

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA – FACER
CURSO DE DIREITO

FRANCISCA CILENE DE SOUSA

**A OUTORGA UXÓRIA NA ALIENAÇÃO E OU ONERAÇÃO
DE BENS IMÓVEIS.**

RUBIATABA –GO.

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA –FACER
CURSO DE DIREITO

FRANCISCA CILENE DE SOUSA

**A OUTORGA UXÓRIA NA ALIENAÇÃO E OU ONERAÇÃO
DE BENS IMÓVEIS.**

Monografia apresentada a Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba – FACER como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do prof. Sérgio Luís Oliveira dos Santos.

RUBIATABA –GO.

2007

FRANCISCA CILENE DE SOUSA

**A OUTORGA UXÓRIA NA ALIENAÇÃO E OU ONERAÇÃO DE BENS
IMÓVEIS.**

**COMISSÃO JULGADORA
MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE BACHAREL
EM DIREITO PELA FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO
DE RUBIATABA**

RESULTADO: _____

Orientador _____

Sérgio Luís Oliveira dos Santos – Especialista Direito Privado

Examinador _____

Dr. Orloff Neves Rocha – Juiz de Direito

Examinadora _____

Geruza Silva de Oliveira – Mestre em Sociologia

Rubiataba, 11 de Dezembro de 2007

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho em memória do
meu avó, Inocêncio José da Silva.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1-CASAMENTO	14
1.1. Escorço Histórico	14
1.2. Regime Patrimonial de Bens entre Cônjuges	18
1.2.1. Características	18
1.2.2. Objetivo da Adoção do Regime de Bens	19
1.2.3. O Patrimônio e a sua Administração	20
1.2.4. Os Conceitos dos Regimes de Bens	21
1.3. O Regime de Separação Obrigatória de Bens e a Nova Regra da Mutabilidade	28
2. REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS	32
2.1. Dispensa da Outorga Uxória na Alienação Imobiliária	32
2.2. Direito Subjetivo do Cônjuge Anuente	32
2.3. Fundamentos Básicos da Polêmica em torno do assunto	36
2.4. Há Direito Subjetivo Adquirido à Outorga Uxória?	37
2.5. A Outorga Uxória e a Retroatividade da Norma	39
3. DIREITO INTERTEMPORAL	41
3.1. Conceito de Direito Intertemporal	41
3.2. Corrente Doutrinária Favorável à Necessidade da Anuência do Cônjuge Casado no Regime de Separação de Bens nos Casamentos Realizados na Exegese do CC/1916.	43
3.3. Corrente Doutrinária que Entende não ser Necessário a Anuência	44
3.4. Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal	45
3.5. Ato Jurídico Perfeito, Coisa Julgada e Direito Adquirido	49
3.5.1. Do Efeito Temporal da Lei	50
3.5.2. Negócios e demais Atos Jurídicos	52
3.5.3. O Ato Jurídico no plano da existência, validade e eficácia	53
3.5.4. Institutos básicos do Direito Intertemporal	55
3.5.5. A Validade dos Atos Jurídicos constituídos antes do Código Civil 2002	57
3.5.6. Os Efeitos produzidos após a Vigência do Novo Código Civil	58
4. A VÊNIA CONJUGAL E O NOVO CÓDIGO CIVIL	61
4.1. Tramitação do Novo Código Civil - Alteração da Norma	67
CONSIDERAÇÕES FINAIS	70
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	73

RESUMO

RESUMO: O casamento ingressa na história da humanidade como processo de socialização. Historicamente tem-se tentado naturalizar o casamento, mas no fundo ele nada mais é do que uma instituição social; tal qual a propriedade privada. Com o intuito de regular as relações patrimoniais do casamento, foi instituído o regime de bens que é o regramento dessas relações econômicas entre o homem e mulher casados entre si, e se divide em: comunhão parcial de bens, comunhão universal de bens, separação de bens e participação final nos aquestos. O código civil anterior (lei 3.071), disciplinava que nem o marido nem a mulher poderiam, sem a autorização do outro, alienar ou onerar bens imóveis, qualquer que fosse o regime de casamento. Uma das inovações advindas da vigência do Código Civil de 2002 reside na dispensa da outorga conjugal, quando da alienação ou constituição de ônus reais sobre imóveis, desde que o regime seja o da separação absoluta (artigo 1.647, inciso I). De plano, surgem duas indagações para o operador do direito, especialmente o da área notarial, quais sejam: o regime da separação absoluta é o convencional, o obrigatório ou ambos? Os casamentos anteriores ao código estão abrangidos pelo dispositivo, tendo em vista o que preceitua o artigo 2.039 do CCB? O objetivo deste trabalho monográfico é discutir se a outorga conjugal na alienação ou oneração de bens imóveis para as pessoas casadas sob o regime patrimonial de separação de bens é uma faculdade legal ou uma exigência legal, discutindo a irretroatividade da lei e os direitos subjetivos adquiridos pelo cônjuge que contraiu matrimônio sob a égide do Código Civil de 1916.

Palavras-chave: casamento, regime de bens, outorga conjugal

SUMMARY

SUMMARY: The marriage enters the history of the humanity socialization process. Historically it is had attempted you naturalizes the marriage, but in deep it nothing lives it is of what social institution; such which the private property. Patrimonial With the intention of regulating the relations of the marriage, the regimen of good was instituted that is the regramento of these economic relations between the married man and woman between itself, and if it you divide in: partial community property of good, community property, separate property and final participation in the aquestos. Civil Previous the code (law 3.071), disciplined that nor the husband nor the woman could, without the authorization of to other, you alienate or you burden real properties, any that was the regimen of marriage. One of the happened innovations of the validity of the Civil dismissal Code of 2002 inhabits in the of the conjugal real Grant, when of the alienation or constitution of responsibilities on property, since that the regimen is of the absolute separation (article 1,647, interpolated proposition I). Immediate, two investigations will be the operator to appear of the right, especially of the notarial area, which ploughs: the regimen of the absolute separation is the conventional, obligator or the both? The previous marriages you the code ploughs enclosed by the device, in view of what preceitua article 2,039 of the CCB? The objective of this monographic work is you argue if the conjugal real Grant in the alienation or taxation of properties will be the people married to under the patrimonial regimen of separate property is legal college or legal requirement, arguing the irretroatividade of the law and the subjective rights acquired by the spouse who contracted marriage to under égide of the Civil Code of 1916.

Word-key: marriage, regimen of patrimonial, conjugal grant

INTRODUÇÃO

Uma das inovações advindas da vigência do Código Civil de 2002 reside na dispensa da outorga conjugal, quando da alienação ou constituição de ônus reais sobre imóveis, desde que o regime seja o da separação absoluta (artigo 1.647, inciso I). De plano, surgem duas indagações para o operador do direito, especialmente o da área notarial, quais sejam: o regime da separação “absoluta” é o convencional, o obrigatório ou ambos? Os casamentos anteriores ao código estão abrangidos pelo dispositivo, tendo em vista o que preceitua o artigo 2.039 do Código Civil Brasileiro?

