

Do Testamento Cerrado e sua Regulamentação

JOSÉ FERNANDO SIMÃO

*Professor Associado do Departamento de Direito Civil da USP
Largo de São Francisco.*

JULIA MARTINS GOMES

RESUMO: O Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP) faz consulta a respeito da elaboração de anteprojeto de lei tratando do testamento cerrado e da necessidade de novas regras legais sobre o tema, o qual se propõe a modificar a instrumentalização do testamento cerrado, bem como introduzir novas disposições quanto à guarda deste instrumento.

PALAVRAS-CHAVE: Testamento Cerrado. Caráter Sigiloso. Vulnerabilidade.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Origens do Testamento Cerrado. 3 O Regime do Testamento Cerrado no Código Civil de 2002. 4 O Caráter Sigiloso do Testamento Cerrado. 5 A Disciplina da Revogação do Testamento Cerrado no Código Civil de 2002, na Doutrina e na Jurisprudência. 6 A Vulnerabilidade do Testamento Cerrado. 7 Da Efetiva Necessidade de se Alterar o Código Civil em Matéria Testamentária e seus Reflexos.

1 Introdução

O Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP) consulta-nos a respeito da elaboração de anteprojeto de lei tratando do testamento cerrado e da necessidade de novas regras legais sobre o tema, o qual se propõe a modificar a instrumentalização do testamento cerrado, bem como introduzir novas disposições quanto à guarda deste instrumento.

São as propostas:

– o testamento cerrado pode ser adotado, a critério do testador, por instrumento público ou por documento escrito pelo próprio testador, ou escrito por outrem a rogo do testador, o qual sempre o assinará;

– o testamento por escritura será lavrado em livro especial, de guarda sigilosa no tabelião; o testamento cerrado, por documento manuscrito, depois de aprovado e registrado, ficará guardado em cofre reservado do tabelião;

– nos inventários judiciais ou extrajudiciais, o Colégio Notarial deve ser obrigatoriamente notificado pelo Juízo ou pelo tabelião sobre a existência de testamento em vigor e o cartório em que foi lavrado ou esteja depositado;

– o cartório notificado deve enviar cópia do testamento lavrado, se for o caso, ou o original do testamento manuscrito, para os procedimentos judiciais de abertura e cumprimento;

– o testamenteiro designado no testamento será intimado para o compromisso e cumprimento da sua função legal;

– aos testamentos cerrados lavrados em livros do tabelião terão o acesso exclusivamente do testador;

– os testamentos cerrados manuscritos ou lavrados em livro do tabelião serão aprovados e registrados com a presença de testemunhas, as quais não tomam conhecimento dos termos nos testamentos.

2 Origens do Testamento Cerrado

No direito romano pré-clássico, havia três formas normais de testamento, das quais o testamento *calatis comitiis* e o testamento *in procinctu* eram as mais antigas e o testamento *per aes et libram* era a mais recente. O primeiro deles podia ser feito, em tempo de paz, duas vezes por ano, na ocasião de reunião dos comícios por cúrias, presididos pelo Sumo Pontífice. Daí o nome *comitiis*. O segundo, diferentemente, era feito durante o tempo de guerra. Surge, pois, o último da “necessidade em que se encontrava alguém, às portas da morte, de, em tempo de paz, testar fora dos dois dias por ano em que se reuniam os comícios por cúrias”¹.

Entende-se, pois, que o testamento cerrado teve seu embrião originado justamente deste testamento *per aes et libram*².

1 ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano: instituições de direito romano: B) Parte especial: direito das obrigações; direito de família; direito das sucessões*. 4. ed. rev. e acresc. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. 2. p. 436.

2 É o que diz Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka: “A carência de uma fórmula de testamento que viesse atender a circunstâncias de urgência, distintamente da excepcionalidade dos tempos de guerra, levou os romanos à criação do testamento *per aes et libram*. Esta nova forma é modalidade embrionária do atual testamento cerrado, cujas disposições se revestem de caráter sigiloso, se assim preferir o testador, sendo esta a grande vantagem que este instrumento apresenta” (CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007. p. 229).

Indicada a origem romana do testamento cerrado, verifica-se que, no ordenamento jurídico luso-brasileiro, a figura do testamento cerrado já estava presente nas Ordenações Afonsinas. Sobre a afirmação de que o testamento cerrado haveria chegado apenas com as Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 80, diz Pontes de Miranda: “Não é verdade. Lá está êle nas Ordenações Manuelinas e – mais – nas próprias Ordenações Afonsinas”³. E, nesse sentido, continua:

“Depois de falar do costume (‘que foi e he d’antigamente em estes Regnos’), as Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 103, § 1, foram assaz claras: ‘O qual costume declaramos em esta guisa. Primeiramente mandamos, que aja lugar em todo testamento, assy aberto feito per Tabelliam, como no caso que tiver estormento pruvico nas costas, e que as testemunhas em elle contheudas sejam todos baroões, e homeens que nom sejam servos, e que sejam maiores que quatorze annos, em tal guisa que com o Tabelliam, que fizer o testamento, ou instrumento nas costas delle, sejam seis’. No § 5: ‘E se algum quiser fazer codicillo, quer aberto feito per Tabelliam, quer çarrado com estormento nas costas, quer feito e assinado pelo testador, ou per alguma outra privada pessoa, deve-o fazer com quatro testemunhas, barooens ou molheres, livres, e maiores de quatorze annos, em tal guisa que com o Tabelliom sejam cinco testemunhas’. E no § 6: ‘E quando o testamento, ou codicillo assy forem feitos, como dito he, mandamos que valham, assy como se tevessem sete, ou cinco testemunhas, segundo a forma do Direito commuum’.”⁴

Seguindo a tradição romana e lusitana, o Código Civil brasileiro de 1916 trouxe a disciplina do testamento cerrado em seus arts. 1.638 até 1.644, dispondo o art. 1.749 da revogação de tal modalidade testamentária.

Atualmente, o Código Civil brasileiro de 2002 cuida da matéria nos arts. 1.868 até 1.875, dispondo o art. 1.972 sobre sua revogação.

