XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

ANTONIO JORGE PEREIRA JÚNIOR

LUCIANA COSTA POLI

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito de família e sucessões [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; Coordenadores: Antonio Jorge Pereira Júnior, Luciana Costa Poli, Valéria Silva Galdino Cardin – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-157-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito de Família. 3. Sucessões. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

Apresentação

Após grandiosos e enriquecedores debates promovidos pelo Grupo de Trabalho de Direito das Famílias e Sucessões - que se realizaram durante o XXV Encontro Nacional do CONPEDI, entre os dias 6 e 9 de julho, na Capital Federal, juntamente com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, com a Universidade Católica de Brasília – UCB, com o Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP – é com muita honra que apresentamos aos leitores a obra resultante deste valoroso trabalho.

Os artigos compilados neste livro retratam algumas das infindáveis discussões acerca de institutos contemporâneos dos direitos das famílias e sucessões, tendo sido abordado temas de extrema atualidade e relevância.

Com a alteração do paradigma da família, promovido com promulgação da Constituição Federal de 1988, novos arranjos familiares passaram a ser tutelados, possibilitando-se, por conseguinte, o reconhecimento da pluralidade das relações humanas, bem como da desbiologização das relações familiares, irradiando seus reflexos, inclusive, nas relações hereditárias.

A partir de tal perspectiva, os pesquisadores e pesquisadoras apresentaram de maneira crítica e com profundidade científica notável, aspectos das demandas mais atuais e controvertidas que permeiam esse ramo tão complexo do direito, considerando-se, sobremaneira, a consecução da dignidade da pessoa humana, bem como a concretização de uma sociedade livre, justa e igualitária.

Abordar-se-á, nesta obra, uma pluralidade de temas, tais como: a possibilidade do reconhecimento da união poliafetiva, a síndrome da alienação parental, a paternidade socioafetiva como um valor jurídico do afeto, o atendimento de mulheres em projeto de mediação de conflitos familiares, dentre inúmeros outros.

Pretende-se, assim, a partir da reflexão de pesquisadores e pesquisadoras das mais diversas instituições de ensino superior do país, oportunizar o diálogo, apresentando perspectivas suscetíveis a solucionar as atuais demandas apresentadas pelo direito das famílias e sucessões, bem como fomentar as pesquisas acerca de temas que emergem junto às

constantes alterações sociais e que imperam por respostas efetivas e que contemplem os princípios constitucionais, assim como a dignidade da pessoa humana.

Brasília, julho de 2016.

Prof. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin – UNICESUMAR/UEM

Prof. Dr. Antônio Jorge Pereira Júnior - UNIFOR

Prof. Dra. Luciana Costa Poli – PUC/MG

A MUTABILIDADE DO REGIME DE BENS NO CURSO DO CASAMENTO E OS SEUS REFLEXOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, EM FACE DO EFETIVO TRATAMENTO ISONÔMICO PROPOSTO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE MUTABILITY OF PROPERTY REGIME IN MARRIAGE COURSE AND ITS CONSEQUENCES IN THE INFORMATION SOCIETY IN FACE OF EFFECTIVE TREATMENT ISONOMIC PROPOSED BY LAW BRAZILIAN.

Marco Antonio Lima [1]
Renata Giovanoni Di Mauro [2]

Resumo

A sociedade contemporânea atravessa uma era cuja principal característica é a possibilidade de acesso à informação, isto porque, nesta nova etapa da civilização as informações trafegam com velocidade jamais vista na história. Esclarecemos que o presente artigo tem por escopo estudar a mutabilidade do regime de bens, nos casamentos que tiveram início sob a vigência do Código Civil de 1916, em face do efetivo tratamento isonômico proposto pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro. Desta forma, será analisada a doutrina e a jurisprudência a respeito do tema, atentando-se a questão da lacuna axiológica e dos seus reflexos na Sociedade da Informação.

Palavras-chave: Regime de bens, Casamento, Sociedade da informação, Repercussão social

Abstract/Resumen/Résumé

The contemporary society through an while whose main feature is the possibility of access to information, this is because, in this new stage of civilization information travels at a speed never seen in history. We clarify that this article is scope to study the mutability of property regime even in marriages that began under the term of the Civil Code of 1916, in the face of actual equal treatment proposed by the legal system Brazilian. Thus, doctrine and jurisprudence will be analyzed, considering the question of axiological gap and its effects on the Information Society.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Regime, Marriage, Information society, Social repercussions

---

[1] Advogado. Professor de Direito da FMU: Processo Civil, Sociedade da Informação e Consumidor. Mestre em Sociedade da Informação - FMU. Especialista em Relações de Consumo - PUC. Graduado em Direito.