No diploma maior do direito privado, de 1916 (artigo 235, I), qualquer que fosse o regime de bens entre os cônjuges era mister que na alienação ou oneração de bens imóveis houvesse a anuência do outro. Nesse sentido, embora o outro cônjuge não comparecesse ao ato como vendedor ou outorgante, era necessária sua comparência para expressar a outorga uxória ou marital, conforme o caso.

Com a vigência do novo Código, a exemplo do anterior, existem dois tipos de separação de bens no casamento, quais sejam: o convencional, como o próprio nome diz, resultado da convenção entre os nubentes, mediante pacto antenupcial, regrado pelos artigos 1.687 e 1.688 do CCB; e o obrigatório, resultado do casamento, do qual certas circunstâncias previstas em lei impõem que o mesmo seja celebrado exclusivamente com adoção do regime de separação legal obrigatória (artigo 1.641). Acontece que o artigo 1.647 depõe no sentido de que, no regime da separação absoluta, não é necessário o comparecimento do outro cônjuge nos atos jurídicos delineados em seus incisos.

Segundo Venosa: “o novo diploma aboliu a restrição quando o regime de bens entre os cônjuges é o da separação absoluta; quando não se comunicam de forma alguma os bens de cada consorte”.

Em face dessa assertiva, pode-se intuir que o regime de separação absoluta a que o artigo se refere é o da separação convencional. Entretanto, dito doutrinador, mais adiante, ao comentar a exceção legal ao princípio de livre escolha do regime patrimonial entre os nubentes, ou seja, o regime da separação legal obrigatória qualifica-o como separação

absoluta de bens. É notória a confusão doutrinária que se pode estabelecer em relação ao tema. Por isso a decisão de enfrentá-lo.

Para mais esclarecimentos da questão, entendemos necessária uma reflexão a respeito dos efeitos que cada um dos regimes operava na codificação anterior, bem como o tratamento doutrinário e jurisprudencial que lhes foi emprestado até então, sem deixar de lado, por necessário à perfeita aplicação do direito hoje codificado, verificar o que atualmente o Código Civil disciplina.

Vejamos: a alienação de imóvel por cônjuge casado pela separação de bens, pode este dispor livremente alienando ou onerando bens imóveis, sem a autorização do cônjuge?

Primeiramente há que se especificar de qual separação de bens falamos, vez que o Código Civil, trata deste regime sob três denominações:

- 1) Separação de Bens (Artº 1.641, caput, e 1687);
- 2) Separação Absoluta (Artº 1647, caput);
- 3) Separação Obrigatória (Artº 496, § único, Artº 977 e Artº 1.829, inciso I).

Num esforço exegético, superando a falta de precisão do legislador, podemos tentar entender separação de bens como gênero, e separação absoluta e separação obrigatória como espécies.

Sim, falta de precisão, pois há no ordenamento jurídico pátrio, uma lei disciplinando como se fazem outras leis; é a Lei complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, que no seu artigo 11 trata da precisão:

“Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

I - para a obtenção de clareza:

II - para a obtenção de precisão:

b) expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico;

Admitir uma separação absoluta é também admitir implicitamente uma separação não absoluta, ou uma separação parcial, que é um regime de bens inexistente no direito brasileiro.

Uma separação não absoluta ou parcial é um regime em que nem todos os bens do patrimônio são de propriedade individual e administrados em separado, vale dizer que alguns bens são de propriedade em comum e administrados em comum.

Assim, se admitirmos a existência de uma separação absoluta, é forçoso admitir que a separação de bens, simplesmente, sem nenhum qualificativo (absoluta ou total), assemelha-se à comunhão parcial de bens, na qual alguns bens são de propriedade e administrados pelo casal, e outros o são individualmente.

Já em se tratando da separação obrigatória, a obrigatoriedade da separação de bens é uma providência de cautela do legislador, que a impôs no artigo 1641 do novo Código Civil, como forma de garantir direitos patrimoniais para os próprios cônjuges e para terceiros, nas hipóteses de nubentes que se casem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento (artigo 1523 do Novo Código Civil), ou que tenham mais de 60 anos, ou ainda dos que dependam, para casar, de autorização judicial.

Como regra, os efeitos patrimoniais da separação obrigatória de bens, são exatamente os mesmos da separação de bens.

As exceções são somente três:

A primeira, no mesmo sentido de cautela expressa no artigo 1.641, é a do artigo 1.829, inciso I, ambos no novo Código Civil, que exclui da vocação hereditária o cônjuge casado com o falecido pelo regime da separação obrigatória.

Se a intenção do legislador é a de proteger direitos patrimoniais do próprio cônjuge e de terceiros, nada mais coerente do que excluir um cônjuge da vocação hereditária do outro.

A segunda, também no mesmo sentido, é a do artigo 977 do novo Código Civil, que proíbe os cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de contraírem sociedade entre si.

A terceira é a do artigo 496, parágrafo único do novo Código Civil, que na venda de ascendente para descendente, dispensa o consentimento do cônjuge casado pela separação obrigatória.

A excepcionalidade da dispensa do consentimento somente para os casados no regime da separação obrigatória, não se harmoniza com o artigo 1.647, inciso I do novo Código Civil, que dispensa a autorização do cônjuge para os atos de alienar e/ou onerar bens imóveis; tampouco se harmoniza com artigo 1.687 do novo Código Civil, o qual é na realidade a essência do regime da separação de bens.

Seria mais razoável se todos os casados pelo regime da separação de bens, fosse ela obrigatória ou não, pudessem alienar bens a seus descendentes sem o consentimento do cônjuge?

Observe-se que o legislador usa consentimento, autorização e outorga, (artigos 220, 496, 533, 978, 1.647, 1.648 e 1.650 do Código Civil/2002), como se tivessem exatamente o mesmo significado. É o mesmo pecado da falta de precisão enfocado anteriormente.

Em algumas situações o ato é de mero assentimento, em outras o agente efetivamente transmite a propriedade, e não simplesmente concorda com que ela seja transmitida.

Se casados pelo regime da comunhão parcial de bens, é perfeitamente adequado que o cônjuge dê somente o seu consentimento para alienação de imóvel não integrante da comunhão; entretanto, em se tratando de regime da comunhão universal de bens, ou da comunhão parcial de bens e de alienação de bem integrante do patrimônio comum, os dois cônjuges devem efetivamente participar do ato na condição de alienantes, proprietários que são, e não um na condição de alienante e outro de anuente, sob pena de realizarem por via indireta, uma extinção parcial da comunhão patrimonial.

Feitas estas considerações, é hora de voltarmos à pergunta formulada no primeiro parágrafo do texto: pode a pessoa casada pelo regime da separação de bens, livremente alienar ou onerar bens imóveis, sem a autorização do cônjuge?

A esta altura já podemos dizer que o regime de que falamos é o da separação de bens, seja ela obrigatória ou não, e que a autorização do cônjuge é aquela com o sentido amplo de assentimento, utilizada pelo legislador.

A leitura dos dispositivos legais até aqui arrolados, especialmente o artigo 1.647, inciso I do Código Civil de 2002, induz a concluir que realmente não é necessária a autorização do cônjuge casado pelo regime da separação de bens para alienação ou oneração de imóveis.

