

PARECER Nº , DE 2009

Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, em caráter terminativo, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 536, de 2003, de autoria do Senador Demóstenes Torres, que “altera a redação do artigo 2.039 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil”.

RELATOR: Senador **MARCO MACIEL**

I – RELATÓRIO

Esta Comissão examina, em caráter terminativo, o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 536, de 2003, de autoria do eminente Senador Demóstenes Torres.

O **art. 1º** da proposição destina-se a alterar o art. 2.039 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para estender os efeitos do § 2º do art. 1.639, ali encartado – que trata da possibilidade de alteração do regime de bens na constância do casamento –, às uniões matrimoniais celebradas na vigência do Código Civil de 1916.

O **art. 2º** determina a entrada em vigor da norma “na data de sua publicação”.

Na justificação, o ilustre autor da matéria aduz que, não obstante o Código Civil em vigor tenha incorporado significativa inovação, consistente na possibilidade de “os cônjuges alterarem, em pedido motivado de ambos e apurada a procedência das razões invocadas, bem como ressalvados os direitos de terceiros, o regime de bens”, os matrimônios celebrados antes de sua vigência permanecem, por força do disposto no art. 2.039 codificado, constante do Livro Complementar – Das Disposições Finais e Transitórias, sob a disciplina do Código vetusto, portanto excluídos do novel benefício legal.

Afirma, a esse respeito, que “excluir os que se casaram na vigência do Código Civil revogado dessa possibilidade é medida insensata e injusta”, havendo, mesmo, “casos absurdos” de casamentos realizados no dia 10 de janeiro de 2003, cujos cônjuges não podem convolar o regime patrimonial eleito, diferentemente do que sucede com as uniões encetadas no dia seguinte, “simplesmente porque o novo Código Civil já estava em vigor”.

Finalmente, registra que a vertente proposta busca “corrigir essa distorção”, contribuindo, ademais, para a preservação das famílias, cuja existência se acha, não raras vezes, ameaçada por uma questão econômica, decorrente da equivocada escolha do regime de bens.

Neste colegiado, a matéria foi inicialmente distribuída ao saudoso Senador Jefferson Peres, que apresentou minuta de relatório cujo teor recuperamos, em grande medida, no presente parecer.

Por força do Requerimento nº 512, de 2009, a proposição, voltou a tramitar autonomamente, não tendo recebido emendas.

II – ANÁLISE

Os requisitos formais de constitucionalidade são atendidos pelo Projeto de Lei do Senado nº 536, de 2003, tendo em vista que compete privativamente à União legislar sobre direito civil, a teor do que dispõe o art. 22, inciso I, da Constituição Federal. Ademais, a matéria se insere no âmbito das atribuições do Congresso Nacional, em conformidade com o *caput* do art. 48 do Texto Constitucional.

No que concerne à juridicidade e à constitucionalidade material, a medida se afigura irretocável.

Com efeito, o benefício da mutabilidade do regime de bens, entre nós inaugurado pelo art. 1.639, § 2º, do Código Civil de 2002, deve ser estendido, ressalvadas as exceções legais, a todos os casamentos, não importando a data da celebração, sem que disso decorra vulneração ao ato jurídico perfeito, em face da continuidade dos efeitos do pacto antenupcial – negócio de trato tipicamente sucessivo.

Impõe-se, pois, seja alterada a redação do art. 2.039 do Código vigente, de modo a impedir, em observância ao princípio da isonomia, a diferenciação entre matrimônios fundada, simplesmente, na data de sua realização, e a expurgar do ordenamento civil interpretações incompatíveis com o texto constitucional.

Quanto à técnica legislativa, entretanto, observamos a necessidade de se adequar o projeto aos ditames da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, que “dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona”.

Sugerimos, no particular, a alteração da ementa da proposta, para conferir-lhe, mediante a substituição do sintagma “que instituiu” pelo sinal gráfico correspondente

aos “parênteses”, a concisão exigida pelo rigor da técnica legislativa, bem como para que se incorpore ao respectivo texto o objeto da inovação vislumbrada, por intermédio da adição da sentença “para estender aos casamentos celebrados na vigência da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, a possibilidade de alteração do regime de bens”.

Deve ser retificada, também, a redação do art. 1º do Projeto, acrescentando-se o ano de publicação da “Lei nº 10.406” e substituindo-se a locução “passa a ter” pela já consagrada “passa a vigorar”.

Cumpre apontar, ainda, a necessidade de eliminação, na redação do art. 2.039 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, de que cuida o art. 1º da proposição, do sinal de pontuação “vírgula”, indevidamente colocado após o numeral ordinal “2º”. Convém ajustar, ainda, a cláusula final desse dispositivo, uma vez que a pretensão legislativa consiste na instituição de uma faculdade aos cidadãos, e não na modificação dos efeitos de determinada hipótese legal.

