

A ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS AUTORIZADA JUDICIALMENTE: COMO PROCEDER PARA QUE ELA PRODUZA EFEITOS?

Lydia Neves Bastos Telles Nunes

Mestre e Doutora em Direito pela PUC-SP.

Professora nos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito
da Instituição Toledo de Ensino - Bauru.

Professora Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa e Integração do Centro de
Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino-Bauru.

Professora Orientadora do Núcleo de Iniciação Científica da Faculdade de Direito de Bauru-ITE.

Palavras-chave: Família, regime patrimonial do casamento, princípios dos regimes de bens, alteração do regime na constância do vínculo, posicionamentos para produzir efeitos, registro da sentença, (ou) lavratura da escritura pública (com registro e averbação), cônjuges, ou um deles, empresários.

O matrimônio não é só relação jurídica, mas – e antes de tudo – relação moral. O direito apenas dá normas à expressão exterior do casamento. Daí os seus múltiplos efeitos: uns grafados, por sua importância, como deveres e direitos decorrentes do ato do matrimônio; outros, de menor alcance, que entram na dedução dos assuntos à medida que se faz sentir a sua influência, e outros, enfim, de caráter moral, que são corolários imediatos da afeição recíproca. Só o estudo dos primeiros compete à técnica do direito (MIRANDA: 2001, 105).

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A família é objeto de preocupação de todos os povos porque é fundamental para a sobrevivência da espécie humana, reconhecida que é como célula *mater* da sociedade.

A família originada pelo casamento não é a única entidade que tem proteção especial do Estado, após a Carta Magna de 1988; todavia, só ela tem a regulamentação cogente a respeito dos regimes de bens a vigorar na relação matrimonial, e, assim, ela será objeto dos comentários que serão elaborados.

O casamento civil produz efeitos civis, pessoais e patrimoniais para as relações entre os cônjuges, entre esses e terceiros de boa-fé que com eles celebram negócios jurídicos, e também entre os cônjuges e os filhos de cada um deles e os comuns.

Diante de tal afirmação, constata-se a importância do estudo das questões patrimoniais do casamento, bem como a estrutura dos regimes de bens durante o matrimônio.

A comunhão de vida (individua vitae consuetudo), que o casamento estabelece entre a mulher e o marido, não pode deixar de exercer influência sobre os bens que os cônjuges trazem para o casal e sobre os que de futuro adquirirem (PEREIRA: 1956, 160).

O regime patrimonial do casamento é o estatuto de bens das pessoas casadas, entendendo-se por bens todos os direitos que têm valor pecuniário.

2. PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS REGIMES DE BENS ADOTADOS PARA O CASAMENTO

O ordenamento jurídico brasileiro, para regular as questões patrimoniais do casamento, fundamentou-se em três princípios: o da variedade de regimes, o da liberdade das convenções antenupciais e o da mutabilidade justificada do regime adotado.

O *princípio da variedade de regimes*. A lei civil brasileira não impõe um só regime matrimonial aos nubentes, mas oferece quatro tipos diferentes: o da comunhão universal, o da comunhão parcial, o da separação e o da participação final dos aqüestos. Este último, embora inovação do Código Reale, já é adotado como regime legal em vários países (Alemanha, Áustria, Suíça, entre outros), e como regime convencional, na França, por exemplo.

Os diversos regimes estabelecidos pela lei civil podem ser classificados em dois grandes grupos: o dos regimes comunitários e o dos regimes não comunitários. No primeiro grupo estão incluídos os regimes em que se estabelece patri-

mônio comum dos cônjuges, e no segundo grupo estão os regimes em que só existe patrimônio particular de cada um dos cônjuges.

Os regimes comunitários são os que atendem à comunhão de vidas que se estabelece com o casamento. Os regimes não comunitários são os que dão maior liberdade de ação para os cônjuges na administração e disposição do patrimônio particular, uma vez que não necessitam da anuência do consorte para atos de alienação, conforme dispõe o Art. 1.647 do Código Civil: “Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: ...” (grifou-se).