Há, entretanto, que se trazer à colação o artigo 2.039 do Código Civil/2002, do teor seguinte: “Artigo 2.039. O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei no 3.071, de 1º de Janeiro de 1916, é o por ele estabelecido”.

Ora, o código civil anterior (lei 3.071), disciplinava que nem o marido nem a mulher poderiam, sem a autorização do outro, alienar ou onerar bens imóveis, qualquer que fosse o regime de casamento.

“Art. 235. O marido não pode, sem consentimento da mulher, qualquer que seja o regime de bens:

I – alienar, hipotecar ou gravar de ônus real os bens imóveis, ou direitos reais sobre imóveis alheios (artº 178, § 9º, I, a, 237, 276 e 293).

“Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251):

I – praticar os atos que este não poderia sem consentimento da mulher.

O artigo 2.039 do novo Código Civil presta evidente homenagem ao ato jurídico perfeito de que trata o artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de Setembro de 1942):

“Art. 6º. A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º - reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

Há de considerar que o cônjuge casado pelo regime da separação de bens, na vigência do código civil anterior, formalizou um contrato (pacto antenupcial), que pelas regras legais então vigentes, lhe dava a possibilidade de ao menos tomar conhecimento formal da alienação, que reclamava a sua autorização, embora não pudesse negá-la sem justo motivo.

Já os casados pelo regime da separação de bens na vigência do novo Código Civil, contratam por uma regra que não lhes dá o direito de serem consultados e nem prescinde de sua autorização para alienação ou oneração de imóveis.

No estudo do tema proposto, será feito uma pesquisa compilativa e bibliográfica, ou seja, estudar autores e obras que tratam sobre o tema, bem como artigos escritos por diversos notários e registradores do Brasil, pesquisado as decisões jurisprudenciais sobre o assunto, e as recomendações feitas pelos tribunais quando questionados pela classe notarial.

O objetivo deste trabalho monográfico é discutir se a outorga conjugal na alienação ou oneração de bens imóveis para as pessoas casadas sob o regime patrimonial de separação de bens é uma faculdade legal ou uma exigência legal, discutindo a irretroatividade da lei e os direitos subjetivos adquiridos pelo cônjuge que contraiu matrimônio sob a égide do Código Civil de 1916.

1 – CASAMENTO

1.1 - Escorço Histórico

Não se inicia qualquer locução a respeito de família e do casamento se não se lembrar, a priori, que ela é uma entidade histórica, ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da mesma, mutável na exata medida em que se mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos.

A palavra família, como já o notara Ulpiano tem várias acepções jurídicas, que se despreendem do vocábulo, em gradações cromáticas, segundo a situação, em que se acha o observador. Compreende, num sentido, complexo das pessoas que descendem de um tronco ancestral comum, tanto quanto essa ascendência se conserva na memória dos descendentes.

A respeito de qualquer sociedade que se mencione, arcaica ou recente, ocidental ou oriental, bem sucedida ou não, cuja trajetória tenha contribuído mais, ou menos, para a formação do arcabouço histórico de todo o ciclo que o ser humano desenha sobre a face da terra, enfim, a respeito de qualquer sociedade, dois pólos são sempre obrigatoriamente referidos, como essencialmente integrantes de sua conjuntura: o pólo econômico e o pólo familiar.

Sempre importa, por isso, reconhecer o perfil evolutivo da família, ao longo da história, adequá-lo com o incidente social, econômico, artístico, religioso ou político de cada época, para o efeito final de se buscar extrair os porquês das transmutações, os acertos e os desacertos de cada percurso, a influência na consciência dos povos, sempre a partir do modus familiar e da relação efetivamente havida entre os seus membros, mormente entre o homem e a mulher.

Muitos – e muito diferentes – foram, portanto, os grupos familiares e os valores que os nortearam, sendo verdade que alguns destes valores, talvez, ainda se encontrem em voga

nos dias atuais, quer pela sua normal eternização, quer por terem sido ressuscitados após lapsos temporais mais ou menos longos.

Constituído o núcleo familiar, enfim, de toda a sorte e qualquer que seja a sua base estrutural, o fato é que efeitos patrimoniais derivarão dessa união de pessoas à volta do ideal comum de se associarem, perpetrando a espécie e buscando a efetivação de seus valores, sonhos e verdades.

O casamento ingressa na história da humanidade como processo de socialização. Historicamente tem-se tentado naturalizar o casamento, mas no fundo ele nada mais é do que uma instituição social; tal qual a propriedade privada.

Falar casamento é sinônimo de dizer história ou cultura. Cada sociedade esculpiu um ou mais modelos institucionais para operacionalização de ações relativas à familiaridade e a conjugalidade.

Devido a nossa influência judaico-cristã não podemos nos afastar da citação de Modestino, ao perquirirmos pela trilha da decodificação do sentido de casamento para as sociedades ocidentais. Diz ele que o casamento é a conjugação do homem e da mulher; que se associam para toda a vida, a comunhão do direito divino e do direito humano.

O que vemos aqui são as matrizes do casamento sexista, indissolúvel e portal entre o divino e o profano.

A união do homem com a mulher vem de tempos imemoriais, são indivíduos do reino animal e a cópula é ato indispensável para a procriação e, conseqüentemente, para a perpetuação da espécie. Porém, homem e mulher, dotados de inteligência e dom divino, não são movidos apenas pelo instinto da procriação. Buscam, também, a realização pessoal e grupal. Perseguem a tão sonhada felicidade. Por isso que a inauguração de uma nova vida, onde homem e mulher se entregam ao objetivo da procriação e da busca da felicidade, sempre foi motivo de alegria. A razão de ser das festas nas celebrações desses atos de união entre homem e mulher. À religião, coube a tarefa sublime de selar tais uniões. No Cristianismo tem o nome de matrimônio e se constitui um dos sete sacramentos na doutrina católica e apostólica romana.

Os humanos necessariamente vivem em sociedade, com direitos e deveres. Assim é que o casamento passou a ser disciplinado por regras jurídicas que surgiram no continente europeu por volta de 1767, logo após a Reforma Protestante e a Revolução Francesa, ganhando o mundo.

No Brasil, surgiu após a proclamação da República, e foi instituído pelo Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890. Com a Constituição Republicana, de 1891, que estabeleceu a separação entre religião e Estado, o casamento no Brasil passou a ser, exclusivamente, o casamento civil. Aliás, o decreto 181, de 1890, previa penas para aqueles que se intitulassem casados apenas perante um culto religioso.

Logo, a única e exclusiva forma de constituir uma família legítima era através do casamento civil, realizado sob os auspícios de uma autoridade judiciária. Fora daí, era a família ilegítima, com filhos não-registrados, ou registrados como filhos naturais apenas da mãe, sem direito a declaração de pai.

Esta situação jurídica perdurou até 1937, quando a Constituição decretada pelo presidente da República, no auge do Estado Novo, tendo por modelo a carta polonesa de 1935, instituiu, no Brasil, o casamento religioso com efeito civil. Portanto, desde 1937 até os dias de hoje, o ato religioso de celebração matrimonial tem efeito jurídico equivalendo-se a casamento civil.