[2] Advogada. Professora: Processual Civil, Ética Profissional. Coordenadora de Legislação/Normas Educacionais da Unidade do Ensino Superior de Graduação. Doutora em Direito Processual Civil PUC/SP. Mestre em Direitos Difusos/Coletivos. Graduada em Direito/FMU.

1. INTRODUÇÃO

Os noivos têm a possibilidade de, antes do casamento, escolher livremente o regime de bens, salvo nas hipóteses em que a lei escolhe e impõe, diante de certas condições apresentadas.

Neste contexto, os noivos podem optar por um regime previsto em lei, ou criar um que melhor se adeque às suas vontades. A omissão quanto ao tema, na atualidade, conduz ao regime da comunhão parcial de bens.

Não obstante o exposto, a legislação vigente permite que, mesmo após o casamento, o regime de bens seja alterado, para melhor atendimento aos interesses do casal. Ocorre que esta não era a sistemática apresentada pelo Código Civil anterior (Código Civil de 1916) que, considerando os elementos axiológicos daquela civilização, engessava o regime de casamento, impossibilitando qualquer alteração por parte do casal.

Desta forma, surge o conflito que será analisado ao longo deste artigo, diante da omissão legal, que corresponde à situação em que o casamento foi celebrado sob a égide do Código Civil de 1916 (revogado) e permanecendo na vigência do Código Civil de 2002 os cônjuges pretendem a alteração do seu regime de bens.

Com efeito, em uma sociedade marcada pela propagação irrestrita de informações, é inarredável que a impossibilidade de alteração de regime de casamento no mínimo poderá configurar uma situação de desconforto ao casal, seja por *fofocas* relacionadas ao interesse econômico envolto ao casamento, seja por pura questão de idoneidade moral.

Por esta razão, será feita a análise jurídica da referida situação e, por conseguinte, o estudo das características da sociedade contemporânea e os possíveis reflexos que estejam vinculados ao tema em comento.

2. A MUTABILIDADE DO REGIME DE BENS

2.1. Visão da legislação brasileira vigente

O atual Código Civil estabelece a possibilidade de alteração do regime de bens no curso do casamento, desde que venha a ser utilizada a jurisdição voluntária e apresente-se justificativa. Dispõe o artigo 1.639, §2˚, do Código Civil:

> 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.

Trata-se de grande inovação no ordenamento jurídico brasileiro, pois o anterior Código Civil expressamente vedava esta possibilidade, embora julgados esparsos, diante de fatos concretos, tenham, excepcionalmente, permitido a alteração.

Com efeito, o anterior Código Civil tratava da imutabilidade do regime matrimonial como forma de trazer segurança jurídica aos cônjuges e terceiros; assim, sua visão engessada não permitia que os cônjuges, mesmo que em comum acordo, realizassem qualquer alteração.

Inúmeras eram as críticas doutrinárias sobre o tema, uma vez que os terceiros poderiam continuar sendo protegidos pelo Estado independentemente do regime de bens, sendo certo que, com relação aos cônjuges, por vezes, o melhor era a alteração do regime.

O artigo 230 do Código Civil de 1916 aduzia que o regime de bens entre cônjuges começava a vigorar desde a data do casamento, sendo irrevogável.

A legislação civil vigente permite a alteração do regime de bens mediante pedido justificado dos cônjuges, pelo procedimento de jurisdição voluntária, juntando-se as certidões pessoais para evidenciar que os interesses de terceiros estão protegidos.

Sustenta a doutrina que para os terceiros a alteração do regime de bens produz efeitos *ex nunc*, sendo que para os cônjuges produziria *ex tunc*, salvo disposição em contrário dos próprios peticionários.

Explica Maria Helena Diniz (2008, p. 163) que o atual Código Civil não atinge o regime de bens dos casamentos realizados antes da sua entrada em vigor, por força do artigo 2.039 do referido diploma legal.

Dispõe o artigo 2.039 do Código Civil:

> O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei n. 3.071, de 1° de janeiro de 1996, é o por ele estabelecido.