O *princípio da liberdade das convenções antenupciais*. O Código Civil não fixa imperativamente um regime determinado, com exclusão de todos os outros. Como corolário do princípio da variedade de regimes, constata-se a liberdade que os nubentes têm de escolher o regime que lhes convier.

Essa liberdade também permite aos nubentes a combinação dentre os vários regimes existentes, criando um especial, através da estipulação de cláusulas, que deverão respeitar a ordem pública e os bons costumes.

Leciona San Tiago Dantas a respeito da liberdade das convenções, tendo como objeto o regime de bens a vigorar no casamento:

A idéia que prevalece na consciência jurídica moderna é de que, sobre o regime de bens, os cônjuges podem estipular livremente quanto queiram. Isto já vem da Antigüidade, do tempo em que se estipulava no pacto antenupcial o dote, com todas as suas peculiaridades e formas. Hoje, pelo contrato antenupcial, as partes podem convencionar o regime que preferirem e podem mesmo estabelecer, a respeito de certas categorias de bens, normas próprias extravagantes, que não estão geralmente contidas em alguns dos regimes típicos estabelecidos. A solução do legislador brasileiro é diferente da do suíço. O suíço manda que se escolha, no pacto antenupcial, um dos regimes típicos. O legislador brasileiro vai mais longe, permitindo: ou que se escolha um dos regimes típicos, ou que se escolha um regime original, sendo que, pela disposição dos regimes conhecidos, podem-se introduzir peculiaridades a respeito de certas classes de bens (DANTAS: 1991,263).

A escolha do regime que vigorará durante o casamento, se for pelo *regime legal* (da comunhão parcial de bens), ficará constando do assento do casamento. Do contrário, optando os nubentes por outro regime, far-se-á a escritura do *pacto antenupcial*. Portanto, pode ser afirmado, como fez Pontes de Miranda, que a determinação do regime de bens no casamento é de tão relevante inte-

resse público e particular que se tornou necessário *presumir-se* a existência de pacto *tácito*, a fim de se submeterem os bens dos cônjuges a um dos sistemas cardiais (MIRANDA: 1971, 214).

O pacto antenupcial, portanto, é facultativo, porém necessário, quando os nubentes fazem a opção por regime de bens diverso do legal, que por esse motivo é denominado regime supletivo (NUNES: 2005, 77).

Excepcionalmente, em alguns casos, a lei determina que o casamento deverá se realizar sob o regime da separação de bens, denominado regime obrigatório da separação de bens. O artigo 1.641 do Código Civil estabelece:

É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II - da pessoa maior de sessenta anos;

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

O *princípio da mutabilidade justificada do regime adotado* é novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Na vigência do CC 1916, o princípio norteador dos regimes de bens do casamento era o da imutabilidade do regime adotado.

Desde há muito, os doutrinadores das várias partes do planeta condenam a adoção da imutabilidade dos regimes de bens no casamento, uma vez que significa uma restrição à liberdade dos cônjuges, no tocante ao regime de bens no seu casamento. Muitas vezes, é recomendável a alteração do regime de bens, e, quanto aos terceiros, basta que a lei estabeleça a ressalva aos seus direitos, como fez o atual Código Civil.

Ensina o Professor Diogo Leite de Campos:

A proteção de terceiros obter-se-á facilmente se a lei estipular que as alterações à convenção antenupcial, não podem vir prejudicar esses terceiros. Tendendo-se, assim, como aliás propõe a generalidade dos autores, tanto em Portugal como nos outros países, para uma imutabilidade flexível e controlada. Os cônjuges deverão poder alterar as convenções antenupciais, desde que fundamentem essa alteração e ela seja aprovada pelo tribunal (CAMPOS: 1997, 385).

O Código Reale não impõe requisitos para o pedido de modificação do regime matrimonial. É aconselhável, para que se evite fraudes, condicionar o exercício dessa faculdade a requerimento de ambos os cônjuges. Inadmissível a

alteração unilateral. Também necessário a justificação do pedido, que será acolhido pelo juiz, se os motivos forem plausíveis (NUNES: 2005, 81).