3 O Regime do Testamento Cerrado no Código Civil de 2002

O testamento cerrado constitui modalidade testamentária ordinária composta de duas partes, quais sejam a cédula testamentária, cuja natureza é particular, e o instrumento público de aprovação, cuja natureza é pública. Cédula e instrumento são produzidos em momentos diversos, submetem-se

3 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973. t. LIX. p. 69.

4 *Ibidem*, p. 69-70.

a regimes distintos, têm diferentes requisitos essenciais de validade, mas são instrumentos que se completam obrigatoriamente⁵.

Coloca-se, em primeiro lugar, a análise da atividade do testador. Deve este, ou alguém a seu rogo, redigir, à mão ou mecanicamente, a cédula testamentária, que pode se apresentar em língua nacional ou estrangeira (art. 1.871). É requisito de sua validade que a cédula seja assinada e, caso seja elaborado mecanicamente, o testador deverá assinar cada página do documento como forma de autenticá-lo (art. 1.868, parágrafo único).

Em segundo lugar, procede-se à análise da fase pública, correspondente à atividade do tabelião. Nesta, a cédula testamentária deve ser entregue, necessariamente, pelo testador ao tabelião na presença de duas testemunhas (art. 1.868, I), momento em que o testador declara que aquela é sua disposição última de vontade e requer sua aprovação (art. 1.868, II). O tabelião deve lavrar o auto de aprovação na presença de duas testemunhas e, em seguida, lê-lo ao testador e às testemunhas (art. 1.868, III), para que só então possa ser assinado pelo tabelião, pelo testador e pelas testemunhas (art. 1.868, IV). Concluído o auto de aprovação, cabe ao tabelião cerrar e coser o instrumento aprovado (art. 1.869, *caput*) e, em seguida, entregá-lo ao testador ou à pessoa por ele indicada, lançando, em seu livro, nota do lugar, dia, mês e ano em que o instrumento foi aprovado e entregue (art. 1.874).

Assim, cédula testamentária e auto de aprovação, juntos, cerrados e cosidos no mesmo invólucro, constituem o testamento cerrado, cuja abertura se produzirá quando for apresentado em juízo (em procedimento de abertura, de registro e de cumprimento previsto nos arts. 1.125 e seguintes do CPC) à época da abertura da sucessão.

4 O Caráter Sigiloso do Testamento Cerrado

A escolha pelo testamento cerrado dentre as modalidades ordinárias testamentárias se dá essencialmente por seu *caráter sigiloso*, uma vez que nem o Tabelião nem as testemunhas têm ciência de seu conteúdo se assim o testador decidir. Tal caráter se apresenta, pois, como a maior vantagem do testamento cerrado.

Não há impedimento legal que impeça ao testador dar ciência do conteúdo ou mesmo fazer a leitura do testamento cerrado, mas isso se afasta da

5 CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007. p. 233.

vantagem desta forma de testar, que é manter ignorada a vontade do testador, a qual só será revelada após a sua morte.

Sobre o inegável caráter sigiloso do testamento cerrado, a doutrina é pacífica. Assim preleciona Pontes de Miranda: “Havendo o testamento público e o particular, o cerrado só se justifica como a forma velada, com a qual o testador, querendo, ocultará as suas últimas vontades”⁶.

Também é essa a reflexão dos principais manualistas do século XX.

De acordo, Silvio Rodrigues diz: “Em tese, trata-se de instrumento cujo conteúdo só o testador conhece e essa a vantagem que apresenta”⁷⁻⁸.

Do mesmo modo, entende Orlando Gomes:

“Sua vantagem principal é permitir que as disposições testamentárias permaneçam ignoradas até sua abertura. Tanto as pessoas estranhas como o próprio tabelião desconhecem-lhe o conteúdo, absolutamente sigiloso.”⁹

Concorda Washington de Barros Monteiro:

“(…) testamento cerrado, às vezes, chamado secreto ou místico, é o escrito pelo próprio testado, ou por alguém a seu rogo, com caráter sigiloso, completado pelo instrumento de aprovação lavrado por oficial público, presentes cinco testemunhas.”¹⁰

Por fim, Carlos Roberto Gonçalves:

“A vantagem de tal modalidade testamentária consiste no fato de manter em segredo a declaração de vontade do testado, pois, em regra, só este conhece o seu teor. Nem o oficial nem as testemunhas tomam conhecimento das disposições, que, em geral, só vêm a ser conhecidas quando o instrumento é aberto após o falecimento do testador.”¹¹

6 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973. t. LIX. p. 83-84.

7 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: direito das sucessões. 19. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 7. p. 108.

8 E continua: “Esse testamento, velharia que é, só apresenta a vantagem de ser secreto, de modo que o testador, e só ele, conhece o seu conteúdo, o que poupa da inimizade dos herdeiros afastados e do assédio dos que gostariam de o ver dispor de seus bens de modo diverso” (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: direito das sucessões. 19. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 7. p. 109).

9 GOMES, Orlando. *Sucessões*. 13. ed. rev. atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 115.

10 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1979. v. 6. p. 115.

11 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 7. p. 268.

5 A Disciplina da Revogação do Testamento Cerrado no Código Civil de 2002, na Doutrina e na Jurisprudência

Dispõe o art. 1.875 do Código Civil de 2002 sobre a revogação do testamento cerrado: “Art. 1.972. O testamento cerrado que o testador abrir ou dilacerar, ou for aberto ou dilacerado com seu consentimento, haver-se-á como revogado”.

Da leitura de tal dispositivo, entendem a doutrina e a jurisprudência que o testamento cerrado se revoga quando aberto pelo próprio testador ou por outrem, com o consentimento daquele, uma vez que se presume o propósito do testador de revogá-lo¹².

Contudo, tal presunção é afastada quando inexistente consentimento do testador, hipótese em que o testamento pode ter sido aberto inadvertidamente ou proposital e maliciosamente.