O assunto, conforme exposto pela lei e apontado pela doutrinadora supramencionada, enseja reflexão.

2.2. O Conflito de normas

Estamos diante de um conflito de normas.

De um lado observamos o artigo 1.639, §2˚, do atual Código Civil que, como norma geral, permite a mutabilidade do regime de bens e de outro, o artigo 2.039 do CC, como norma especial, de direito intertemporal e de ordem pública, que frisa ser o regime de bens nos casamentos celebrado na vigência do velho Código por ele regido, o que nos faria concluir pela imutabilidade do regime para os que se casaram antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002.

Assim, os pedidos de alteração de regime de bens para casamentos celebrados na vigência do Código Civil de 1916 comportariam pedido juridicamente impossível, ensejando extinção do processo sem resolução do mérito.

Esta interpretação pretende agir em consonância com o princípio da irretroatividade da lei em relação ao ato jurídico perfeito (artigo 6˚, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro_LINDB), trazendo segurança às relações jurídicas pactuadas.

3. A APLICABILIDADE DO ARTIGO 1.639 DO CÓDIGO CIVIL

3.1. A existência de lacuna axiológica

Não obstante o desenvolvimento traçado sobre o tema, argumentamos ser o artigo 1.639 do Código Civil norma geral de efeito imediato, o que lhe possibilita alcançar também os casamentos realizados antes da entrada em vigor do atual Código Civil.

É digno de nota reconhecer que o dispositivo poderá ser invocado diante de lacuna axiológica, ou seja, aquela observada em razão da ausência de norma justa (DINIZ, 2006, p. 501), pois se apresenta como um princípio, nos termos do artigo 4˚ da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: "Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". Reconhecer a lacuna e, em razão dela, aplicar o artigo 1.639 do vigente Código Civil, como forma de incidir norma justa sobre o caso concreto não pode ser confundido com desrespeito ao ato jurídico perfeito.

De fato, há valores que o velho Código não abarcou, de modo que o magistrado poderá utilizar o disposto no artigo 1.639, §2˚, do atual Código Civil, para se evitar injustiças.

Sob este foco, cumpre destacar que a legislação civil vigente alterou a ordem de vocação hereditária e proíbe a sociedade entre marido e mulher se o regime de casamento for o de comunhão universal de bens ou separação obrigatória de bens.

Entendemos que o vigente Código Civil apenas atinge os atos futuros e não os iniciados e concluídos no Código Civil anterior, sendo que os contratos em curso de execução estarão sujeitos à legislação vigente no momento da sua celebração (artigo 2.035, 2.039 e 2.045).

Para abordamos esta questão jurídica faz-se necessário estudar o tema "lacunas no direito".

3.2. Das lacunas e seus meios supletivos

Entendemos o direito como fato, valor e norma, sendo, portanto, dinâmico. O sistema é aberto, de modo que as lacunas são inerentes ao sistema jurídico, devendo ser preenchidas.

Discordamos, portanto, dos doutrinadores que sustentam ser a lacuna jurídica uma questão processual, bem como dos que negam a sua existência e visualizam o sistema não aberto, mas fechado.

Compartilhamos dos ensinamentos de Maria Helena Diniz (2006, p. 501) ao explicar:

> O direito é sempre lacunoso, mas é, ao mesmo tempo, sem lacunas. É lacunoso por ser impossível a regulamentação normativa de todo comportamento humano, e sem lacunas, **porque o próprio dinamismo do direito apresenta soluções que serviriam de base para qualquer decisão**, seja ela do juiz, seja do legislador. **Logo, o sistema jurídico é completável, sendo provisórias suas lacunas**. A teoria das lacunas tem dupla função: fixar os limites das decisões judiciais e justificar a atividade do Legislativo. (grifos nossos)

Constatada a existência de lacuna restará classificá-la, assim, estaremos diante de lacuna normativa se existir falta de preceito normativo sobre uma dada situação, estaremos

diante de lacuna ontológica se existir norma, mas não corresponder aos fatos sociais; e estaremos diante de lacuna axiológica se inexistir de norma justa.