O pedido de modificação do regime de bens adotado no casamento, tendo sentença favorável e, em consequência, autorizando a alteração, deverá ser levada a registro para que se tenha a publicidade necessária, e assegurar os direitos cujos títulos sejam anteriores àquele registro.

Já ensinava o Professor Orlando Gomes, muito antes da vigência do novo Código Civil:

Conviria, por último, admitir a mutação do regime matrimonial adotando-se a seguinte regra: 'Se a desordem nos negócios de qualquer dos cônjuges puser em risco os interesses da família, o juiz, a requerimento do outro, pode determinar a separação de bens, ressaltado os direitos de terceiros.' A modificação do regime matrimonial exigirá sentença judicial. A mulher poderá defender-se, e aos filhos do casal, contra as estroinices ou os desacertos do marido, usando o remédio judicial que se lhe ofereceria. A modificação não seria permitida unicamente nessas circunstâncias excepcionais. (...) O direito de Família aplicado, isto é, aquele que disciplina as relações patrimoniais entre os cônjuges, não possui o cunho institucional que se atribui ao Direito de Família puro. Tais relações se estabelecem mediante pacto pelo qual tem os nubentes a liberdade de estipular o que lhes aprouver. A própria lei põe à sua escolha diversos regimes matrimoniais e não impede que combinem disposições próprias de cada qual. 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 o substituírem pelo da comunhão? (GOMES: 1984, 18 e 19p.).

Alguns países já adotam a possibilidade de alteração do regime de bens, na constância do casamento, podendo ser mencionada a Alemanha, Suíça, França, Itália e Espanha.

No BGB, está assim estipulado no parágrafo 1.408:

Os cônjuges podem regular as suas relações jurídico-patrimoniais por contrato (contrato nupcial), em particular [podem] também, depois da celebração do casamento, invalidar ou modificar o regime de bens.

Na legislação francesa, os cônjuges, de comum acordo, estão autorizados a mudar completamente o regime de bens (por

exemplo, substituir completamente o regime de separação pelo regime de participação final nos aqüestos) ou a realizar modificações parciais (transferir a administração ao marido dos bens próprios de sua mulher). (OLIVEIRA e MUNIZ: 1990, 376).

3. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO

O Art. 1.639 do Código Civil no seu parágrafo 2º estabelece:

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.

Os cônjuges que pretendem a alteração do regime de bens adotado para o seu casamento devem atender os seguintes requisitos: que o regime de bens seja legal ou convencional e não obrigatório; que haja concordância de ambos os cônjuges na modificação pretendida; que haja motivação do pedido e que essa motivação seja relevante para operar-se a alteração do regime de bens; que o pedido de ambos os cônjuges seja deferido pelo juiz; e que sejam respeitados os eventuais direitos de terceiros, conforme lição do Professor Nelson Nery Junior (NÉRY JUNIOR: 2005, 776).

Se um dos cônjuges não concorda, impossível será o pedido. Neste caso, não se admite o suprimento judicial do consentimento porque o cônjuge tem direito de manter o regime de bens adotado para o casamento. Sendo o pedido de modificação situação excepcional, deve ter interpretação restritivamente.

Assim, pode ser dito, conforme ensina o Professor Nelson Nery Junior,

que é incabível pedido judicial contencioso. É juridicamente impossível, ensejando extinção do processo sem julgamento do mérito (CPC 267 VI), porque a lei somente autoriza a modificação do regime de bens se ambos os cônjuges estiverem de acordo quanto a isso.

Alteração do regime de bens. Requisitos. Jornada ISTJ 113:
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 ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade.

O pedido de modificação do regime de bens adotado deve ser dirigido ao juiz competente, segundo as regras de organização judiciária, por ação própria, em procedimento de jurisdição voluntária, sendo postulado por advogado comum.

A solenidade exigida para a alteração cuida para que os cônjuges realizem suas pretensões sem causar prejuízos a terceiros, o que se alcança através de exame cuidadoso que o magistrado faz no pedido apresentado.