Nesses últimos casos, entende a doutrina que:

“Considerar-se-á revogado o testamento cerrado que vier a ser aberto pelo testador. Presume o legislador que, nestas condições, o seu autor pretendeu revogá-lo. No entanto, se for encontrado aberto após o falecimento de seu autor, deverá o magistrado a quem se o apresentar determinar a verificação desta situação, para que reste apurado se foi aberto inadvertidamente ou até mesmo maliciosamente por quem o encontrou, ou por qualquer outra pessoa. Se assim restar provado, e porque não foi o testador quem o abriu, o juiz o considerará válido e ordenará o seu cumprimento.”¹³

No mesmo sentido:

“A lei estabelece que a abertura ou dilaceração do testamento cerrado implica revogação, se feita pelo testador ou com sua aquiescência. A regra geral é que testamento rasgado pelo testador, ou a seu mandado, demonstra sua vontade de revogar. A vontade de revogar não é expressa, mas se manifesta pelas circunstâncias. Se a cédula foi fortuitamente aberta ou dilacerada, não opera a presunção. A questão passa ao campo probatório. Cabe aos interessados provar a eficácia ou ineficácia do testamento. Se não houver acordo entre os interessados, não estando clara a intenção do testado, só a ação, com contenciosidade, deslindará a questão. O juiz não pode determinar o cumprimento do testamento que não se apresenta intacto (art. 1.125 do

12 Nesse sentido: “O testamento cerrado que o testador abrir ou dilacerar perde a eficácia, pois o legislador presume-lhe o propósito de revogá-lo. O mesmo se dá se a abertura ou dilaceração foi levada a efeito por terceiro com consentimento do testador” (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das sucessões*. 19. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 7. p. 220).

13 *Ibidem*, p. 233-234.

CPC). Se a presunção não fosse relativa, não precisaria o Código Civil referir-se à hipótese, porque o testamento cerrado que não se apresentar intacto está nulo. A lei criou, no entanto, uma possibilidade de que valha a cédula. O exame da prova nesse caso deve ser muito rigoroso, porque a situação facilita a fraude. Entendeu a lei não ser absoluta a presunção no tocante a esse requisito de validade do testamento cerrado. Abre possibilidade ao juiz de aparar injustiças.”¹⁴

Ainda sobre o art. 1.972:

“O artigo menciona a hipótese de abertura ou dilaceração do testamento cerrado pelo próprio testado ou ainda por terceira pessoa, com o consentimento do testado, casos em que teremos a revogação real. Nestes casos, há presunção do legislador da intenção do testador de revogar o testamento. A doutrina denomina esse ato de revogação presumida. Esta orientação tem sido firmada por nossos tribunais, cabendo à parte interessada, ou seja, ao herdeiro ou legatário beneficiário do testamento, a prova por todos os meios admitidos em lei de que a abertura ou dilaceração foi acidental ou realizada por terceiro. O testamento cerrado apresenta riscos, porquanto qualquer pessoa poderá abri-lo ou dilacerá-lo com o objetivo de contar com a presunção de revogação ditada pelo artigo em comento.”¹⁵

E Silvio Rodrigues, em seu livro:

“Tal é a orientação certa. Aparecendo dilacerado ou aberto o testamento cerrado, deve o juiz julgá-lo revogado, a menos que os interessados, de maneira veemente, comprovem que a abertura foi feita contra a vontade do testado, possivelmente por terceiros, a qual ela aproveitava.”¹⁶

Por sua vez, Orlando Gomes:

“Cabendo ao juiz, e somente a ele, abri-lo, evidente se torna que, se lhe for apresentado testamento já aberto, deve de logo decretar sua nulidade, denegando a ordem de cumprimento, não sob o entendimento, meramente conjectural, de que foi inutilizado pelo testador com o propósito de inutilizá-lo, mas porque, quebrado o sigilo, não subsiste o testamento, a menos que se prove ter sido intencionalmente violado por pessoa interessada em dar causa à nulidade.”¹⁷

14 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 2.040-2.041.

15 MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.). CHINELLATO, Silmara Juny (Coord.). *Código Civil interpretado*: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 4. ed. São Paulo: Manole, 2011.

16 RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*: direito das sucessões. 19. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 7. p. 221.

17 GOMES, Orlando. *Sucessões*. 13. ed. rev., atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 121.

E Washington de Barros Monteiro:

“(...) mas não se inutiliza o testamento se é terceira pessoa que o abre, por descuido ou inadvertência. Justificado cabalmente o fato, com citação de todos os interessados, cabe ao juiz determinar-lhe o cumprimento oportuno.”¹⁸

Também Pontes de Miranda:

“Se alguém abriu o testamento, em vez do juiz, ou houve erro, ou dolo, ou simples inadvertência de terceiro, ou foi o próprio testado que o quis destruir. Não se pode considerar revogado o testamento cerrado que não foi aberto pelo testador, intencionalmente. Se foi outrem que o abriu, tem de ser feita, perante o juiz, que o teria de abrir, a justificação do que ocorreu, citados os interessados.”¹⁹

Carlos Roberto Gonçalves assim entende também:

“Entretanto, não se tem por revogado o testamento se foi aberto por terceiro em razão de mero descuido. Em princípio, estando aberto ou dilacerado o testamento cerrado, o juiz deve considerá-lo revogado, salvo se os interessados demonstrarem, de forma convincente, que a abertura ou dilaceração foi feita contra a vontade do testador, ou por terceiro, acidental ou dolosamente.”²⁰

A jurisprudência segue a orientação da doutrina. Três exemplos são analisados. Na Apelação Cível 231.965-4/8-00²¹, pedia-se a abertura e o registro de testamento cerrado, bem como a determinação judicial de seu cumprimento. Ordenada a exibição do testamento cerrado, este foi apresentado já aberto, motivo pelo qual seu registro foi negado e sua nulidade foi decretada. No julgamento da Apelação, manteve-se a decisão do juízo de Primeiro Grau. Com fundamento nos arts. 1.125 do Código de Processo Civil e 1.644 do Código Civil de 1916 – ao qual corresponde o atual art. 1.875 do Código Civil de 2002 –, entendeu-se que:

“Sendo assim, se o testamento levado ao juiz não estava cerrado e se o invólucro em que esteve cerrado não foi exibido ao juiz, impossível se tornou o seu registro e, por via de consequência, o seu cumprimento, pois

18 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 197. v. 6. p. 253.

19 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973. t. LIX. p. 124.

20 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 7. p. 452.