Destacamos, finalmente, a impropriedade concernente à grafia do vocábulo “Lei” com a inicial minúscula, no art. 2º do PLS.

No mérito, reputamos louvável a iniciativa do nobre Senador Demóstenes Torres. Realmente, a possibilidade de alteração do regime de bens do casamento, importante novidade introduzida no ordenamento jurídico pelo art. 1.639, § 2º, do Código Civil de 2002, não pode ficar adstrita apenas aos enlaces matrimoniais havidos após sua vigência, dada a 10 de janeiro de 2003, pena de se vulnerar, irremediavelmente, o princípio da isonomia.

Essa, aliás, a opinião esposada pela melhor doutrina, que vem entendendo, inclusive, que a prerrogativa da alteração do regime patrimonial alcança os casamentos celebrados sob a égide da Lei nº 3.071, de 1º

de janeiro de 1916 (Código Civil de 1916), referindo-se o atual art. 2.039, tão-somente, às espécies de regimes de bens para efeito de partilha do patrimônio do casal.

De fato, mesmo doutrinadores que não vêm com estima a modificabilidade do regime de bens admitem, na sistemática vigente, sua aplicação aos casamentos antigos. É o caso da professora Maria Helena Diniz, que pondera (Comentários ao Código Civil, v. 22, p. 320):

Nada obsta a que se aplique o art. 1.639, § 2º, do novo Código Civil, excepcionalmente, se o magistrado assim o entender, aplicando o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, para sanar lacuna axiológica que, provavelmente, se instauraria por gerar uma situação em que se teria a não correspondência da norma do Código Civil de 1916 com os valores vigentes na sociedade, acarretando injustiça.

Na verdade, a proibição do expediente em comento (alteração da disciplina dos bens) nunca foi compreendida por expressiva parcela da comunidade jurídica nacional, mesmo sob a regência do estatuto anterior.

Com efeito, desde a década de 80, o saudoso Orlando Gomes perquiria as razões que teriam conduzido o legislador de 1916 a traçar a regra da imutabilidade do regime patrimonial do casamento, e, principalmente, se tais razões ainda subsistiriam, a justificar a manutenção da regra. O grande jurista baiano não escondia sua estranheza quanto ao assunto, questionando o fato de poderem os nubentes, livremente, escolher o regime de bens, antes das núpcias, mas não poderem reenquadrá-lo, quando e se fosse conveniente ao casamento, respeitados, obviamente, os direitos de terceiros.

Tanta liberdade numa fase e uma proibição peremptória no momento imediatamente seguinte, “em nome de quais princípios, de quais valores ou de qual segurança, nunca se saberá bem” (O novo direito de família, p. 19-20).

A esse respeito, é provável que a orientação pretérita decorresse do receio legislativo de que o cônjuge considerado mais frágil na relação matrimonial – a mulher, para fugir do circunlóquio – fosse enganado pelo outro. Ou, ainda, que a alteração camuflasse simulações ou fraudes contra credores, desativando o patrimônio responsável pelo cumprimento de obrigações mediante um expediente doloso, a que se poderia prestar a mutação do regime de bens.

Nesse sentido, razão parece assistir a Silvio de Salvo Venosa (Direito Civil: Direito de Família, vol V, p. 150), quando argúi que a proteção do legislador de antanho corria em favor da mulher casada do século XIX, havida como dotada de menor experiência no trato das riquezas econômicas do casamento, quase sempre administradas pelo marido.

Rolf Madaleno, no particular, discorrendo sobre a norma encartada no art. 2.039 do Código Civil – que se pretende modificar –, assere, com acerto, que, hoje, considerada a igualdade dos cônjuges e dos sexos consagrada pela Constituição Federal de 1988, bem como a absoluta identidade de discernimento entre homens e mulheres, seria inconsistente a manutenção de dispositivo legal cujo fundamento residisse, meramente, no menor tirocínio mental, *a priori*, de um dos cônjuges (Regime de bens entre os cônjuges. In: Direito de Família e o novo Código Civil, 2001).

Há de se considerar, pois, anacrônica a vedação de alteração do regime de bens meramente por ter sido o casamento celebrado sob o pálio do Código revogado.

Registre-se, em prol da extensão dos efeitos do art. 2.039 do atual Código Civil aos casamentos realizados antes de sua vigência, que o ordenamento jurídico brasileiro admite, desde 1977, uma especialíssima hipótese de reenquadramento do regime de bens da relação matrimonial, ensimesmada no § 5º do art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil, com a redação que lhe foi atribuída pela Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, conhecida como Lei do Divórcio. Esse dispositivo autoriza o estrangeiro que adquirir a nacionalidade brasileira, e sendo ele casado sob regime de bens que se diferencie da comunhão parcial, a requerer a adoção deste último no momento da entrega do decreto de naturalização, mediante expressa autorização do outro cônjuge.