Não existe prazo mínimo ou máximo, após o casamento, para que se possa pleitear a alteração.

Na petição inicial, devem os requerentes estabelecer, à semelhança do que se faz no pacto antenupcial, todas as cláusulas que pretendem a respeito do regime de bens que vigorará após a modificação. Se os cônjuges fizerem a opção por um dos regimes estabelecidos na lei civil, basta que façam a menção do regime, e as regras legalmente estabelecidas, regularão as relações patrimoniais naquele casamento.

A motivação do pedido deverá ser relevante. Os motivos caprichosos não serão considerados pelo magistrado. O fato de os cônjuges passarem a ter atividades profissionais próprias e autonomia financeira, sendo conveniente a existência de patrimônios separados e autônomos, é motivo suficiente para que o juiz autorize a alteração, desde que assegurados os direitos de terceiros até a data do registro da modificação.

*A regra a ser observada é a seguinte: a mudança de regime de bens apenas valerá para o futuro, não prejudicando os atos jurídicos perfeitos; a mudança poderá alcançar os atos passados se o regime adotado (exemplo: substituição de separação convencional por comunhão parcial ou universal) beneficiar terceiro credor, pela ampliação da garantias patrimoniais. Em relação aos terceiros, especialmente os credores, aplica-se o princípio geral *fraus omnia corrumpit*, não podendo a mudança de regime permitir aos cônjuges que ajam fraudulentamente contra os interesses daqueles (LÔBO: 2003, 235).*

Deferida a modificação requerida, como proceder para que a alteração produza efeitos no mundo jurídico?

Existe o entendimento de que a sentença que defere o pedido de alteração do regime de bens determina a expedição de Alvará que autoriza a escritura pública que deverá ser lavrada (tal qual sucede com o pacto antenupcial), e esta será levada a registro junto ao Oficial de Registro Civil, à margem do assento do casamento, bem como junto ao Oficial do Registro de Imóveis. Deve-se também ser providenciada a averbação junto à matrícula dos imóveis pertencentes aos cônjuges reque-

rentes da modificação, conforme dispõe a Lei n. 6.015/73, Lei de Registro Públicos para as convenções antenupciais, no Art. 167, inc. I, 12 e inc. II, 1.

No caso de serem os cônjuges, ou um deles, empresários, a alteração do regime de bens deve ser arquivada e averbada no Registro Público de Empresas Mercantis, a exemplo da exigência que se faz ao pacto antenupcial, e a eventual partilha de bens na dissolução da sociedade conjugal, conforme dispõe o Código Civil nos Artigos 979 e 980.

“(...) Deferida a modificação do regime de bens do casamento de comunhão parcial para separação, devendo constar da escritura pública que ficam ressalvados os direitos de terceiros” (12ª. Vara Central de Família e Sucessões de São Paulo-SP, Proc. N. 000.03.026973-3, Juiz João Batista Silvério da Silva, Sentença de 11.4.2003, in Cadernos jurídicos da Escola Paulista da Magistratura, n. 15, maio-junho/2003, São Paulo, pp. 33/40).

Constata-se, atualmente, a tendência crescente da adoção da escritura pública para a prática de atos diversos. Tem-se notícia de Projeto de Lei que prevê a separação consensual do casal por meio de escritura pública, afastando do judiciário a homologação do acordo estabelecido pelos ex-consortes, tendo a participação apenas do representante do Ministério Público que fiscaliza o cumprimento da lei.

Assim, a escritura pública, para concretizar a modificação do regime de bens autorizada judicialmente, estaria consoante a moderna tendência da adoção da via administrativa para a prática de atos referentes às relações familiares.

Deve ficar consignado outro entendimento, no sentido da desnecessidade da escritura pública para que a alteração do regime de bens que vigora no casamento produza efeitos no mundo jurídico.

A sentença que acolhe o pedido de modificação determina a expedição de mandato judicial, que deverá ser levado a registro, conforme mencionado anteriormente, obedecendo às disposições sobre o registro do pacto antenupcial.