21 TJSJSP, Apelação Cível 231.965-4/8-00, Rel. Ary José Bauer Junior, DJ 11.10.05.

que inegável a existência de vício externo capaz de torná-lo suspeito de nulidade, ou de falsidade, *sem que os apresentantes houvessem justificado que a sua abertura tenha se dado por acidente, por inadvertência de que o encontrou ou por malícia de algum interessado* ou outro motivo qualquer e provada a veracidade de sua alegação, de modo a afastar a possibilidade de que a sua abertura foi realizada pelo testador.” (grifos nossos)

Na Apelação 0029997-39.2011.8.26.0100²², requeria-se a cassação de sentença que extinguiu, sem julgamento de mérito, o processo de abertura, registro e cumprimento de testamento cerrado, pois este havia sido apresentado já aberto, o que violaria o art. 1.875 do Código Civil de 2002. Diferentemente, entendeu-se, no grau de apelação, que o fato de o testamento se encontrar aberto não o invalida necessariamente, desde que a parte interessada prove que o documento foi aberto inadvertidamente, sem o conhecimento ou a autorização do testador. Nesse sentido, disse o magistrado:

“É dizer, a legislação de regência outorgou ao juiz a prerrogativa de abrir o testamento cerrado. *Todavia, o fato de o testamento encontrar-se aberto, como sucedeu na espécie dos autos, não o invalida necessariamente*, como pareceu ao MM. Juiz de 1º grau, *desde que o interessado (ou interessados) prove que o documento foi aberto inadvertidamente, sem o conhecimento ou a autorização do testador.*” (grifos nossos)

Por fim, o Agravo de Instrumento 381.364-4/5-00²³ foi interposto em face de decisão que indeferiu o pedido de registro, arquivamento e cumprimento de dois testamentos cerrados por padecerem de vício externo, uma vez que seus conteúdos haveriam sido revelados aos herdeiros. Ao contrário, entendeu-se que:

“Na hipótese em tela, o equívoco da agravante, ao abrir os testamentos cerrados, não desnaturou a essência dos documentos, pois não se teve qualquer evidência de desvirtuamento do seu conteúdo – ou da vontade dos testadores –, seja porque quando da abertura os testadores já haviam falecido, seja porque não ficou caracterizado outro vício externo – pelo que se sabe, não foi arguido pelos outros herdeiros ou interessados – capaz de gerar a nulidade dos documentos por vício de falsidade ou por suspeição.”

Conclui-se, assim, que a jurisprudência e a doutrina já se mostram sensíveis à questão da revogação do testamento cerrado por fatos que ocorrem

22 TJSP, Apelação 0029997-39.2011.8.26.0100, Rel. J. L. Mônaco da Silva, DJ 06.03.2013.

23 TJSP, Agravo de Instrumento 381.364-4/5-00, Rel. João Carlos Garcia, DJ 30.08.05.

durante sua guarda, momento em que está mais vulnerável e sujeito a ações de terceiros que, sem o consentimento do testador, possam macular sua validade.

6 A Vulnerabilidade do Testamento Cerrado

A vulnerabilidade fática é característica essencial e própria da natureza do testamento cerrado e se revela pela problemática da revogação do testamento cerrado sem o consentimento do testador quanto ao campo probatório.

Silvio Rodrigues assim fala sobre tal vulnerabilidade:

“Apresenta, entretanto, o inconveniente de facilmente se extraviar. Não são raros os casos em que, embora se saiba que o *de cujus* faleceu com testamento cerrado, não se consegue encontrá-lo, principalmente quando fica em mãos de herdeiros legítimos.”²⁴

Do mesmo modo, Orlando Gomes:

“Tem, entretanto, o inconveniente de poder ser facilmente extraviado, ou inutilizado, que poderia ser obviado, porém com a instituição de um arquivo testamentário. A intervenção por este modo do notário, ou de quem lhe exerça as funções, retira-lhe o caráter de testamento particular, inserindo-o entre as formas testamentárias públicas ou notariais. Não se lavra, todavia, no livro de notas, tal como o testamento público, intervindo o tabelião unicamente para lhe dar autenticidade exterior.”²⁵

7 Da Efetiva Necessidade de se Alterar o Código Civil em Matéria Testamentária e seus Reflexos

A questão que se coloca é, então, saber se a matéria tal como prevista no Código Civil merece reforma para permitir que a forma cerrada seja utilizada de maneira mais ampla pelos cidadãos.

De início, na opinião do subscritor da presente consulta, um Anteprojeto de Lei em matéria testamentária é muito útil para aperfeiçoar eventuais arcaísmos do Código Civil e difundir a prática de testar que se afasta das tradições brasileiras.

Talvez pelo fato de o Brasil ser um país jovem, se comparado ao Velho Mundo, e em países jovens a morte ser verdadeiro tabu, talvez pela desinfor-

24 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das sucessões*. 19. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 7. p. 109.

25 GOMES, Orlando. *Sucessões*. 13. ed. rev., atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 115.

mação do povo brasileiro quanto a instrumentos jurídicos, ou mesmo pelo fato de muitos brasileiros falecerem com poucos ou sem bens, a sucessão testamentária no Brasil ainda é pouca.

A reforma, então, para facilitar a elaboração do testamento, parece útil e bem-vinda. Contudo, a simples alteração dos dispositivos referentes ao testamento cerrado parece-me pouco relevante e, por sim, de nenhum impacto perante os eventuais testadores.

Sua utilidade era discutível já na vigência do antigo Código Civil, quando a doutrina o utilizava como exemplo para a hipótese de reconhecimento de um filho adulterino (na linguagem vetusta e inconveniente do século XIX) em que o testador só queria que fosse conhecido após a sua morte.

Se é verdade que, para evitar briga atual entre os futuros herdeiros, essa forma pode ser adequada, já que o conteúdo do instrumento não será conhecido, atualmente, o testador pode deixar “oculto” o conteúdo, utilizando a forma pública, desde que faça o testamento em Tabelião de cidade próxima e não informe aos herdeiros, mas apenas às testemunhas.

Na prática, é essa forma de “ocultar” a existência e o conteúdo de um testamento público que é adotada.

Assim, a simples mudança do texto de lei quanto ao testamento cerrado parece-me esforço demasiadamente grande com pouco ou nenhum resultado prático.