Vale anotar, em adição, que a possibilidade de rearranjo do regime de bens constitui a tendência da moderna legislação de outros países, consoante anota Zeno Veloso, citando os exemplos da Bélgica, da Itália, da Holanda, da Espanha e da França (Regime matrimonial de bens. In: Direito de Família contemporâneo, p. 92).

Obviamente, para o deferimento da conversão do regime patrimonial de casamentos anteriores ao Código Civil em vigor haverão de se respeitar as mesmas regras que disciplinam as alterações relativas a casamentos celebrados após 11 de janeiro de 2003 (vigência do Código Civil de 2002).

Com efeito, até mesmo os partidários do benefício legal em apreço sempre recomendaram que todas as medidas de segurança e preservação de direitos de terceiros – principalmente – fossem adotadas. Conforme Rolf Madaleno, na obra citada, Orlando Gomes aconselhava que a mudança da disciplina ficasse subordinada ao requerimento de ambos os contraentes, à justificação da sua pretensão, à verificação, pelo juiz, da plausibilidade do deferimento do pedido e à conservação dos interesses de terceiros – especialmente os credores, a fim de que não fossem prejudicados –, ressaltando, ainda, a necessidade

de se conferir ampla publicidade à respectiva sentença, a ser transcrita no registro próprio.

Eis, nos termos precisos do § 2º do art. 1.639 codificado, as exigências legais:

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

Vê-se, em suma, que apenas não se admite, em razão do ato jurídico perfeito, que a mudança do regime de bens se dê unilateralmente, consoante já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “[...] em linha de princípio, o conteúdo da convenção que as partes julgaram conveniente, ao contratar, é definitivo. Unilateralmente, não é jurídico entender que uma das partes possa modificá-lo [...]” (STF, RE nº 198.993-9/RS, Rel. Min. Néri da Silveira, DJU de 22/8/1996, p. 29.102).

Situação diversa, porém, ocorre quando a alteração decorre da vontade de ambos os cônjuges, em assunto de seu exclusivo interesse e sem prejuízo para terceiros. Exatamente assim deve se orientar o legislador: tendo em conta que, nas relações pessoais e na privacidade da família, as pessoas casadas sabem o que é melhor para apaziguar ânimos e cultivar o bom ambiente de vivência conjugal.

Cabe ressaltar, finalmente, a incidência, na espécie, do princípio constitucional da isonomia, destinado a coibir as chamadas discriminações injustas. Realmente, conforme sustenta Euclides Bendito de Oliveira (Alteração do regime de bens no casamento. In: www.advocaciaconsultoria.com.br) “[...] O fator discriminante – casamento celebrado antes de 11 de janeiro de 2003 – não é compatível com o objetivo da

norma – a mutabilidade do regime de bens –, que objetiva alcançar todas as uniões matrimoniais, independente da data da sua celebração”.

Sinteticamente: a recusa de aplicação da norma do art. 1.639, § 2º, do Código Civil, aos casamentos celebrados na vigência do ordenamento revogado, quando presentes os requisitos legais autorizadores, afronta o princípio da igualdade, ao tratar distintamente pessoas que se encontram em situação semelhante – isto é, casadas –, além de conduzir as partes à busca de recursos para burlar a lei, porquanto poderiam elas se divorciar e, em ato seguinte, contrair novo casamento no regime que escolherem, angariando, ainda, a possibilidade de convolação desse novo regime, pois agora recasados sob a proteção do novo Código Civil.

III – VOTO

Em face do exposto, somos pela **aprovação** do Projeto de Lei do Senado nº 536, de 2003, com as seguintes emendas:

EMENDA Nº – CCJ

Dê-se à ementa do PLS nº 536, de 2003, a seguinte redação:

“Altera a redação do art. 2.039 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estender aos casamentos celebrados na vigência da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, a possibilidade de alteração do regime de bens.”

EMENDA Nº – CCJ

Dê-se ao art. 1º do PLS nº 536, de 2003, a seguinte redação:

"Art. 1º O art. 2.039 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com a seguinte redação:

'Art. 2.039. O disposto no § 2º do art. 1.639 aplica-se aos casamentos celebrados na vigência da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, podendo os cônjuges optar por qualquer dos regimes de bens previstos neste Código.' (NR)"

EMENDA Nº – CCJ

Dê-se ao art. 2º do PLS nº 536, de 2003, a seguinte redação:

"Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação."

Sala da Comissão,

, Presidente

Senador **MARCO MACIEL**, Relator