O casamento, do ponto de vista econômico-jurídico, é encarado como uma sociedade conjugal, com presença de dois sócios: marido e mulher – meeiros ou não. O Código Civil Brasileiro de 1916, durante 87 anos, fez valer esta regra: “O regime dos bens entre cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável.” – artigo 230.

A partir de 10 de janeiro de 2003, com a entrada em vigor do nosso novo Código Civil Brasileiro (Lei 10.406/2002) – que teve uma tramitação nas casas legislativas do Congresso Nacional pelo longo período de 29 anos.

O Código antigo previa a existência de quatro regimes de bens no casamento: comunhão universal, comunhão parcial, separação de bens, regime dotal. Agora, com o novo Código Civil de 2002, temos, também, quatro regimes, sendo: comunhão parcial (art. 1.658),

comunhão universal (artigo 1.667), participação final nos aqüestos (artigo 1.672), separação de bens (artigo 1.687). Não há mais falar-se em regime dotal; que, aliás, nunca teve uso prático entre nós.

Durante muitos séculos esse foi o único modelo vislumbrável pelas sociedades ditas civilizadas. Segundo a pesquisa, a celebração dos casamentos teve início na Antiga Roma, não se sabe quando exatamente teve a primeira cerimônia, era uma espécie de negócios entres famílias. Assim as noivas eram prometidas pelos seus familiares, e desde muito cedo elas já sabiam com quem se casariam. O matrimônio acontecia quando o homem completasse 18 anos e a mulher entre 12 e 13 anos. O casamento por amor já existia, mas isso acontecia nas classes sociais mais baixas.

No Brasil o casamento instituição, próximo do que conhecemos hoje, nasceu eclesial, filho do Concílio de Trento (1545-1563), através de determinação de El-Rei D. Sebastião (1569), sendo essa a forma oficial de matrimônio.

Somente com a Constituição de 1891 foi instituído no Brasil o casamento laico, que passou a ser único reconhecido como válido (artigo 72, parágrafo 4º). Com a Lei no 1.110/50, o casamento religioso passou a equivaler ao civil, se observadas as prescrições legais quanto ao rito do matrimônio secular (artigo 163, §§ 1o e 2o, da Constituição de 1946; artigo 175, parágrafos 2º e 3º, da Constituição de 1967; artigo 226, parágrafo 2, da Constituição de 1988).

Como fruto desses avanços legais as normas passaram a refletir melhor a realidade das famílias brasileiras; notadamente no que tange à organização da sociedade conjugal e aos direitos da filiação. Isso afetou questões de ordem patrimonial e afetiva, mas ainda restaram várias questões a serem modificadas; no que o Judiciário tem sido instrumento de defesa de interesses.

1.2 - Regime Patrimonial de Bens entre Cônjuges

1.2.1 – Características

A lei que disciplina a matéria é a nº 10.406/02, Código Civil, parte do Título II do livro IV. Na legislação anterior, o Código Civil de 1916, a matéria estava prevista no Livro I da Parte Especial, compondo o Direito de Família. O subtítulo I, do Título II, do regime de bens entre os cônjuges, no Código Civil de 2002, apresenta três características básicas: revogabilidade, variedade de regimes e livre estipulação.

O princípio da irrevogabilidade ou imutabilidade contemplado no Código Civil de 1916 tinha por objetivo preservar os direitos dos cônjuges e de terceiros. É importante ressaltar que para salvaguardar o objetivo do princípio da irrevogabilidade da lei anterior, a nova lei determina que a alteração do regime não pode ser obtida unilateralmente, nem em processo litigioso promovido por um só dos cônjuges, por exemplo, pois há a exigência do pedido ser motivado, por ambos os cônjuges, mediante autorização judicial, § 2º, art. 1.639, Código Civil de 2002.

O princípio da variedade de regimes tem por objetivo colocar a disposição dos interessados os regimes de bens: comunhão parcial ou regime legal, comunhão universal, separação legal, separação convencional e o da participação final dos aqüestos. O Código de 1916 previa o regime dotal não contemplado na atualidade. O regime da comunhão final dos aqüestos é inovação, ou seja, não era disciplinado no Código Civil anterior.

O princípio da livre estipulação do regime, por sua vez, tem o objetivo de dar a liberdade aos nubentes estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver, desde que seja antes da celebração do casamento, conforme o artigo 1.639, e não contrarie a lei. Os interessados, no processo de habilitação para o casamento, podem optar por qualquer um dos regimes, não havendo vedação legal para tanto, artigo 1.640.

E, ainda, há a possibilidade do futuro casal criar o seu regime de bens exclusivo, híbrido, distinto dos regimes disciplinados pelo código. Assim, o sistema faculta que o casal gere regime de bens próprio que pode ser misto, combinado e exclusivo, desde que observadas as situações previstas no artigo 1.641.

No entanto, o princípio da livre estipulação não é absoluto, o artigo 1.655 reza que é nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei. Não são válidas as cláusulas do pacto antenupcial contrárias à lei. O pacto antenupcial ao conter cláusula, por exemplo, que prive um dos cônjuges de exercer o poder familiar ou que dispense os cônjuges ou apenas um deles cumprir o dever de fidelidade ou qualquer outro dever conjugal, por exemplo, será nulo ou ineficaz. E a consequência da nulidade deste pacto antenupcial é a aplicação do regime legal de bens, artigo 1.640, denominado regime de bens supletivo.

Com exceção do regime legal ou da comunhão parcial e da separação legal ou obrigatória, todos os outros regimes exigem o pacto antenupcial.

1.2.2 - Objetivo da Adoção do Regime de Bens

O regime de bens é o regramento das relações econômicas entre o homem e mulher casados entre si.

Seu objetivo é disciplinar o patrimônio dos cônjuges antes e na vigência do casamento, de acordo com a sua vontade, mas dentro dos limites da lei.

Para Orlando Gomes, o regime matrimonial: "é o conjunto de regras aplicáveis à sociedade conjugal considerada sob o aspecto dos seus interesses patrimoniais. Em síntese, o estatuto patrimonial dos cônjuges".

O casamento resulta em comunidade de vidas, em uma sociedade conjugal. E por ser uma sociedade matrimonial há regras disciplinadoras das relações econômicas das pessoas envolvidas.

1.2.3 - O Patrimônio e a sua Administração

Até 1988 o sustento da família cabia ao marido, mas a Constituição Federal em seu artigo 226, parágrafo 5º, consagrou a isonomia entre os cônjuges.

O sustento da família é da responsabilidade da entidade conjugal. Nas disposições gerais do código há um conjunto de regras que dizem respeito ao patrimônio dos cônjuges.

O inciso V do artigo 1.642 assegura aos cônjuges o direito de reivindicar os bens comuns, móveis e imóveis, doados ou transferidos pelo cônjuge ao concubino (a), desde que reste provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes (o) adúltero (a) e concubino (a) e se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos. Há, neste dispositivo legal um grande retrocesso, pois o entendimento da doutrina e da jurisprudência é no sentido de que os bens adquiridos pelos cônjuges quando estão separados de fato não se comunicam .

Pelo Código Civil de 2002 o cônjuge separado de fato poderá ser beneficiado com a meação do patrimônio que não ajudou a construir, nos cinco anos que se passou da separação de fato, se o ex-marido e a sua convivente não provarem, devidamente, que tais bens foram adquiridos pelo seu esforço comum.