Assim, apesar do acima exposto, analisam-se então as ponderações do IASP por meio de seu Conselheiro Dr. Elias Farah a respeito do tema.

“a) o testamento cerrado pode ser adotado, a critério do testador, por instrumento público ou por documento escrito pelo próprio testador, ou escrito por outrem a rogo do testador, o qual sempre o assinará;”

Testamento cerrado por instrumento público não revela necessariamente uma *contraditio in terminis*. Público é o testamento feito pelo Tabelião e lavrado em seu livro de notas. Isso não significa que o testamento tenha publicidade que, no Direito brasileiro, se dá por meio do registro, seja no Registro de Imóveis, seja no de Títulos e Documentos; mas a questão que se coloca é outra.

Indaga-se qual a vantagem de o testador optar por um testamento cerrado lavrado no livro pelo Tabelião se sua única vantagem é o sigilo? O Tabelião teria conhecimento do conteúdo e poderia orientar o testador corrigindo eventuais vícios?

Essa, s.m.j., é a função do advogado que deve ser contratado para esclarecer seu cliente antes de este elaborar o instrumento. Assim, a lavratura em livro pode ter outra função: evitar o extravio do instrumento, e isto analisaremos oportunamente.

Ademais, surgiria uma outra questão: o Tabelião daria ciência às testemunhas do teor do testamento? Pelas afirmações do Dr. Elias Farah, a resposta é negativa. Logo, há um documento no livro que não será conhecido pelas próprias testemunhas que assinaram o livro. Assim, há necessidade de o projeto estabelecer que a assinatura não se dará no próprio instrumento público, mas em outro instrumento, que será o auto de aprovação.

“b) o testamento por escritura será lavrado em livro especial, de guarda sigilosa no tabelião; o testamento cerrado, por documento manuscrito, depois de aprovado e registrado, ficará guardado em cofre reservado do tabelião.”

A questão que se coloca é a possibilidade de extravio do instrumento, razão pela qual, se lavrado em livro ou guardado em cofre pelo Tabelião, esse risco diminui.

Em qual dos livros do Tabelionato de Notas esse testamento cerrado de conteúdo sigiloso seria lavrado? Livro Especial? Se assim for, é necessária a reforma das regras vigentes quanto aos livros existentes no Tabelionato.

É contra a natureza do próprio livro a noção de sigilo. Livro se manuseia, folheia. Seriam necessários cofres, então, para se guardarem os livros especiais e os instrumentos particulares.

Ademais, há possibilidade de todos os tabelionatos do Brasil contarem com cofres? Os Tabelionatos são inúmeros e existem em pequenas cidades do país. Qual a responsabilidade civil do Tabelionato se houver ciência do conteúdo destes livros sigilosos?

“c) nos inventários judiciais ou extrajudiciais, o Colégio Notarial deve ser obrigatoriamente notificado pelo Juízo ou pelo tabelião sobre a existência de testamento em vigor e o cartório em que foi lavrado ou esteja depositado;”

O Código de Normas do TJSP já prevê o seguinte:

“Subseção XI

Da Solicitação de Informações sobre a Existência de Testamentos ao Colégio Notarial do Brasil.

Art. 218. Requerido o inventário, os juízes requisitarão ao Colégio Notarial do Brasil, Conselho Federal, informação sobre a existência de testamento.”

A mudança deve ocorrer no CPC para que tal norma prevaleça em todo o país, e não no Código Civil. Aliás, com a grande reforma do CPC e o novo diploma projetando a mudança, neste momento, seria precipitada a proposta de novo projeto de lei.

“d) o cartório notificado deve enviar cópia do testamento lavrado, se for o caso, ou o original do testamento manuscrito, para os procedimentos judiciais de abertura e cumprimento;”

Não há interesse público em questão testamentária. O procedimento de abertura e registro *ex officio* também depende das regras do CPC. Atualmente, todo o procedimento depende do interessado, seja herdeiro ou legatário. A mudança se daria naquele diploma, e não no Código Civil.

“e) o testamenteiro designado no testamento será intimado para o compromisso e cumprimento da sua função legal;”

Novamente a questão de intimação do testamenteiro precisa de alteração das regras do Código Civil e do CPC. E, se for alterado para o testamento cerrado, que a alteração prevaleça também para o testamento público.

Por fim, creio que qualquer modificação em matéria testamentária deva ser feita em parceria com os Tabeliães ou suas entidades de classe, tal como a ANOREG, pois a experiência prática de quem lida com a questão é essencial para o aprimoramento da lei.

Diante do exposto, entendo que não deve o IASP pensar, isoladamente, sem a ANOREG, em um projeto de lei de reforma apenas do testamento cerrado, mas deve, sim, com as entidades próprias, pensar em uma grande reforma da disciplina do testamento no Brasil.

Esse era meu parecer, s.m.j.

TITLE: From closed testament and its regulations.

ABSTRACT: The Institute of Lawyers of São Paulo (IASP) makes consultation regarding the preparation of the draft bill dealing closed testament and the need for new legal rules on the subject, which proposes to modify the instrumentalization of closed testament as well introducing new provisions on the guard of the instrument.

KEYWORDS: Closed Testament. Stealth Character. Vulnerability.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.300.036 MATO GROSSO

RELATOR: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO

DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO. ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS. TERMO INICIAL DOS SEUS EFEITOS. *EX NUNC*. ALIMENTOS. RAZOABILIDADE. BINÔMIO NECESSIDADE E POSSIBILIDADE. CONCLUSÕES ALCANÇADAS PELA CORTE DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO NA VIA ELEITA. SÚMULA Nº 7/STJ

1. Separação judicial de casal que, após período de união estável, casou-se, em 1997, pelo regime da separação de bens, procedendo a sua alteração para o regime da comunhão parcial em 2007 e separando-se definitivamente em 2008.
2. Controvérsia em torno do termo inicial dos efeitos da alteração do regime de bens do casamento (*ex nunc* ou *ex tunc*) e do valor dos alimentos.
3. Reconhecimento da eficácia *ex nunc* da alteração do regime de bens, tendo por termo inicial a data do trânsito em julgado da decisão judicial que o modificou. Interpretação do art. 1.639, § 2º, do CC/02.
4. Razoabilidade do valor fixado a título de alimentos, atendendo aos critérios legais (necessidade da alimentanda e possibilidade do alimentante). Impossibilidade de revisão em sede de recurso especial. Vedação da Súmula nº 07/STJ.
5. Precedentes jurisprudenciais do STJ.
6. *Recurso especial parcialmente provido.*

(STJ; REsp 1.300.036; Proc. 2011/0295933-5; MT; 3ª T.; Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; DJE 20/05/2014)

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a e. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente), Nancy Andrichi, João Otávio de Noronha e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Dr. José Cardoso Dutra Junior, pela parte *recorrente*: A.D.