Identificada a espécie de lacuna, passa a ser necessário estudar os seus meios supletivos, a saber: analogia, que se baseia na igualdade jurídica, razões importantes de similitude; costume, seja qual for à espécie; princípios gerais de direito, que se apresentam como normas que direcionam o entendimento do sistema jurídico; e equidade, que somente se aplica depois de esgotados os recursos do artigo 4° da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Esta é a ordem que o jurista e o aplicador devem seguir. Não se trata de escolha. Há método e este deve ser respeitado. Nestes termos, explica Maria Helena Diniz (2007, p. 299):

> Admitida a existência de lacunas surge o problema de sua constatação e preenchimento, que só pode ser resolvido através da argumentação tópica, precedida por uma intuição heurística, ..., pois descobre certas premissas que irão orientar na decisão do caso concreto sub judice, ao empregar os meios indicados nos artigos 4° e 5° da Lei de Introdução ao Código Civil.

Conforme já destacado, o artigo 4° da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, dispõe que:

> Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Não obstante, ao tratar da aplicabilidade da lei, o artigo 5.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, é inequívoco ao determinar que o juiz deverá considerar os *fins sociais* e às exigências do *bem comum* determina:

> Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela dirige e às exigências do bem comum.

Acompanhando o aduzido, a doutrinadora (DINIZ, 2007, p. 299) supramencionada explica:

> Logo, a analogia, o costume, os princípios gerais de direito e a equidade envolvem dois procedimentos: a constatação e a colmatação de lacunas, sendo que a ordem de preferência, indicada pelo supracitado artigo, deve ser respeitada. De sorte que o magistrado, em caso de lacunas, deverá, em primeiro lugar, constatar, na própria legislação, se há uma semelhança entre fatos diferentes, fazendo o juízo de valor de que esta semelhança entre fatos diferentes. Somente se não encontrar tais casos análogos é que deverá recorrer às normas consuetudinárias; inexistindo estas

> lançará mão dos princípios gerais de direito, e se porventura estes últimos faltarem ou se apresentarem controversos, recorrerá à equidade, sempre considerando as pautas axiológicas contidas no sistema jurídico.

Dado os argumentos, passemos as considerações sobre a Sociedade da Informação e seus anseios que refletem diretamente no tema.

4. DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

A *Sociedade da Informação* decorre da revolução tecnológica ocorrida nos meios de comunicação no final do século XX, tem como principal característica o uso da informação como ator central da produção econômica. Portanto, se na *Sociedade Industrial* a preponderância era do valor atribuído aos bens produzidos por terceiros, na era atual, o paradigma é a informação tratada por terceiro (SIQUEIRA JÚNIOR, 2007, p. 254/255).

Corroborando com o que foi dito, trazemos a relevo os estudos conduzidos pelo médico psiquiatra Dr. Augusto Cury, apresentam um dado extremamente alarmante, hoje, uma criança com apenas sete anos de idade, já recebeu, em sua curta vida, mais informações do que imperador romano tinha no auge de Roma! (ROSA, 2016) Diante destes dados, fácil compreender o papel da informação na contemporaneidade.

Não obstante, o aspecto econômico resta evidenciado pelos dados do portal *Economatica* (2016) que apontam o valor de mercado das duas gigantes da *Internet*: a empresa *Google Inc.* – que é o maior banco de dados do mundo – está avaliada em US$531,4 bilhões, enquanto que a empresa *Facebook* está avaliada em US$326,2 bilhões.

Portanto, não podemos ignorar que vivemos em uma sociedade cuja principal característica é a possibilidade de acesso à informação, por todo e qualquer meio de comunicação, com destaque para a rede mundial de computadores.

Não obstante, a Constituição Federal estabelece o direito fundamental a todos de exercício da: liberdade de expressão (arts. 5º, IV, IX; 220), do direito à informação (art. 5.º, XIV); e da proteção contra ameaça ou lesão a direito (art. 5º, XXXV).

Neste sentido, lembramos o disposto no artigo 5.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que estabelece que na aplicação da lei o juiz deverá atender *aos fins sociais* e *às exigências do bem comum*.

Com efeito, dúvida alguma há de que o regime de casamento adotado pelos cônjuges, traz aos mesmos uma repercussão social, em especial quando há diferenças com relação à classe social que pertencem os cônjuges, pois a sociedade, não raras as vezes, se acha no direito de julgar o sentimento das pessoas por critérios superficiais, o que sem dúvida pode gerar o desejo de alterar o regime de casamento com a finalidade de afastar qualquer dúvida a respeito, a expressão popular utilizada é *golpe do baú*.

