

A imutabilidade do regime de bens do casamento

RONALDO ALVARO LOPES MARTINS

Permite o novo Código Civil, no § 2º do artigo 1.639, a alteração do regime de bens do casamento.

Entretanto, por algum motivo o legislador resolveu estabelecer no artigo 2.039: "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."

Em vista disso, há entendimentos de que tal alteração não seria possível se o casamento houvesse sido contraído na vigência da Lei Civil anterior.

Referindo-se à mutabilidade do regime de bens, encontramos em Heloisa Maria Daltro Leite:[i] "... algumas questões surgem do dispositivo em exame. A primeira delas é saber se somente aqueles que se casaram após a entrada em vigor do novo Código Civil poderão alterar o regime de bens. A resposta é afirmativa, sob pena de se ferir o ato jurídico perfeito e, por conseguinte, a norma insculpida no inciso XXXVI, do artigo 5º da Constituição da República onde está cristalizado o Princípio da Irretroatividade das Leis."

Ousamos entender de modo contrário.

Pode-se realmente pensar em aplicação de direito intertemporal com a irretroatividade da lei nova e nesse campo encontramos em Serpa Lopes:

"Quanto aos efeitos do casamento, a doutrina distingue os efeitos pessoais dos patrimoniais. Quanto aos primeiros, as modificações da lei nova são suscetíveis de aplicação imediata, por isso que são situações jurídicas afastadas do âmbito dos bens pessoais ou patrimoniais de qualquer dos cônjuges, enquanto que, em relação aos segundos, dada a sua natureza patrimonial, há lugar para o princípio da irretroatividade."[ii]

Não há, verdadeiramente, razão lógica para que os efeitos imediatos da lei só incidam nos efeitos pessoais e não nos efeitos patrimoniais, tanto assim que a lei nova se aplica à sucessão aberta ao tempo de sua vigência, embora o direito sucessório do herdeiro exista desde o seu nascimento com vida ocorrido, eventualmente, no império da lei anterior.

Nesse caso, nascida ao tempo do Código Civil de 1916 e tendo a pessoa salvo os seus direitos, estes deveriam permanecer regulados por aquele Código, porém a lei sempre estabeleceu que os direitos sucessórios seriam aqueles estabelecidos pela lei vigente ao tempo da abertura da sucessão, ou seja, da morte do autor da herança; não podemos afirmar que os direitos sucessórios sejam direitos pessoais simplesmente.

O insigne doutrinador estava aferrado ao princípio da imutabilidade do regime de bens do casamento, o qual deixou de existir a partir da vigência do novo Código Civil em vista do contido no § 2º do artigo 1.639: "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."

Roberto Ruggiero,[iii] cuidando tanto da retroatividade quanto da irretroatividade da lei nova, entende:

"Não há propriamente uma regra de não retroatividade de que constitua exceção a retroatividade: mas há dois princípios paralelos e um deles exige que a lei antiga continue, posto que revogada, a reger os fatos que se verificaram na vigência da nova, e outro, pelo contrário, exige que a lei nova se aplique ao passado, ocupando-se dos fatos que ao passado se ligam, isto para no todo ou em parte os regular de novo modo. O fato consumado, em si, e também os efeitos futuros que dele derivem, deve ser regido em algumas matérias - principalmente naquelas em que predomina a autonomia da vontade privada e o interesse dos particulares - pela lei vigente ao tempo em que o fato sucedeu. Mas a circunstância de ele se ter verificado sob o regime de uma norma diversa, não pode pelo contrário e noutras matérias - aquelas em que predomina o interesse do Estado e da ordem pública - servir de obstáculo à imediata aplicação da nova lei.

No atinente aos direitos de família, esclarece o ilustre jurista italiano:

"... as relações patrimoniais familiares são submetidas ora à lei antiga, ora à nova, conforme predomine ou não a autonomia da vontade dos particulares: assim continuam a ser reguladas pela antiga as relações patrimoniais entre os cônjuges, sejam elas disciplinadas de modo especial no contrato de casamento ou submetidas à regulamentação das normas dispositivas ou supletivas vigentes naquele momento; aplica-se pelo contrário a lei nova à disciplina do usufruto legal que pertence ao pais nos bens dos filhos."[iv]

O que se tem, trazida por ambos os teóricos citados, é a teoria clássica da irretroatividade combatida por muitos e defendida por outros tantos, por demais estudada mas, no final, se dirige a tratar do direito adquirido ou das situações jurídicas constituídas.