Brasília, 13 de maio de 2014 (Data do Julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por A.D. em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, assim ementado:

“RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL E DIVISÃO DO PATRIMÔNIO COMUM. AGRAVO RETIDO. DESENTRANHAMENTO DA IMPUGNAÇÃO FEITA A DESTEMPO E DOS DOCUMENTOS JUNTADOS NA MESMA. AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO. REGIME JURÍDICO DO CASAMENTO. MODIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE LEGAL. ART. 1.639, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. EFEITOS *EX TUNC*. ALIMENTOS. BINÔMIO NECESSIDADE E POSSIBILIDADE. ART. 1.694, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. AUSÊNCIA DE PROVA DA DESNECESSIDADE DO CÔNJUGE VAROA. MANUTENÇÃO DA PENSÃO. FILHO DO CASAL. DEVER LEGAL DE PRESTAR ALIMENTOS. ALTO PADRÃO. TOPO DA PIRÂMIDE SOCIAL. ASPECTOS QUE DEVEM SER LEVADOS EM CONTA. ADEQUAÇÃO NECESSÁRIA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

a) Se suscitado expressamente no recurso, o agravo retido deve ser conhecido. Desnecessário se apresenta anotar nulidade da sentença em face de juntada extemporânea da impugnação da contestação quando neste não há motivos relevantes e pertinentes na influência do julgador de piso quanto da sua posição em relação ao mérito da ação. Mesmo se apresentada impugnação extemporânea, não há o que se falar em desentranhamento dos documentos que vieram com ela, sobretudo quando se tratarem de documentos novos, a rigor do art. 397 do Código de Processo Civil. Possibilidade, ademais, de juntada de documentos a qualquer momento, inclusive na fase recursal. Tem o magistrado, ao seu talento, o direito de, de ofício ou a requerimento das partes, produzir as provas necessárias ao desenlace meritório da situação jurídica controvertida (art. 130 do Código de Processo Civil) para que a justiça justa e moral seja feita, e não somente a justiça formal.

b) Com a vigência do Código Civil brasileiro de 2002, possível se apresenta a alteração do regime jurídico do casamento. Em alterando o regime jurídico, não há o que se falar em regime misto e, de consequência, retroage à data da celebração, possuindo o efeito *ex tunc*, apenas salvaguardando interesses de terceiros eventualmente prejudicados.

c) Não demonstrando que a ex-esposa, embora exercendo atividade remunerada, ônus da prova do alimentando (art. 333, II, do CPC), tem condições de manter-se e ajudar na manutenção do filho do casal, levando em consideração o alto padrão de vida que ostentava, estando dentro do topo da pirâmide financeira e social, é dever do ex-marido pagar-lhe alimentos. A extinção do casamento não é motivo para que haja prejuízo material e social da ex-mulher, devendo permanecer incólume à mesma posição que ostentava quando na vigência da sociedade conjugal, situação que também estendo ao filho do casal. Em se tratando de situação que envolve alto padrão de vida social e financeira do casal que era proporcionado à esposa e à criança, o que não deve sofrer solução de continuidade em face da separação, para a fixação, todos estes aspectos devem ser levados para considerar o binômio da necessidade e da possibilidade (art. 169, § 1º, do Código Civil brasileiro), já que o conceito de alimentos não é empregado no sentido restrito, e sim proporcionar aos alimentados a mesma condição que ostentavam quando da existência do casamento. Se a fixação dos alimentos, embora tenha certa dose de subjetivismo, não está a atentar aos requisitos prescritos, impõe-se seja decotado o valor para

parâmetro que mais atende à situação posta sob apreciação do órgão jurisdicional, com a adequação necessária.” (fls. 1.611/1.613)

Na origem, G.M.D. propôs ação de separação contra A.D. alegando que, após um período de três anos em união estável – no qual tiveram um filho –, contraíram casamento em 24 de maio de 1997, adotando o regime de separação de bens. Posteriormente, o casal requereu a alteração do regime de bens para o da comunhão parcial, acolhido por sentença em 12.07.07. Diante de tais fatos, postulou o reconhecimento da união estável, a decretação da separação, a partilha dos bens, o pagamento de pensão alimentícia para si e para o filho e a condenação ao réu ao pagamento das custas e de honorários advocatícios.

Na sentença de fls. 849/856, o juiz determinou, no que interessa ao presente caso, que (I) o réu deverá pagar pensão alimentícia no valor de 40 salários-mínimos e (II) “a divisão dos bens será feita pelo processo de inventário e partilha, observado o regime de comunhão de bens desde a data do casamento” (fl. 856).

Foi interposta apelação, tendo o Tribunal de Justiça de Mato Grosso dado parcial provimento ao recurso, conforme ementa acima transcrita.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 1.645/1.650).