O juiz pode suprir a outorga marital ou uxória, quando o outro cônjuge não tem possibilidade de concedê-la ou, ainda, quando um cônjuge não concede por motivo injustificado. A falta de autorização do cônjuge, não suprida pelo juiz tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal, artigo 1.649, Código Civil 2002.

O artigo 1.647, Código Civil 2002, arrola atos que nenhum dos cônjuges pode praticar sem autorização do outro, e o inciso III traz como inovação à exigência de outorga conjugal para o aval, alterando, assim, a regra prevista no artigo 3º da Lei nº 4.121/62. Essa

limitação tem o fim de evitar o comprometimento dos bens do casal, em razão de graciosa garantia concedida a débito de terceiro.

Se a fiança e o aval não forem anulados pelo cônjuge prejudicado (pois o cônjuge que os prestou não é parte legítima para pedir anulação), poderá este opor embargos de terceiro para excluir a sua meação de eventual penhora que venha a recair sobre os bens do casal.

Somente as dívidas contraídas para comprar as coisas necessárias à economia doméstica obrigam solidariamente ambos os cônjuges, artigo 1.643, Código Civil 2002.

O inciso IV, do artigo 1.647, Código Civil 2002, determina que fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação, aplica-se aos bens móveis, já que os imóveis são tratados no inciso I. É permitida a doação remuneratória porque representa o pagamento de um serviço prestado, que pode ser feito independente da autorização conjugal ou a anuência do outro cônjuge.

O parágrafo único do artigo 1.647 dá a idéia de complementar o inciso IV do mesmo artigo, pois declara válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada.

1.2.4. Os Conceitos dos Regimes de Bens

Regime da Comunhão Parcial, Legal ou Limitada - Este é o regime de bens quando os nubentes não realizaram o pacto antenupcial, ou, ainda, como reza o artigo 1.640 do Código Civil 2002, se o pacto antenupcial é nulo ou ineficaz, sendo denominado neste caso, de supletivo.

Estabelece três massas de bens:

- os bens do marido antes do casamento;

- os bens da mulher antes do casamento;

- os bens comuns, ou seja, os adquiridos onerosamente na constância do casamento.

São comunicáveis os bens havidos a título gratuito, na constância do casamento, como, por exemplo, os recebidos por doação e por sucessão; os adquiridos com o produto da venda de bens particulares ou sub-rogação; as obrigações anteriores ao casamento; as obrigações resultantes de atos ilícitos desde que não seja revertido em proveito do casal; os bens de uso pessoal; os livros; os instrumentos de profissão; os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; as pensões; meios-soldos; montepios e outras rendas semelhantes (artigo 1.659, Código Civil 2002). O código anterior considerava comunicáveis os bens que eram excluídos da comunhão universal.

O artigo 1.661 do Código Civil 2002 determina que são comunicáveis os bens que tiverem por título uma causa anterior ao casamento. Por exemplo, é comunicável o bem do marido adquirido quando casado, mas produto de acordo judicial de uma ação judicial iniciada antes do casamento. Não se comunica, também, o dinheiro recebido após o casamento pela venda (anterior ao casamento) de um bem particular.

Quando o inciso VI, do artigo 1.659 exclui da comunhão os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge, significa que não se comunica o direito aos proventos, pois recebida a remuneração, o dinheiro faz parte do patrimônio comum do casal, mas no caso de separação tal salário não será partilhado. Esta interpretação evita que seja privilegiado o cônjuge que reservou, guardou ou economizou os seus proventos, prejudicando o que converteu os seus proventos em bens comuns.

Os bens comuns são os adquiridos na constância do casamento por título oneroso, por fato eventual como, por exemplo, a loteria, (aluvião ou avulsão), por doação, herança ou legado em favor de ambos os cônjuges, as benfeitorias em bens particulares por serem realizados com o esforço comum do casal, os frutos dos bens comuns ou particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento ou pendentes no momento em que cessar o casamento, artigo 1.660 do Código Civil 2002.

O artigo 1.663, do Código Civil /2002, determina que a administração do patrimônio comum compete a qualquer um dos cônjuges, assim o marido não é mais o administrador exclusivo dos bens comuns e dos particulares como prescrevia o código anterior.

Em caso de malversação dos bens, o juiz poderá atribuir à administração a apenas um deles, conforme o artigo 1.663, parágrafo 3º.

O cônjuge administra os seus bens particulares, salvo convenção diversa em pacto antenupcial, artigo 1.663, parágrafo 3º.

O artigo 1.662 determina que é presumido que os bens móveis foram adquiridos na constância do casamento, quando não se provar que o foram em data anterior, assim o regime gera presunção "juris tantum" quanto aos bens móveis.

Regime da Comunhão Universal - É um regime convencional, deve ser estipulado em pacto antenupcial, que estabelece a comunicação de todos os bens dos cônjuges.

Embora os bens comuns predominem, podem existir bens próprios do marido e bens próprios da mulher.

São bens excluídos, artigo 1.668 do Código Civil 2002: I – “os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar. São excluídos os bens doados em vida e os deixados em testamento se houver cláusula de incomunicabilidade”.

São incomunicáveis os bens adquiridos com o produto dos bens recebidos com a cláusula de incomunicabilidade, como, por exemplo, alguém recebe em doação um iate com cláusula de incomunicabilidade e decide vendê-lo para adquirir uma casa, esta casa se subrogará no lugar do iate, será bem excluído ou incomunicável.

Assim, a incomunicabilidade não acarreta a inalienabilidade do bem, mas esta produz a impenhorabilidade e a incomunicabilidade por determinação do art. 1.911, Código Civil/2002.

A Súmula 49 do STF dispõe: "A cláusula de inalienabilidade inclui a incomunicabilidade dos bens".

Reza o artigo 547, Código Civil 2002:

“Não se comunicam os bens doados com cláusula de reversão, ou seja, se o donatário morrer antes do doador, o bem volta ao patrimônio do doador, ou seja, não se comunica ao cônjuge do falecido;

II – os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva”.

Fideicomisso é modalidade de substituição hereditária que consiste na instituição de herdeiro ou legatário, designado fiduciário, com obrigação de, por sua morte, há certo tempo ou sob condição preestabelecida, transmitir a uma outra pessoa, chamada fideicomissário, a herança ou o legado.

“III – as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus prestos, ou reverterem em proveito comum. Só se comunicam as dívidas contraídas com os aprestos, ou seja, com os preparativos do casamento e as que são contraídas com o objetivo de proveito comum do casal.

IV – as doações antenupciais de um cônjuge a favor do outro com cláusula de incomunicabilidade.

V – os bens referidos no art. 1.659 do Código Civil 2002”.

O inciso XII, artigo 263, Código Civil 1916, determinava a incomunicabilidade dos bens reservados da mulher, considerados de sua exclusiva propriedade, pois adquiridos com os seus próprios recursos financeiros. Tal artigo foi tacitamente revogado em 1988, pelo artigo 226, parágrafo 5º da Constituição Federal.