Todos os que estudaram o problema da retroatividade em contraste com a irretroatividade da lei nova sempre reconhecem a existência de exceções, ora podendo retroagir, ora sendo proibida a retroatividade, havendo até o brocardo dando conta de que a lei só retroage quando apaga no passado.

Parece-nos mais razoável a teoria de Roubier, citada por Eduardo Espínola,[v] que, como outras que partem do critério das situações jurídicas como decisivo para a aplicação da lei nova, distingue o efeito retroativo do efeito imediato da lei.

Eduardo Espínola registra que a atual Lei de Introdução ao Código Civil inspirou-se manifestamente na doutrina do notável tratadista francês Paul Roubier e esclarece:

"Na verdade, Roubier afirma que a base fundamental da ciência dos conflitos de leis no tempo é a distinção entre efeito retroativo e efeito imediato da lei. O efeito retroativo consiste na aplicação da lei ao passado; o imediato em sua aplicação ao presente. Quando se trata de uma situação existente, cumpre atender às partes anteriores à mudança da legislação, que não podem ser atingidas sem retroatividade, e às partes posteriores, a que a nova lei se aplicará com o seu efeito imediato."

Adotando-se tal ensinamento, não há como se deixar de aplicar imediatamente o disposto no artigo 1.636 C.C.

Entretanto, no caso em estudo, estou em que devemos nos afastar da discussão da possibilidade de retroatividade de lei e passarmos à interpretação do disposto no artigo 2.039 que, a meu juízo, não impede a aplicação da regra geral do § 2º do artigo 1.639 aos casamentos contraídos antes de 12 de janeiro de 2003, quando entrou em vigor o atual Código Civil.

Voltando a Eduardo Espínola,[vi] encontramos, quando cita Gabba:

"Assim, com sua publicação, tornando-se a lei obrigatória, rege todos os casos a que se destina, e como introduz novos tipos de relações entre os homens e modificando as já reconhecidas, deve propor-se a beneficiar ao mesmo tempo a sociedade e o indivíduo, satisfazendo os interesses gerais que se lhe referem e assegurando igualmente a cada um dos interessados toda a utilidade que da mesma pode tirar. Nessas condições, não somente as futuras, mas igualmente as relações jurídicas anteriores devem ser reguladas pela nova lei pois esta, desenvolvendo princípios jurídicos já admitidos, em substância, não faz mais do que deduzir conseqüências melhores, isto é, mais conformes à justiça."

A seguir, o festejado jurista observa que as teorias da retroatividade e da irretroatividade partem desses dois princípios, ou seja, da idéia de extensão da lei nova por presunção de melhor atender às necessidades sociais e do respeito à vontade manifestada à luz da lei anterior.

Desse modo, se negarmos a aplicação imediata do artigo 1.639 aos casamentos contraídos na vigência do Código revogado, os cônjuges casados pelo regime da comunhão universal não poderão contratar sociedade entre si ou com terceiros, como estabelece o artigo 977 do Código atual: "Faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória."

Justificam o presente dispositivo a doutrina e o entendimento jurisprudencial dando conta de que a sociedade entre cônjuges redundaria em fraude ao regime de bens eis que o patrimônio de ambos os cônjuges passaria a integrar o da sociedade.

Passando esses bens a integrar o capital e sendo os cônjuges sócios, cada um teria uma parte do capital e cada parte representaria uma parcela dos bens do casal.

Assim, se casados pelo regime da comunhão universal ou da separação legal, os bens ficariam como se o regime fosse o da comunhão parcial implicando a alteração do regime de bens que adotaram ao se casar.

Ocorre que a fraude não podendo ser presumida, a jurisprudência passou a admitir a constituição da sociedade entre os cônjuges, devendo a fraude ser provada e não apenas presumida.

Com esse raciocínio, os casados pela lei anterior aos quais não era proibido constituir sociedade entre si, pela irretroatividade da lei nova poderiam contratar a sociedade e os casados pela lei nova não o poderiam, a não ser com a alteração do regime de bens.

Sem reparos à redação do artigo 977, que proíbe aos casados, pelo regime da comunhão

universal ou da separação obrigatória, de contratarem sociedade mesmo com terceiro, parece que a aplicação do dispositivo não atenderia aos interesses sociais, e os que casaram pelo regime da comunhão universal pelo Código anterior, no qual inexistia a proibição, só poderiam contratar entre si ou com terceiros se lhes fosse permitida a alteração do regime de bens antes contratado.

Entretanto, se casados sob a égide da nova Lei Civil, a se aplicar a teoria da irretroatividade, de qualquer modo a eles seria aplicado o disposto no § 2º do artigo 1.639, ou seja, podem alterar o regime de bens - quanto a isso não pode haver dissenso - e o disposto no artigo 977 se tornaria inócuo, a não ser que houvesse proibição de alteração de constituição de sociedade entre os cônjuges quando o regime de bens do casamento fosse alterado.