No recurso especial, interposto com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, o recorrente aponta ofensa aos seguintes dispositivos:

(I) art. 6º do Decreto-Lei nº 4.657/1942, porquanto a lei, preservando o ato jurídico perfeito e em respeito à irretroatividade, veda a retroação dos efeitos da alteração do regime de bens até a data do casamento;

(II) arts. 2.035 e 2.039 do CCB, pois (a) a nova legislação a ser imediatamente aplicada não atinge os fatos anteriores a ela, nem os efeitos consumados de tais fatos; (b) a lei nova pode modificar apenas os efeitos futuros dos fatos ou atos consumados antes da sua entrada em vigor; (c) o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior é o por ele estabelecido; (d) o Judiciário está autorizado e legitimado a homologar a alteração do regime de bens do matrimônio, mas não pode determinar que seus efeitos retroajam até a data da celebração do casamento;

(III) art. 1.694, § 1º, do CCB, porque (a) os alimentos fixados em exorbitantes 30 salários-mínimos afrontam o binômio necessidade e possibilidade; (b) o direito do filho de receber alimentos do pai não exclui o dever da genitora em arcar solidariamente com a manutenção do infante; (c) o recorrente não dispõe da elevada liquidez necessária para arcar com o pagamento dos alimentos fixados e, ainda assim, manter as suas despesas pessoais e estabelecer nova residência; (d) a recorrida é pessoa jovem, em plena capacidade laborativa e com patrimônio próprio; e (e) o acórdão lastreou-se em equivocada valoração do conjunto probatório dos autos, desprezando as condições pessoais das partes.

Aponta o recorrente, ainda, dissídio jurisprudencial com acórdão desta Corte, segundo o qual os efeitos da sentença judicial de alteração do regime de bens se projetam a partir da data da sentença homologatória, remanescendo os bens adquiridos antes da sentença sob os ditames do pacto estabelecido anteriormente.

Contrarrazões ao recurso especial às fls. 1.733/1.743.

Na manifestação de fls. 1.896/1.901, o Ministério Público Federal entendeu não ser caso de intervenção do *Parquet*.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator):

A polêmica devolvida ao conhecimento desta Corte, mediante o presente recurso especial, situa-se basicamente em torno de dois pontos:

a) termo inicial dos efeitos da alteração do regime de bens do casamento: eficácia *ex nunc* (a partir do trânsito em julgado da decisão de alteração do regime de bens) ou *ex tunc* (retroação à data da celebração do casamento);

b) valor da pensão alimentícia fixada em trinta salários-mínimos.

Adiante que o presente recurso especial merece parcial provimento no tópico relativo ao termo inicial dos efeitos da alteração do regime de bens do casamento.

O CC/1916, em seu art. 230, estabelecia a imutabilidade do regime de bens do casamento.

O CC/02, inspirado no Direito Comparado, modificou essa orientação, permitindo, em seu art. 1.639, § 2º, a alteração do regime de bens do casamento por decisão judicial, tendo seguinte teor o seu enunciado normativo:

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

§ 1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.

§ 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 interpretação desse dispositivo legal constante do § 2º do art. 1.639, desde o início da vigência do CC/02, passou a suscitar controvérsia na doutrina e na jurisprudência.

O primeiro ponto controvertido situou-se exatamente em torno da aplicabilidade imediata dessa regra, tendo a jurisprudência do STJ firmado sua orientação no sentido da possibilidade de alteração do regime de bens dos casamentos celebrados na vigência do CC/1916. Confirmam-se alguns precedentes:

“CIVIL. CASAMENTO. REGIME DE BENS. ALTERAÇÃO JUDICIAL. CASAMENTO CELEBRADO SOB A ÉGIDE DO CC/1916 (LEI Nº 3.071). POSSIBILIDADE. ART. 2.039 DO CC/02 (LEI Nº 10.406). PRECEDENTES. ART. 1.639, § 2º, DO CC/02.

I – Precedentes recentes de ambas as Turmas da 2ª Seção desta Corte uniformizaram o entendimento no sentido da possibilidade de alteração de regime de bens de casamento celebrado sob a égide do Código Civil de 1916, por força do § 2º do art. 1.639 do Código Civil atual.

II – Recurso especial provido, determinando-se o retorno dos autos às instâncias ordinárias, para que, observada a possibilidade, em tese, de alteração do regime de bens, sejam examinados, no caso, os requisitos constantes do § 2º do art. 1.639 do Código Civil atual.” (REsp 1.112.123/DF, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., j. 16.06.09, DJe 13.08.09)

“CIVIL. CASAMENTO. CÓDIGO CIVIL DE 1916. COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. ALTERAÇÃO DE REGIME. COMUNHÃO UNIVERSAL. POSSIBILIDADE JURÍDICA.

I – Ambas as Turmas de Direito Privado desta Corte assentaram que o art. 2.039 do Código Civil não impede o pleito de autorização judicial para mudança de regime de bens no casamento celebrado na vigência do Código de 1916, conforme a previsão do art. 1.639, § 2º, do Código de 2002, respeitados os direitos de terceiros.

II – Recurso especial não conhecido.” (REsp 812.012/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª T., j. 02.12.08, DJe 02.02.09)

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. REGIME MATRIMONIAL DE BENS. MODIFICAÇÃO. CASAMENTO CELEBRADO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. CONJUGAÇÃO DO ART. 1.639, § 2º, COM O ART. 2.039, AMBOS DO NOVEL DIPLOMA. CABIMENTO EM TESE DA ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS. INADMISSIBILIDADE QUE JÁ RESTOU AFASTADA. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL. ALTERAÇÃO SUBORDINADA À PRESENÇA DOS DEMAIS REQUISITOS CONSTANTES DO ART. 1.639, § 2º, DO CC/02. NECESSIDADE DE REMESSA DOS AUTOS ÀS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. APRECIÇÃO DO PEDIDO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO PARA, ADMITIDA A MUDANÇA DE REGIME, COM A REMESSA DOS AUTOS À INSTÂNCIA DE ORIGEM.” (REsp 868.404/SC, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 4ª T., j. 12.06.07, DJ 06.08.07, p. 519)

O segundo ponto controvertido situa-se em torno da fixação do termo inicial dos efeitos dessa alteração do regime de bens: retroação à data do casamento (eficácia *ex tunc*) ou a partir da data do trânsito em julgado da decisão judicial que o alterou (eficácia *ex nunc*).

Essa questão, ainda hoje debatida na doutrina e na jurisprudência, é relevante na espécie, pois as partes, após alguns anos de união estável, casaram-se, em 24.05.97, pelo regime da separação de bens, alterando esse regime para comunhão parcial em 2007, deflagrando-se o processo de separação em outubro de 2008.

Em relação à eficácia *ex tunc*, o acórdão recorrido sintetiza os argumentos em prol dessa tese, sendo o principal deles o de que o regime de bens do casamento deve ser único ao longo de toda a relação conjugal.