Um caso que gerou grande repercussão foi da socialite Wendi Deng Murdoch, que se casou com o empresário Rupert Murdoch, dono do Grupo de Comunicações News Corporation, trinta e oito anos mais velho e foi acusada de dar o *golpe do baú*, contudo, comprovou com o seu trabalho que a relação era apenas de amor. (DELAS..., 2016)

Esta postura sensacionalista é comum e está constantemente estampada nas mídias Oksana Grigorieva e Mel Gibson; Raffaello Follieri e Anne Hathaway; Tori Spealling e Dean McDermott; Courtney Stodden e Doug Hutchinson; Paul McCartney e Heather Mills; Hugh Hefner e Crystal Harris; Britney Spears e Kevin Federline; David Furnish e Elton John; Eddie Murphy e Tracey Edmonds; (REVISTA MONET, 2016) Reynaldo Giagechini e Marília Gabriela (REVISTA QUEM, 2016); não se defende aqui a lisura de cada um dos cônjuges, o objeto é evidenciar o poder da informação nos dias atuais.

Claro que os exemplos acima destacados são de personalidades, mas poderiam ser pessoas comuns sofrendo a mesma pressão por parte da sociedade, com comentários, insinuações e pressão social, qual seria a razão para impedir a alteração do regime de casamento? O sistema engessado do Código Civil de 1916, ocasião em que sequer existia a Sociedade da Informação, deve ser superado pelos fins sociais e exigências do bem comum.

De acordo com os dados divulgados pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE de 2013: (i) a televisão está presente em 97,2% (noventa e sete, dois por cento) dos domicílios brasileiros[1];

[1] Disponível em: <http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=2876>. Acesso em 01.03.2016.

(ii) mais de 85 milhões de brasileiros tinham se conectado à Internet, sendo que 48% dos domicílios brasileiros tinham acesso à Internet (SALA DE IMPRENSA, 2016).

O fato é que o regime de casamento é de interesse apenas dos cônjuges, desde que não infira danos a direito de terceiros, conforme a previsão estatuída no artigo 1639, §2º do Código Civil.

5. A MUTABILIDADE DO REGIME DE BENS

5.1. A possibilidade de alteração em face dos casamentos realizados sob a vigência do anterior Código Civil

O entendimento predominante na jurisprudência sobre o tema posto em análise é do reconhecendo do direito dos cônjuges em obter, em ação de jurisdição voluntária, o direito à alteração do regime de bens de casamento realizado sob a vigência do anterior Código Civil.

Assim, segue ementa da Apelação Cível n. 433.243.4/6-00:

> REGIME DE BENS – **PEDIDO DE ALTERAÇÃO**, FORMULADO NA VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO CIVIL, **RELATIVAMENTE A CASAMENTO CELEBRADO ANTERIORMENTE –INDEFERIMENTO PELO MM. JUIZ, POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO**, SOB O FUNDAMENTO DE QUE A ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS SOMENTE PODE OCORRER EM RELAÇÃO AOS CASAMENTOS VERIFICADOS A PARTIR DA DATA DA ENTRADA EM VIGOR DO NOVO CÓDIGO CIVIL – PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE QUE JÁ NÃO ERA ABSOLUTO, MESMO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – IRREVOGABILIDADE QUE CARACTERIZAVA OS EFEITOS PATRIMONIAIS DO CASAMENTO E NÃO O MODELO DO REGIME DE BENS – **POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS DOS CASAMENTOS REALIZADOS SOB A ÉGIDE DA LEI ANTERIOR RECONHECIDA – EXEGESE DO ART. 1.639, §2˚**, DO NOVO CÓDIGO CIVIL – EXTINÇÃO DO PROCESSO AFASTADA EM SEGUNDO GRAU – RETORNO DOS AUTOS AO PRIMEIRO GRAU PARA APRECIAÇÃO DO MÉRITO – RECURSO PROVIDO EM PARTE PARA TAIS FINS. (grifos nossos)

Acompanhamos o entendimento acima transcrito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e, fortalecendo o arrazoado, transcrevemos, também, posicionamento do próprio Superior Tribunal de Justiça sobre a possibilidade de alteração do regime de bens, diante de casamentos realizados sob a vigência do Código Civil de 1916:

> **DIREITO CIVIL. POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS EM CASAMENTO CELEBRADO NA VIGÊNCIA DO CC/1916.**

