto antenupcial com a estipulação do regime de separação de bens, por erro, do qual não foi requerida retificação, restou lavrada escritura com a adoção do regime de comunhão parcial de bens.

O MM. Juiz de primeiro grau indeferiu o pedido sob o fundamento de que, nos termos



do art. 2.039 do CC/2002, 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”, entendimento que foi mantido quando do improvido da apelação, o que ensejou a interposição do recurso especial em exame, tendo a d. Subprocuradoria-Geral da República opinado pelo seu provimento.

O eminente Ministro Jorge Scartezzini, Relator deste feito, por judicioso voto, conheceu do recurso pela alínea *a* e lhe deu provimento para, admitindo a possibilidade de alteração do regime de bens, determinar às instâncias ordinárias que procedam à análise do pedido, nos termos do art. 1.639, § 2º, do CC/2002.

Pedi vista dos autos para melhor refletir sobre o tema, em face de sua importância e de ser essa a sua primeira apreciação, neste Tribunal.

É sabido que uma das mais substanciais inovações trazidas pelo Código Civil de 2002, no campo do Direito Patrimonial entre os cônjuges, como já observei em sede doutrinária (artigo “Direito Patrimonial no Direito de Família”, na obra coletiva *O Novo Código Civil - Estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*, São Paulo: LTr, 2003), está veiculada pelo § 2º do seu art. 1.639, a saber:

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

(...)

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

A recusa da aplicação de tal dispositivo pelas instâncias ordinárias teve fincas no pontificado no art. 2.039 ao dizer que “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”.

Além das razões já postas pelo eminente Ministro Relator para se ter pela possibilidade da

modificabilidade do regime de bens escolhido, mesmo para o casamento realizado na constância do Código Civil de 1916, trago as seguintes irrefutáveis lições do eminente Professor Francisco José Cahali, extraídas de artigo publicado na *Revista do Advogado da AASP* - ano XXIV, n. 76, junho de 2004 (p. 31), reiteradas quando revisou e atualizou a obra *Direito Civil - Direito de Família*, v. 6, do Prof. Sílvio Rodrigues (28. ed., São Paulo: Saraiva, 2004), a saber:

Na seqüência destas reflexões, volta à cena a questão do Direito Intertemporal. E, assim, é de se avaliar a possibilidade da mudança de regime de bens por pessoas casadas anteriormente à vigência do novo Código.

Para se sustentar a irretroatividade aos matrimônios anteriores, bastaria invocar o art. 2.039 das Disposições Transitórias do novo Código Civil, pelo qual, quanto ao regime de bens, aplicam-se as regras da lei anterior aos casamentos realizados sob a égide do Código revogado.

Porém, não nos conforta esta orientação.

Com efeito, interferindo diretamente na vida privada, o novo Código impôs conseqüências jurídicas específicas em função do regime de bens, mesmo para as pessoas casadas no passado. Veja-se o art. 977 impedindo a sociedade de pessoas cujo regime seja da comunhão universal, e a convocação do cônjuge como herdeiro, na primeira classe de preferência, em concorrência com os descendentes, também condicionada ao regime de bens (art. 1.829, I).

Para estas duas situações, aplica-se imediatamente a norma às pessoas já casadas, na primeira, inclusive, concedendo a lei prazo para os empresários regularizarem a sociedade já constituída (art. 2.031); na segunda, se terá por parâmetro a data do falecimento (art. 1.787).

Ora, se a lei impõe determinada conseqüência para o regime de bens, deve ser permitido ao casal, cujo matrimônio se deu antes destas imposições, adaptar-se às novas regras. Daí por que sustentamos a adequação em se permitir a mudança do regime também para as pessoas casadas no sistema anterior.

E como enfrentar a previsão contida no art. 2.039?

Entendemos que esta regra das disposições transitórias direciona-se exclusivamente aos efeitos dos diversos regimes de bens, de tal sorte que, se casaram sob um regime, o que

nele especificamente se previa será mantido. É uma decorrência de se ter optado por um ou outro modelo (ou silenciado aceitando a sugestão legal) gerando a garantia de submeter-se o casal à incidência da previsão vigente na época do casamento.

Veja-se, tendo alguém casado pelo regime dotal, não mais existente, naturalmente as regras daquele ainda continuarão imperando para este matrimônio. Da mesma forma, o regime da separação total e obrigatória do passado, como se verá, tem contornos diversos do atual, em função do então vigente art. 259 e da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, e sobre a influência deste direito permanecerão os casamentos assim constituídos sob a égide da lei anterior.

Mas a imutabilidade não é um feito do regime de bens propriamente dito (no que diz respeito ao que entra ou deixa de incorporar a comunhão), mas uma característica dele, ou seja, um traço do efeito patrimonial do casamento.

Aliás, note-se estar situada a imutabilidade nas disposições gerais, e não nas disposições específicas de cada regime (estas submetidas ao comando contido no art. 2.039). E mais relevante observar que, no sistema anterior, a irrevogabilidade se continha nos efeitos jurídicos do casamento, e não na parte (geral ou específica) do regime de bens, vale dizer, o matrimônio, não a opção de tal ou qual modelo, tornava irrevogável o regime.

Evidencia-se, nestas condições, que a mutabilidade é decorrente do matrimônio, uma característica, repetimos, do regime patrimonial do casamento e, como tal, submete-se de pronto ao novo regramento pela eficácia imediata da norma nos termos do art. 6º da Lei de Introdução do Código Civil.

Se não mais for, o pedido é conjunto, presumindo-se, pois, em benefício do casal e no interesse da família. E, assim, não há que se falar em direito adquirido e ato jurídico perfeito se os próprios titulares destas prerrogativas buscam espontaneamente se submeter às novas regras.

Concluindo, as pessoas casadas sob a égide da lei anterior podem se beneficiar da mutabilidade do regime de bens introduzida pelo § 2º do art. 1.639 do novo Código Civil, e nesse

sentido, embora ainda vacilantes, têm se orientado a jurisprudência e os precedentes de primeiro grau.”

Diante de tais pressupostos, acompanho o eminente Ministro Relator para conhecer do recurso pela letra *a* e lhe dar provimento para admitir que se proceda a alteração do regime de bens, por isso determinando a remessa do processo ao MM. Juiz de primeiro grau para que, superado esse obstáculo, prossiga na análise do pedido, à luz do que dispõe o § 2º do art. 1.639 do Código Civil/2002, como achar de direito.

#### Voto

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior - Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, conhecendo do recurso especial pela alínea *a* e dando-lhe provimento.

#### Certidão

Certifico que a egrégia Quarta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha e os votos dos Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior, a Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator”.

Os Srs. Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília-DF, 23 de agosto de 2005. -  
*Claudia Austregésilo de Athayde Beck* -  
Secretária.

(Publicado no *DJ* de 03.10.2005)

-:-:-