Em relação à eficácia *ex nunc*, o argumento central é no sentido de que a eficácia da alteração de um regime de bens, que era válido e eficaz, deve ser para o futuro, preservando-se os interesses dos cônjuges e de terceiros.

Penso ser esta segunda a melhor orientação, pois não foi estabelecida pelo legislador a necessidade de que o regime de bens do casamento seja único ao longo de toda a relação conjugal, podendo haver a alteração com a chancela judicial.

Devem-se respeitar os efeitos do ato jurídico perfeito celebrado sob a égide do Código Civil de 1916, conforme expressamente ressalvado pelos arts. 2.035 e 2.039 do Código Civil de 2002.

Além disso, devem ser preservados os interesses de terceiros que, mantendo relações negociais com os cônjuges, poderiam ser surpreendidos com uma alteração no regime de bens do casamento.

Nesta Corte, analisando a possibilidade de alteração do regime de bens nos casamentos celebrados sob a égide do Código Civil de 1916, encontram-se dois precedentes no sentido de que os efeitos da decisão que a homologa se operam a partir da alteração, ficando regidos os fatos anteriores e os efeitos pretéritos pelo regime de bens anterior.

Nesse sentido, avulta precedente desta Terceira Turma da relatoria da eminente Ministra Nancy Andriighi, cuja ementa foi a seguinte:

“DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. CASAMENTO CELEBRADO SOB A ÉGIDE DO CC/1916. ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS. POSSIBILIDADE.

A interpretação conjugada dos arts. 1.639, § 2º, 2.035 e 2.039 do CC/02 admite a alteração do regime de bens adotado por ocasião do matrimônio, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido.

Assim, se o Tribunal estadual analisou os requisitos autorizadores da alteração do regime de bens e concluiu pela sua viabilidade, tendo os cônjuges invocado como razões da mudança a cessação da incapacidade civil interligada à causa suspensiva da celebração do casamento a exigir a adoção do regime de separação obrigatória, além da necessária ressalva quanto a direitos de terceiros, a alteração para o regime de comunhão parcial é permitida.

Por elementar questão de razoabilidade e justiça, o desaparecimento da causa suspensiva durante o casamento e a ausência de qualquer prejuízo ao cônjuge ou a terceiro permitem a alteração do regime de bens, antes obrigatório, para o eleito pelo casal, notadamente porque cessada a causa que exigia regime específico.

Os fatos anteriores e os efeitos pretéritos do regime anterior permanecem sob a regência da lei antiga. Os fatos posteriores, todavia, serão regulados pelo CC/02, isto é, a partir da alteração do regime de bens, passa o CC/02 a reger a nova relação do casal.

Por isso, não há se falar em retroatividade da lei, vedada pelo art. 5º, inciso XXXVI, da CF/88, e sim em aplicação de norma geral com efeitos imediatos.

Recurso especial não conhecido.” (REsp 821.807/PR, Relª Minª Nancy Andriighi, 3ª T., j. 19.10.06, DJ 13.11.06, p. 261) (grifo nosso)

Analisando caso semelhante, o Min. Jorge Scartezzinni (REsp 730.546/MG, 4ª T., j. 23.08.05, DJ 03.10.05) preferiu voto nos seguintes termos, adotando o mesmo entendimento:

“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/02, 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 prolatação de decisão judicial que venha a alterar o regime de bens remanescerão 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/02, a modificação incidental do regime de bens.”

No plano doutrinário, relembro duas lições acerca da questão que se orientam no mesmo sentido:

“O novo regime de bens passa a produzir efeitos a partir do trânsito em julgado da autorização do juiz, entre os cônjuges. Após a averbação no assento de casamento e nos registros respectivos fundamentais ao resguardo dos interesses de terceiros (registro imobiliário, junta comercial, registro de pessoa jurídica, etc.), passa a ter eficácia *erga omnes*.” (NERY Jr., Nelson. *Código Civil comentado*. 10. ed. São Paulo: RT, p. 1.429)

“A sentença que declarar a mudança do regime terá efeitos *ex nunc* e substituirá o pacto antenupcial, se houver, por intermédio de mandado de averbação ao Cartório de Registro Civil para alteração no assento de casamento e ao Cartório de Registro de Imóveis do domicílio do casal.” (CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Cezar Peluso [Coord.] 5. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2011. p. 1.857)

Portanto, merece acolhida o primeiro tópico da irresignação recursal, modificando-se o termo inicial da alteração do regime de bens para a data do trânsito em julgado da decisão judicial que o homologou.

Quanto à questão referente ao valor dos alimentos, o recurso especial não pode ser conhecido.

Com efeito, elidir as conclusões do aresto impugnado, que considerou caracterizada a obrigação de pagar alimentos e arbitrou o seu valor em patamar que considerou razoável, à luz do binômio necessidade/possibilidade, demandaria o revolvimento dos elementos de convicção dos autos, soberanamente delineados pelas instâncias ordinárias, providência vedada nesta sede especial a teor da Súmula nº 7/STJ.

Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REVISÃO DE ALIMENTOS. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. A reforma do julgado demandaria o reexame do contexto fático-probatório, procedimento vedado na estreita via do recurso especial, a teor da Súmula nº 7/STJ.

2. Agravo regimental não provido.” (AgRg no AREsp 27.581/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 25.06.2013, DJe 06.08.2013)

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALIMENTOS. BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE CONCLUIU COM BASE NA ANÁLISE DAS PROVAS CARREADAS AOS AUTOS. REVISÃO OBSTADA. SÚMULA Nº 07/STJ.

1. O Tribunal estadual concluiu, com base na análise probatória dos autos, pela necessidade de alimentos da agravada e da possibilidade de pagamento pelos agravantes. A revisão dessa conclusão demandaria o reexame probatório dos autos. Incidência da Súmula nº 7/STJ.

2. Agravo regimental improvido.” (AgRg no AREsp 298.727/MG, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., j. 23.04.2013, DJe 03.05.2013)

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para estabelecer que os efeitos da decisão que alterou o regime de bens do casamento passaram a ser produzidos a partir do seu trânsito em julgado (eficácia ex nunc).

É o voto.