> **Na hipótese de casamento celebrado na vigência do CC/1916, é possível, com fundamento no art. 1.639, § 2º, do CC/2002, a alteração do regime da comunhão parcial para o regime da separação convencional de bens sob a justificativa de que há divergência entre os cônjuges quanto à constituição, por um deles e por terceiro, de sociedade limitada, o que implicaria risco ao patrimônio do casal, ainda que não haja prova da existência de patrimônio comum entre os cônjuges e desde que sejam ressalvados os direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos.** Muito embora não houvesse previsão legal para a **alteração do regime de bens** na vigência do CC/1916, e também a despeito do que preceitua o art. 2.039 do CC/2002, a jurisprudência tem se mantido uniforme no sentido de ser possível a **alteração do regime de bens,** mesmo nos matrimônios contraídos ainda sob a égide do diploma revogado. Nesse contexto, admitida a possibilidade de aplicação do art. 1.639, § 2º, do CC/2002 aos matrimônios celebrados na vigência do CC/1916, é importante que se interprete a sua parte final - referente ao "pedido motivado de ambos os cônjuges" e à "procedência das razões invocadas" para a modificação do regime de bens do casamento - sob a perspectiva de que o direito de família deve ocupar, no ordenamento jurídico, papel coerente com as possibilidades e limites estruturados pela própria CF, defensora de bens como a intimidade e a vida privada. Nessa linha de raciocínio, o casamento há de ser visto como uma manifestação de liberdade dos consortes na escolha do modo pelo qual será conduzida a vida em comum, liberdade que se harmoniza com o fato de que a intimidade e a vida privada são invioláveis e exercidas, na generalidade das vezes, no interior de espaço privado também erguido pelo ordenamento jurídico à condição de "asilo inviolável". Sendo assim, deve-se observar uma principiologia de "intervenção mínima", não podendo a legislação infraconstitucional avançar em espaços tidos pela própria CF como invioláveis. Deve-se disciplinar, portanto, tão somente o necessário e o suficiente para a realização não de uma vontade estatal, mas dos próprios integrantes da família. Desse modo, a melhor interpretação que se deve conferir ao art. 1.639, § 2º, do CC/2002 é a que não exige dos cônjuges justificativas exageradas ou provas concretas do prejuízo na manutenção do regime de bens originário, sob pena de esquadrinhar indevidamente a própria intimidade e a vida privada dos consortes. Nesse sentido, a constituição de uma sociedade por um dos cônjuges poderá impactar o patrimônio comum do casal. Assim, existindo divergência conjugal quanto à condução da vida financeira da família, haveria justificativa, em tese, plausível à **alteração do regime de bens.** Isso porque se mostra razoável que um dos cônjuges prefira que os patrimônios estejam bem delimitados, para que somente o do cônjuge empreendedor possa vir a sofrer as consequências por eventual fracasso no empreendimento. No ponto, aliás, pouco importa se não há prova da existência de patrimônio comum, porquanto se protegem, com a alteração do regime, os bens atuais e os bens futuros do cônjuge. Ademais, não se pode presumir propósito fraudulento nesse tipo de pedido, já que o ordenamento jurídico prevê mecanismos de contenção, como a própria submissão do presente pedido ao Judiciário e a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica. Contudo, é importante destacar que a medida não pode deixar de ressalvar os "direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade", nos termos do Enunciado n. 113 da I Jornada de Direito Civil CJF. **REsp 1.119.462-MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 26/2/2013.**

Firmando entendimento pela permissão da alteração do regime de bens no curso do casamento celebrado na vigência do Código Civil de 1916, sustentamos o embasamento na existência de lacuna axiológica, aplicando-se o artigo 1.639, §2˚, do Código Civil vigente, e

socorrendo-se da aplicação dos artigos 4° e 5° da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que, conforme oportunamente abordado, são invocados na abordagem dos meios supletivos das lacunas.

De fato, com tal postura se estará proporcionando uma decisão justa, amparada nos padrões sociais atuais, sem incorrer em fundamentação que possa ser questionada sob o prisma do desrespeito ao ato jurídico perfeito.