O que se pode entender é que o artigo 977 do Código Civil atual obriga à alteração do regime de bens do casamento, com a aplicação do § 2º do artigo 1.639, aos casados a partir da vigência do novo Código Civil pelo regime da comunhão universal ou pelo regime obrigatório da separação, pois, de outro modo, uma simples microempresa não poderia ser constituída pelos cônjuges para que a lei nova não impedisse fossem beneficiados, ao mesmo tempo, a sociedade e o indivíduo, satisfazendo os interesses gerais que se lhe referem e assegurando igualmente a cada um dos interessados toda a utilidade que da mesma pode tirar.[vii]

Comentando o disposto no artigo 2.039 (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), Heloisa Maria Daltro Leite admite:

"... a redação deste dispositivo deixa a desejar, pois a partir de sua literalidade não é de todo insensato interpretar-se que somente os regramentos de cada regime permanecerão regulando os casamentos já celebrados quando da entrada em vigor do novo Código e que os demais o serão por este, incluindo-se aí o Princípio da Mutabilidade. Todavia, quando a nova lei menciona 'é o por ele estabelecido', se está referindo a todo o ordenamento atinente aos regimes de bens, abrangendo também as normas correlatas, como por exemplo a disposta no artigo 230, onde é previsto o Princípio da Imutabilidade."[viii]

Parece-nos que não é bem assim.

Deve-se observar que o Código Civil revogado nunca disse que o regime de bens é imutável, e sim irrevogável:

"artigo 230. O regime dos bens entre cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável."

Na verdade, essa irrevogabilidade não se constituía no que se poderia chamar de uma cláusula pétrea, tanto assim que em diversos dispositivos a própria Lei Civil revogada previa a mutabilidade do regime de bens: no artigo 256, tornando nulas as convenções se não feitas por escritura pública ou não lhes seguindo o casamento; no artigo 257, I, no caso de haver prejuízo para direitos conjugais ou paternos; no artigo 259, prevendo a comunhão dos aqüestos mesmo quando o regime de bens escolhidos não fosse o da comunhão, o que ficou bem explicitado no verbete da Súmula 377 do STF: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

Não se pode esquecer que não só aqueles dispositivos permitiam a alteração do regime de bens, pois a Lei do Divórcio, no seu artigo 3º, previu a revogação do regime de bens como se o casamento fosse dissolvido, dissolução essa que só ocorria com o divórcio não fosse a morte ou a anulação, assim: "A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido."

Com todas as vênias, não nos parece que a interpretação do artigo 2.039 seja a que nos oferece a ilustre autora antes referida.

O que entendemos é que o regime de bens dos casamentos pela antiga lei é o por ele estabelecido, mas somente enquanto não se aplicar a regra geral do artigo 1.639; o artigo 2.039 não diz que o regime do casamento contraído pelo CC/16 é imutável ou irrevogável.

Veja-se, por exemplo, a redação do artigo 2.041, que não deixa dúvida sobre a regra jurídica a ser aplicada no caso ali tratado: "As disposições deste Código relativas à ordem da vocação hereditária (artigos 1.829 a 1.844) não se aplicam à sucessão aberta antes de sua vigência, prevalecendo o disposto na lei anterior (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916)."

Também o disposto no artigo 2.037: "Salvo disposição em contrário, aplicam-se aos empresários e sociedades empresárias as disposições de lei não revogadas por este Código, referentes a comerciantes, ou a sociedades comerciais, bem como a atividades mercantis."

O mesmo se pode dizer quanto ao artigo 2.036: "A locação de prédio urbano, que esteja sujeita a lei especial, por esta continua a ser regida."

Em nenhum momento disse o legislador que o § 2º do artigo 1.639 não se aplica aos casamentos contraídos na vigência da lei anterior ou que o regime de bens continuaria a ser o regido por aquele Código, até porque foi ele expressamente revogado...

Se o legislador de 2003 pretendesse a imutabilidade ou irrevogabilidade do regime de bens do casamento, teria usado um desses termos e não a redação incomum ao dizer que, celebrado o casamento na vigência do Código Civil anterior, o regime de bens "é o por ele estabelecido" pois isso todos sabemos, não implicando que não possa passar a ser outro, considerando não mais existir o princípio da imutabilidade, rectius irrevogabilidade como faz certo o § 2º do artigo 1.639.