O artigo 1.669, Código Civil 2002, estabelece que os frutos e rendimentos dos bens incomunicáveis se comunicam, desde que se percebam ou se vençam na constância do casamento.

A administração dos bens compete ao casal, no sistema da co-gestão, artigos 1.663 a 1.666 Código Civil 2002. Os bens particulares são administrados pelo cônjuge proprietário, salvo convenção diversa em pacto antenupcial, artigo 1.665 Código Civil 2002.

Regime da separação convencional de bens ou absoluta - É um regime convencional que deve ser estipulado em pacto antenupcial e confere autonomia a cada cônjuge na administração de seu próprio patrimônio. Refere aos bens anteriores ao casamento, os presentes e futuros, bem como os seus frutos e rendimentos.

A separação pode ser de duas formas: a pura ou absoluta e a limitada.

O Código Civil 2002 não separa as duas formas de separação, mas o artigo 1.647, traz uma exceção que prevê, expressamente, regime da separação absoluta, conclui-se, assim, que há o regime da separação de bens limitada.

O artigo 1.647: "Ressalvado o disposto no artigo 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:".

O pacto antenupcial que convencionar a separação limitada não tem diferença do regime da comunhão parcial de bens.

Os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal, como em todos os regimes de bens, em razão da isonomia constitucional, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, onde podem, inclusive, estabelecer a quota de cada um ou, até mesmo, a dispensa do encargo, bem como fixar regras sobre a administração dos bens.

Regime da participação final dos aqüistos - é um regime que deve ser estipulado em pacto antenupcial, no qual durante a constância do casamento se aplicam às regras da separação total e na dissolução do casamento aplicam-se as regras pertinentes da comunhão parcial de bens.

Trata-se de um regime de bens misto adotado pelos alemães, franceses, espanhóis, portugueses e argentinos entre outros.

Artigo 1.672, Código Civil 2002: "... a época da dissolução da sociedade conjugal, direito a metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento".

Assim, durante a constância do casamento, cada cônjuge tem a exclusiva administração dos seus bens particulares e os adquiridos a qualquer título na constância do casamento, pode dispor livremente os bens móveis e dependendo da outorga ou autorização do outro cônjuge para dispor dos bens imóveis, artigo 1.673, parágrafo único.

Na dissolução do casamento serão apurados os bens de cada um dos cônjuges, cabendo a cada um deles ou de seus herdeiros a metade dos adquiridos onerosamente pelo casal na constância do casamento.

O direito a meação pode não ocorrer se houver doações de um cônjuge, sem a autorização do outro. O cônjuge prejudicado pode reivindicar os bens doados, pode ser compensado com outros bens ou ser indenizado em dinheiro, artigos 1.675 e 1.676.

Determina que no momento da dissolução do casamento, quantificam-se os aqüestos pelo montante a ser avaliado na data da dissolução do regime de bens. Por ocasião da partilha judicial são excluídos da soma dos patrimônios próprios, ou seja, os anteriores ao casamento e os sub-rogados; os que pertencem a cada cônjuge a título gratuito, por sucessão ou por liberalidade, pois a divisão é somente para os bens adquiridos a título oneroso (art. 1.672), e as dívidas relativas aos bens aqüestos, artigo 1.674, III, Código Civil 2002.

No caso de morte de um dos cônjuges a sua meação será transmitida aos seus herdeiros, a serem convocados pela ordem de vocação hereditária.

O artigo 1.672, Código Civil 2002, dispõe que é na época da dissolução da sociedade conjugal que haverá a mudança do regime de bens, mas será a sentença de separação que irá produzir a liquidação do regime de bens. O ingresso da ação de separação judicial dos cônjuges tem a consequência de não mais terem a livre administração de seus bens adquiridos onerosamente no período do casamento.

O artigo 1.674 pecou ao não prever a fraude na partilha, pois o ingresso da ação de separação judicial como a data inicial para a apuração dos bens aqüestos pode beneficiar o cônjuge que quiser dissipar os bens comunicáveis no período anterior à separação.

Os artigos 1.675 e 1.676 asseguram a compensação de bens ou ao valor pecuniário equivalente ao valor do patrimônio desviado, mas para evitar fraudes é importante requerer medidas cautelares para a segurança na partilha.

Regime da separação legal ou obrigatório - O artigo 1.641, Código Civil 2002, trata do regime obrigatório. Não é necessário o pacto antenupcial por se tratar de regime imposto pela lei.

A imposição da lei é com o objetivo de regular as causas suspensivas da celebração do casamento e proteger os menores de dezesseis anos, maiores de sessenta e as pessoas que necessitam de suprimento judicial para casar.

Regime de separação obrigatória de bens para os maiores de sessenta anos - O Código Civil 2002 impõe o regime de separação obrigatória de bens aos maiores de 60 anos, limitando a autonomia da vontade, exclusivamente considerando a idade. A pessoa maior de sessenta anos é considerada pelo Código Civil 2002 uma pessoa capaz de ser vítima de aventureiros, portanto tal restrição tem de caráter protetivo, com propósito de obstar o casamento exclusivamente com interesse econômico.

O Código Civil 1916 impunha o regime legal para a mulher maior de 50 anos e para o homem maior de 60 anos. O Código Civil 2002 observa a isonomia constitucional e estabelece a mesma idade sem a distinção de sexo.

As pessoas que dependem de autorização judicial para casar - São os que necessitam o suprimento judicial do consentimento dos pais ou o suprimento judicial de idade. Ocorre que, mesmo havendo suprimento judicial, onde o Estado-Juiz autoriza a realização do ato solene do casamento, ainda que ausente algum requisito legal, a lei determina que referido casamento só se realizará sob o regime patrimonial de separação de bens, obrigatoriamente.

A jurisprudência observou que não protegia devidamente as pessoas e passou a ter o entendimento que, neste regime, que se comunicavam os aqüestos, ou seja, os bens adquiridos na constância do casamento a título oneroso.

Assim, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 377: "No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento".

A Súmula 377 foi aplicada literalmente, mas posteriormente ficou restrita aos bens adquiridos pelo esforço comum dos cônjuges. Assim o Superior Tribunal de Justiça considerou a existência de uma sociedade de fato entre os cônjuges e reconheceu o direito à meação dos bens adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum, no regime da separação legal e, também, no regime da separação convencional.

Com o suprimento judicial de idade núbil, o requisito da idade foi satisfeito por ordem judicial. De igual modo, com o suprimento do consentimento dos pais ou responsáveis, a vontade se completou para todos os fins de direito.

1.3 - O Regime de Separação Obrigatória de Bens e a Nova Regra da Mutabilidade.

Como se verificou, existem situações onde a lei impõe o regime de separação obrigatória de bens.

Há quem afirme que o pedido de alteração do regime de bens não poderá contrariar a imposição do regime de separação legal de bens (artigo 1.641 Código Civil 2002).

Por outro lado, há juristas que acreditam que satisfeita qualquer das condições enumeradas nas causas suspensivas, não há como se obrigar, legalmente, que os cônjuges permaneçam casados sob o regime de separação legal de bens, se de outra forma entenderem por bem dispor.

Entendem que é lícita à possibilidade de alteração de regime patrimonial de bens para aqueles que se casaram com infração às causas suspensivas, desde que satisfeita, ulteriormente, a condição ali imposta.