Neste mesmo sentido raciocina a doutrinadora Maria Berenice Dias (2007, p. 214-215):

> ... não existe qualquer restrição legal à mudança, independentemente da época em que foi celebrado o matrimônio. É imposto respeito ao regime de bens, e não à sua imodificabilidade. Não há falar em direito adquirido a restrição de direito. Consequentemente, se a lei concede um benefício mais amplo, não cabe limitar a liberdade de buscar sua concessão. Ao depois, a norma que instituiu a possibilidade de alteração não faz qualquer ressalva quanto à data de celebração do casamento. Portanto, o Código Civil de 1916 segue regulando os matrimônios celebrados ao seu tempo, sem haver qualquer impedimento à alteração do regime matrimonial.

Consolidando a abordagem, a exposição do Superior Tribunal de Justiça, abaixo transcrita, merece guarida:

> DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CELEBRADO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. REGIME DE BENS. ALTERAÇÃO. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO.
> JUSTIFICATIVA DO PEDIDO. ENUNCIADO Nº 113 (CJF). PREJUÍZO COMPROVADO. SÚMULA Nº 7/STJ.
> 1. À luz da melhor interpretação do art. 1.639, § 2º, do CC/2002, são exigíveis justificativas plausíveis e provas concretas de que a alteração do regime de bens eleito para reger o matrimônio não prejudicará nenhum dos cônjuges, nem terceiros interessados.
> 2. Incidência do enunciado nº 113 na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "É admissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com a ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade".
> 3. No caso em exame, a alteração patrimonial foi pleiteada consensualmente por ambos os cônjuges ora recorrentes com base na justificativa genérica de independência financeira e patrimonial do casal, demonstrando a ausência de violação de direitos de terceiros.
> 4. As instâncias ordinárias, todavia, negaram a alteração do regime patrimonial por reputarem que a mera vontade de preservação e individualização dos patrimônios dos cônjuges não configura justo motivo, requisito legal indispensável.
> 5. Ademais, o Tribunal de origem, visando a proteção de um dos cônjuges, assentou que a modificação "equivaleria à doação do patrimônio a um dos interessados,

> exclusivamente, mascarando desta forma, uma divisão que poderia prejudicar, sim, e inclusive, a eventual prole".
> 6. Rever tais conclusões demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que é inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula nº 7/STJ.
> 7. Recurso especial não provido.
> (REsp 1427639/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 16/03/2015)

Frente ao exposto, consideremos o procedimento para a efetivação da alteração do regime de casamento.

5.2. A efetividade da alteração

Segundo o atual Código Civil, a alteração do regime de bens no curso do casamento está condicionada a utilização da jurisdição voluntária e apresentação de justificativa.

Estabelece o artigo 1.639, §2˚, do Código Civil:

> 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 provocação do judiciário com consentimento dos cônjuges, por meio de advogado, utilizando-se do procedimento de jurisdição voluntária, perante vara de família, necessita da juntada de certidões pessoais para evidenciar que os interesses de terceiros estão sendo protegidos.

Nestes termos, como já exposto, para os terceiros a alteração do regime de bens produz efeitos *ex nunc*, sendo que para os cônjuges produziria *ex tunc*, salvo disposição em contrário dos próprios peticionários.

Nesta vertente, segue posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

> DIREITO DE FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS DO CASAMENTO DE COMUNHÃO PARCIAL PARA SEPARAÇÃO TOTAL. OMISSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA. PARTILHA DOS BENS ADQUIRIDOS NO REGIME ANTERIOR. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.
> 1. Consoante dispõe o art. 535 do Código de Processo Civil, destinam-se os embargos de declaração a expungir do julgado eventuais omissão, obscuridade ou contradição, não se caracterizando via própria ao rejulgamento da causa.
> 2. É possível a alteração de regime de bens de casamento celebrado sob a égide do CC de 1916, em consonância com a interpretação conjugada dos arts. 1.639, § 2º, 2.035 e 2.039 do Código atual, desde que respeitados os efeitos do ato jurídico perfeito do regime originário.
> 3. No caso, diante de manifestação expressa dos cônjuges, não há óbice legal que os impeça de partilhar os bens adquiridos no regime anterior, de comunhão parcial,

> na hipótese de mudança para separação total, desde que não acarrete prejuízo para eles próprios e resguardado o direito de terceiros. Reconhecimento da eficácia ex nunc da alteração do regime de bens que não se mostra incompatível com essa solução.
> 4. Recurso especial provido.
> (REsp 1533179/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 23/09/2015)

Conforme se evidencia pelo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, acima transcrito, admite-se a alteração de regime de bens de casamento celebrado sob a égide do CC de 1916, em consonância com a interpretação conjugada dos arts. 1.639, § 2º, 2.035 e 2.039 do Código atual, respeitando-se os efeitos do ato jurídico perfeito do regime originário, pautando-se no tratamento isonômico que o sistema jurídico nacional vigente contempla.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mutabilidade do regime de bens de casamento foi introduzida com o atual Código Civil brasileiro, apresentando a finalidade de atender aos anseios da sociedade, tendo em vista a inexistência de conflito de interesses – requisito para a viabilidade do pedido.