Se, no pedido inicial, formulado pelos cônjuges e submetido à apreciação judicial, ficar minuciosamente estabelecida a alteração pretendida, desnecessária a escritura pública, bastando o traslado, que apresentado ao Oficial do Registro, seria o documento hábil para os registros necessários.

Alteração do regime de bens. Ato judicial. Desnecessidade de lavrar-se escritura pública. “A pretensão deduzida pelos recorrentes que pretendem adotar o regime da comunhão universal de bens é possível juridicamente, consoante estabelece o CC 1639 parágrafo 2º e as razões postas pelas partes são bastante ponde-

ráveis, constituindo o pedido motivado de que trata a lei e que formulado pelo casal. Assim, cabe ao julgador a quo apreciar o mérito do pedido e, sendo deferida a alteração de regime, desnecessário será lavrar escritura pública, sendo bastante a expedição do competente mandato judicial. O pacto antenupcial é ato notarial: a alteração do regime matrimonial é ato judicial (TJRS, 7ª. Câm. Civ., Ap. 70006423891-Farroupilha, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 13.8.2003, v.u.) (NERY Jr.: 2005, 776).

Conclui-se afirmando: tendo a lei estabelecido que a alteração do regime de bens na constância do casamento deve ser promovida mediante pedido justificado que será submetido à apreciação judicial, a sentença que acolher o pedido, e, em conseqüência, autorizar a modificação, deverá ser o instrumento hábil para o registro, sendo desnecessário que se lavre escritura pública, até por motivo de economia, uma vez que o pedido judicial já enseja despesas ao casal, com custas processuais e honorários advocatícios.

Exigir que a alteração seja promovida por instrumento público, dará ensejo a novas despesas, que seriam evitadas com a expedição de mandato judicial, o qual deverá preencher os requisitos necessários para que se proceda ao registro.

A alteração do regime de bens na constância do casamento deve obedecer a uma série de requisitos que se observados, tornam o ato judicial, autêntico.

A lei não estabelece, para a produção de efeitos, a forma solene do ato a ser levado a registro, como faz com o pacto antenupcial. Portanto, deve ser entendido que a sentença é a materialização da pretensão dos cônjuges, apreciada pelo juiz, e que atende aos requisitos necessários para produzir todos os efeitos no mundo jurídico.

A título de comparação, deve ser lembrado, aqui, a aquisição da propriedade pela usucapião, que se completa com o registro da sentença que julga procedente o pedido do usucapiente.

Da mesma forma, a sentença que acolhe o pedido de modificação do regime de bens no casamento, é título hábil ao registro.

O tema encontra-se, ainda, sem um posicionamento firmado pelos nossos Tribunais.

Mostrou-se que existem decisões nos dois sentidos: para que a modificação autorizada possa produzir seus efeitos, a sentença deverá ser registrada, ou, a escritura pública deverá ser lavrada.

REFERÊNCIAS

Código Civil Alemão. Traduzido diretamente do alemão por Souza Diniz, Rio de Janeiro: Record, 1960.

GOMES, Orlando. *O novo Direito de Família*. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, 18 e 19p.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693*, volume XVI / Paulo Luiz Netto Lôbo; Álvaro Villaça Azevedo (coordenador), São Paulo: Atlas, 2003.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito de Família*, v. 2 (Direito Matrimonial). v. 6 (Parte Geral) e tomo VIII (Parte Especial), atualizado por Vilson Rodrigues Alves, v. 2, Campinas: Bookseller, 2001.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Parte especial. Tomo VIII, 3a. ed., Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

NERY Jr., Nelson. *Código Civil comentado e legislação extravagante: atualizado até 15 de junho de 2005*. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery, 3ª. ed. rev., atual. E ampl. Da 2ª.ed. do Código Civil anotado, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. *Direito de Família. Regime Matrimoniais de Bens*. Leme (SP): J.H.Mizuno, 2005.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de e MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de Família (Direito Matrimonial)*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de Família*. Anotações e adaptações ao Código Civil por José Bonifácio de Andrade e Silva, 5a. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.