Não vale dizer que o legislador de 2003 não quis repetir a dicção do Código Civil anterior, utilizando-se do termo irrevogável, pois em diversos e muitos dispositivos o fez, repetindo não só um ou outro termo, mas dispositivos inteiros.

Por outro lado, o artigo 2.035 do novo Código estabelece que "a validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores... mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam...".

Esse dispositivo a toda evidência não trata da aplicabilidade da lei nova e sim da validade e dos efeitos dos atos jurídicos constituídos ao tempo da lei antiga e tem caráter retroativo, eis que se refere a efeitos futuros de contratos celebrados antes de sua vigência.

O que se deve ter em mente é que a imutabilidade do regime de bens "é efeito do casamento", tanto que começa a vigorar a partir da data do enlace.

Sendo "efeito do casamento".. deve se subordinar à segunda parte do artigo 2.035.

Desse modo, parece que não haveria impedimento para a modificação do regime de bens do casamento contraído sob o regime da lei anterior, desde que a modificação não abrangesse os bens adquiridos antes da alteração se houver possibilidade de prejudicar interesses de terceiros.

O casamento, como ato jurídico. teve como efeito a validade do pacto que é contaminado pelo disposto na lei atual quanto aos seus efeitos, mas a partir da nova lei esse pacto pode ser mudado, o que é por ela autorizado.

O artigo 6º da Lei de Introdução ao Código civil estatui: "A lei em vigor terá efeito imediato, e geral, respeitadas o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada."

Se assim é, não se pode negar o efeito geral e imediato da norma que se extrai do disposto no artigo 1.639, considerando que não há vedação expressa à sua aplicação, respeitadas os efeitos do regime de bens anteriormente verificados que continuam válidos.

Também se deve considerar que a não aplicação do artigo 1.639 não impediria que houvesse a alteração do regime de bens, pois os casados pelo Código Civil de 1916 poderiam se divorciar e depois casar novamente; agora pela lei nova, escolhendo o regime de bens que melhor lhes interessasse, levando os interessados a burlar a lei ou mais precisamente o princípio da irretroatividade, desnecessariamente.

Impende trazer à colação o r3□si□osto no artigo 1 .671 da Lei Civil em vigor: "Extinta a comunhão, e efetuada a divisão do ativo e do passivo, cessará a responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro."

Tratando do dispositivo da comunhão de bens e referindo-se à extinção desse regime, ao mesmo tempo considera a responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro. Não há dúvida de que a extinção da comunhão a que se refere não tem pertinência à separação ou ao divórcio, e sim à alteração do regime da comunhão, permanecendo o casamento, eis que continuam cônjuges.

Note-se que mais uma vez não há qualquer alusão ao regime de bens estabelecido na vigência da lei anterior, e sim ao regime da comunhão que permite seja extinto com a partilha de bens.

O que se pode entender sobre a razão da existência do artigo 2.039 é o fato de o atual Código Civil não ter agasalhado em seu texto o regime dotal e, além disso, ter criado o regime de participação final nos aqüestos.

Demais disso, a se analisar semanticamente o artigo 2.039, veremos que o legislador fala que o regime "é o por ele estabelecido" e o Código anterior só estabelece como regime o legalmente obrigatório a ser adotado nos casamentos do maior de 60 anos e da maior de 55, bem como nos casos do artigo 183, XI a XVI, na forma do artigo 226 e do parágrafo único do artigo 258 do citado diploma legal.

Para os demais, o Código não estabelece qualquer regime, que pode ser escolhido livremente.

Vimos que o Código Civil em vigor permite a alteração do regime de bens do casamento,

estabelecendo que os efeitos dos atos jurídicos que se verificarem sob sua vigência a ele se subordinam, não proibindo, expressamente, a mudança do regime dos casamentos realizados durante o império da lei anterior.

Posto isto, o regime anterior permanece apenas enquanto não alterado, e a única proibição a ser considerada seria aquela referente ao regime de separação obrigatória por estar expressa no Código atual.

Notas:

[i] LEITE, Heloisa Maria Daltro (Coord.). *O Novo Código Civil - Do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 315.

[ii] SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de Direito Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, v. I, p. 207.

[iii] RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*, atualizado por Paulo Roberto Benasse. São Paulo: Ed. Bookseller, v. 1, p. 234.

[iv] Id., *ibid.*, p. 236.

[v] ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Rio, [19-], p. 224.

[vi] Id., *ibid.*, p. 203.

[vii] Id., *ibid.*, p. 203.

[viii] DALTRO LEITE, Heloisa Maria. *Op. cit.*, p. 316.

(in COAD/ADV, *Seleções Jurídicas*, junho/2003, p. 24)