De igual maneira, aquelas pessoas que se casaram por força de suprimento judicial (seja de idade ou de consentimento), uma vez alcançada a idade núbil ou a maioridade civil, conforme o caso, também não haverá justificativa legal com o condão de impedir aos cônjuges da alteração do regime de bens anteriormente imposto pela lei.

A única situação onde a lei impõe o regime da separação obrigatória de bens que não convesce é a daqueles maiores de 60 anos, que, certamente, o decurso do tempo, os afasta cada vez mais do direito à liberdade de escolha.

É importante ressaltar que, conforme entendimento sumulado (Súmula 377), do Egrégio Supremo Tribunal Federal, comunicam-se todos os bens adquiridos na constância do casamento celebrado sob o regime de separação obrigatória de bens, evitando, assim, um possível enriquecimento sem causa de um dos cônjuges, após a separação.

O regime de separação convencional de bens – este sim escolhido voluntariamente pelos nubentes - continua intocado, por refletir a vontade dos interessados, e não do Estado.

O novo Código Civil, repisando o Código Beviláqua, contempla, dentre os regimes de bens, o da separação total, que se subdivide em duas espécies: o regime de separação total de bens convencional, de que tratam os artigos 1.687 e 1.688, e o legal ou obrigatório estatuído no artigo 1.641. O primeiro encontra sua fonte geradora, seu engate lógico na vontade dos nubentes e, por isso, reclama pacto antenupcial; o segundo está assentado na própria lei, independendo da vontade das partes.

O legislador, em algumas hipóteses, no propósito de proteger determinadas pessoas ou de impor uma sanção àqueles que viessem a se casar desrespeitando causas suspensivas, conhecidas e tratadas no Código de 1916 como impedimentos meramente proibitivos, tornou, nesses casos, obrigatório o regime de separação total de bens.

Relativamente ao regime de separação convencional regulado pelo Código de 1916, para que os bens adquiridos não se comunicassem e por força do estatuído no artigo 259 desse revogado Código Civil, no pacto antenupcial além dos nubentes escolherem esse regime de separação total, era necessário que eles expressamente consignassem no pacto que os aqüestos não se comunicariam, pois se assim não o fizessem, os bens adquiridos na constância do

casamento de maneira onerosa se comunicariam, o que, em última análise, implicava na aplicação das regras do regime de comunhão parcial de bens.

Isso, no nosso atual sistema jurídico, não mais existe porque o novel Código Civil não traz nenhuma disposição semelhante àquela plasmada no artigo 259 do Código Beviláqua, de sorte que basta aos nubentes elegerem o regime de separação total, contemplado nos atuais artigos 1.687 e 1.688, para que sejam incomunicáveis os bens cujo domínio pertencer a cada um deles, seja a aquisição levada a efeito antes ou durante o matrimônio. Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa ensina que o regime de separação de bens tem por característica:

“A completa distinção de patrimônios dos dois cônjuges, não se comunicando os frutos e aquisições e permanecendo cada qual na propriedade, posse e administração de seus bens.

O novo Código estabelece verdadeiramente uma separação de patrimônios, pois no Código de 1916, mesmo no regime de separação absoluta, havia necessidade de outorga conjugal para alienação dos imóveis”.

Outorga uxória e outorga marital são autorizações que um dos cônjuges dá ao outro para certos atos nos quais se exige seu consentimento. Tal autorização tem o condão de dar legitimidade à obrigação que pode onerar ou gravar os bens de um dos cônjuges, afetando o matrimônio e, mesmo que indiretamente, o patrimônio comum do casal. Na sociedade patriarcal do antigo código, compreendia-se a outorga uxória como essencial para garantia do status quo, já que a comunhão total de bens era a regra.

Como se sabe, o revogado Código Civil de 1916 exigia a anuência de ambos os cônjuges para a alienação de bens imóveis do casal. Trata-se da chamada outorga uxória.

Com o advento do Código Civil de 2002, esse panorama legal se modificou. Isso porque o artigo 1.647 do Novo Código dispensou expressamente essa exigência nos casos em que o regime de bens do matrimônio é o da separação absoluta.

A polêmica instaurada a partir daí diz respeito à aplicação ou não da nova regra aos casamentos celebrados sob o regime da separação absoluta de bens, porém anteriormente à entrada em vigor da lei atual.

Há aqueles que, com fundamento no artigo 2.039 do Novo Código, entendem que a dispensa da outorga uxória não se aplica aos matrimônios contraídos anteriormente à vigência da nova lei – ainda que celebrados sob o regime da separação absoluta de bens.

Outros, em contrapartida, defendem que a outorga uxória é hoje dispensável, inclusive para as núpcias contraídas com separação de bens anteriormente à vigência do Novo Código.

A maioria dos Cartórios de Notas e de Registro de Imóveis, contudo, ainda vacila quando se vê às voltas com o registro de títulos de transferência de domínio dos quais não consta o consentimento do cônjuge.

2. REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS.

2.1 - Dispensa da Outorga Uxória na Alienação Imobiliária

O novo Código Civil trouxe inúmeras alterações ao direito privado, todas elas de inegável interesse para notários e registradores em virtude da repercussão que têm sobre as suas atribuições. Dentre elas, encontra-se a desnecessidade da outorga uxória no regime da separação convencional de bens, que era exigida no Código anterior.

A questão já mereceu a apreciação de notórias personalidades da área notarial e de registro, os quais entendem que a dispensa da outorga, trazida pelo novo Código, não se aplica quanto aos casamentos realizados na égide do Código de 1916. Alguns doutrinadores defendem a nova regra para todos os casos.

Anteriormente à salutar discussão do tema, imaginava-se que poderíamos concluir simplesmente pela aplicação do novo direito sem maiores indagações.

Os embasados argumentos apresentados num e noutro sentido mostraram a necessidade de um aprofundamento no tema para só depois adotarmos uma posição, mantendo ou modificando nosso entendimento preliminar.

2.2 - Direito Subjetivo do Cônjuge Anuente

Iniciamos nosso estudo a partir dos próprios fundamentos dos debatedores, ou seja, da questão do direito subjetivo e, portanto, direito adquirido do cônjuge anuente; do teor do artigo 2.039 do novo Código; das questões envolvendo a aplicação da lei no tempo, e da possibilidade da outorga uxória ser uma faculdade legal.

Deixamos de lado questões jurídico-sociológicas acerca de eventual desprestígio que a nova norma trouxe à família, uma vez que, se esse for o caso, alcançará não apenas as famílias constituídas na vigência do Código anterior, mas também as famílias constituídas na vigência do Código atual. Assim, seria o caso de questionar-se a própria novidade da lei, e não o tempo de sua aplicabilidade.

Tratando-se de alienação de imóvel do patrimônio particular do cônjuge casado sob o regime da separação de bens no Direito anterior a outorga uxória não era dispensável, tanto que a ausência da outorga uxória ou do suprimento judicial tornava o ato inválido, podendo essa invalidade ser alegada pelo cônjuge, a quem coubesse dar a outorga, até dois anos após o término da sociedade conjugal (artigo 252). Era, portanto, uma exigência e não uma faculdade.