Diante do estudo apresentado, concluímos que o direito deve ser aplicado de forma dinâmica, de modo que a referida regra atinja, também, os matrimônios celebrados sob a vigência do anterior diploma civil, não se justificando a manutenção da ultrapassada visão existente no Código Civil de 1916.

Esta inovação jurídica tem a pretensão de favorecer os cônjuges sem, contundo, causar insegurança jurídica aos terceiros de boa-fé, efetivando a verdadeira igualdade entre os integrantes da sociedade brasileira, ou seja, a igualdade real e proporcional.

Não obstante, conforme vimos, em uma sociedade marcada pela facilidade de acesso à informação, é direito dos cônjuges, caso assim entendam por necessário, a possibilidade de alteração do regime de casamento, de modo a preservar às suas respectivas imagens perante a sociedade.

Sem qualquer correlação lógica a obrigatoriedade de vinculação dos cônjuges a um sistema ultrapassado (Código Civil de 1916) em detrimento de um sistema dinâmico inserido no sistema, com atenção às características da sociedade contemporânea.

A aplicação da “Justiça”, respeito aos padrões sociais atuais, bem como ao sistema jurídico normativo, sem desrespeitar o ato jurídico perfeito, são verificados, mesmo nos pedidos de alteração de regime de bens, para casamentos celebrados sob a vigência do anterior Código Civil, sempre que a fundamentação desta postura acadêmica tem por base a lacuna axiológica.

Por esta razão, entendemos que apesar da vedação existente no Código Civil de 1916, não se justifica a aplicabilidade de norma mais ajustada à nova realidade social, atendendo, sem prejuízo a terceiros, o verdadeiro interesse dos maiores interessados em alterar o regime de casamento: os cônjuges, aspecto este corroborado pela doutrina e aos poucos adotado pela jurisprudência pátria.

BIBLIOGRAFIA

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito.** 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____ . **Código Civil Anotado**. 11. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2005.

_____ . **Compêndio de introdução à ciência do direito.** 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____ . **Conflito de normas**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____ . **Norma constitucional e seus efeitos.** 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ROSA, Eduarda. Entrevista Augusto Cury: **Dourados faz parte da minha vida**. Disponível em: <http://www.douradosnews.com.br/especiais/entrevistas/entrevista-com-augusto-cury>. Acesso em 01.03.2016.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Habeas Data: Remédio Jurídico na Sociedade da Informação. IN: **O Direito na Sociedade da Informação** (coordenado por PAESANI, Liliana Minardi). São Paulo: Jurídico Atlas, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família: Lei n. 10.406, de 10.01.2002**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Interpretado.** 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

Referências Eletrônicas

Disponível em: < http://delas.ig.com.br/comportamento/historias/2012-07-01/acusada-de-ter-dado-golpe-do-bau-mulher-de-rupert-murdoch-leva-vida-independente-do-marido.html>. Acesso em 21.03.2016.

Disponível em: < http://revistamonet.globo.com/Listas/noticia/2016/01/casamentos-e-relacionamentos-de-celebs-internacionais-que-foram-classificados-como-golpes-do-bau.html>. Acesso em 21.03.2016.

Disponível em: <http://revistaquem.globo.com/Revista/Quem/0,,EMI142759-9531,00-MARILIA+GABRIELA+SOBRE+REYNALDO+GIANECCHINI+FOI+UM+CASAMENTO+PERFEITO.html.>. Disponível em: 21.03.2016.

Disponível em: <http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=2876>. Acesso em 01.03.2016.

Disponível em: <http://www.intervozes.org.br/direitoacomunicacao/?p=20780>. Acesso em 23.03.2016.

Disponível em: < https://economatica.com/estudos/2016/zero160203.pdf>. Acesso em: 23.03.2016.