As questões relativas aos limites da incidência do artigo 2.039 do novo Código Civil, ao direito subjetivo adquirido e à aplicação da lei no tempo, em face da nova regra trazida pelo artigo 1.647, I, do atual Código Civil, todas atinentes ao deslinde do tema, merecem, porém, uma consideração mais acurada.

Antes disso, parece-nos oportuna uma breve explanação sobre o casamento e sua relação com os regimes de bens.

Dentre as correntes doutrinárias acerca da natureza jurídica do casamento, filiamos-nos à que entende ser o casamento uma instituição (Caio (2002) Maria Helena (2003)), pois todas as regras relativas a direitos, deveres e patrimônio dos cônjuges são aquelas minudenciadas na lei, de caráter público, e, portanto, indisponíveis. Permite-se aos nubentes tão somente manifestar se querem ou não se casar e, querendo, sob qual regime.

Afora isso, não lhes é lícito modificar, para mais ou para menos, direitos ou deveres matrimoniais ou regras patrimoniais no casamento, já estabelecidas pelo direito, nem tampouco lhes é permitido recusar regime de bens ao casamento, de sorte que, podendo os nubentes optar por algum regime de bens (comunhão total de bens, separação absoluta de bens ou, atualmente, participação final nos aquestos - regimes optativos), e não o fazendo, ser-lhes-á atribuído o regime da comunhão parcial de bens (regime presuntivo).

Hipóteses há, porém, em que aos nubentes não se permite optar nem é cabível presumir o regime de bens, posto que, dadas condições especiais, a lei impõe que o regime seja o da separação obrigatória de bens (regime obrigatório).

O Direito anterior ao assegurar, aos nubentes, liberdade para escolher o regime de bens a vigorar no seu casamento quis que as questões patrimoniais ficassem ao arbítrio dos contraentes das núpcias (artigo 256). O mesmo se dá no Direito atual (artigo 1.639 - Código Civil/2002).

Para assegurar o respeito à convenção dos cônjuges nessa questão, impôs regras impeditivas à violação do ajuste, de sorte que, se o regime escolhido fosse comunhão de bens, nenhum dos cônjuges poderia, como não pode, alienar bem imóvel sem o outro. E não se trata de outorga uxória, que tem o sentido de consentimento, autorização ou permissão de um cônjuge ao outro, mas de verdadeira manifestação de vontade de ambos os cônjuges em alienar (transferir), seja qual for a forma da alienação (venda, doação, dação, permuta, etc), e independentemente do tempo e da forma com que esse bem ingressou ao patrimônio do casal. Isto ocorre porque o bem imóvel pertence a ambos os cônjuges, e não apenas a um deles, por força do regime de bens escolhido. Se o imóvel é de ambos, um não pode vender sem o outro. Ponto final.

Contudo, existem regras que se sobrepõem aos regimes de bens, as quais não é lícito aos cônjuges disporem em contrário. Vejamos dois exemplos:

No regime da comunhão universal, a regra é a comunicabilidade absoluta dos bens (artigo 262, Código Civil 1916; artigo 1.667, Código Civil 2002). No entanto, excepcionou a lei hipóteses em que não ocorreria a comunicabilidade, como no caso de serem transferidos bens imóveis por doação a um dos cônjuges com a cláusula de incomunicabilidade, gravame que acompanha, inclusive, os bens sub-rogados em seu lugar, e também os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário antes de realizada a condição suspensiva (artigo 263, Código Civil 1916; artigo 1.668, Código 2002). Trata-se de previsão legal de extrema utilidade, visando não impedir qualquer dos consortes de um favorecimento especial futuro em razão de restrição do benfeitor à pessoa do outro cônjuge.

Porém, evidente que tal previsão legal se contrapõe à vontade daqueles que se casam sob o regime da comunhão universal de bens, pois neste regime a regra é que todos os bens havidos pelos cônjuges, antes e durante o casamento, a título oneroso ou gratuito, inter vivos ou mortis causa, compõem o patrimônio comum, não havendo presunção legal de que assim não o seja.

De qualquer modo, ocorrendo essa hipótese, na alienação desse bem o cônjuge excluído da liberalidade comparecerá na escritura de alienação tão somente para dar a outorga uxória, e não para vender, posto que não será proprietário do bem.

No regime da separação convencional de bens ocorre o contrário. Não obstante a absoluta incomunicabilidade dos bens e o inegável propósito dos futuros cônjuges de manterem total independência um do outro na administração e/ou alienação do seu patrimônio particular (o que cada cônjuge adquire isoladamente, a qualquer título e tempo), conforme manifestado no pacto antenupcial firmado entre os nubentes, o Código de 1916 estabelecia que os cônjuges somente poderiam alienar livremente os bens móveis (art. 276). Quanto aos imóveis, apesar da ausência da comunicabilidade desses bens, fazia-se necessária a outorga uxória do cônjuge não proprietário na alienação desses bens (art. 235 e 242, Código de 1916). Era uma imposição da lei, contrária àquilo que foi voluntariamente acordado entre as partes.

Vemos assim que, no Direito de Família, existem regras referentes ao regime de bens e regras referentes ao casamento. Aquelas regulam questões patrimoniais de livre escolha dos cônjuges. Estas regulam aspectos alheios aos regimes de bens.

Seria por esta razão que o Casamento está regulado no Subtítulo I, do Título I (Do Direito Pessoal) e o Regime de Bens entre os Cônjuges está regulado no Subtítulo II, do Título II (Do Direito Patrimonial), ambos no Livro IV (Do Direito de Família) do Novo Código Civil.

2.3 - Fundamentos Básicos da Polêmica em torno do Assunto.

Manteve o artigo 2.039 do novo Código Civil a obrigatoriedade da outorga uxória?

O artigo 2.039 do novo Código diz: “O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido”.

Qual a pertinência deste artigo com a necessidade da outorga uxória? A outorga uxória no Código Civil revogado foi estabelecida nos artigos 235 e 242, onde dizia basicamente que “o marido não pode, sem consentimento da mulher” (235), e que “a mulher não pode, sem autorização do marido” (242), ‘alienar direitos reais sobre imóveis, qualquer que seja o regime de bens’.

Ora, vê-se desde logo que a outorga uxória não estava atrelada ao regime de bens, pois dizia o Código de 1916 que ela se fazia necessária independente do regime de bens. Logo, a outorga uxória não integrava como não integra o regime de bens.

Portanto, parece-nos forçoso concluir que o art. 2.039 do novo Código não tem em si o condão de tornar obrigatória a outorga uxória para os casamentos realizados na vigência do Código anterior, uma vez que referido artigo, ao manter inalterados aqueles regimes, não está, por via de consequência, mantendo a obrigatoriedade da outorga uxória, já que esta não provém do regime de bens.

Este, aliás, foi um dos fundamentos da discussão entre notários da dúvida de a outorga uxória é uma faculdade legal ou uma exigência legal, a saber:

A previsão sobre a participação nos bens e as regras para a partilha destes, não pode ser alterada pelo novo Estatuto Civil, sendo imperiosa a sua manutenção em atenção ao respeito ao ato jurídico perfeito, e à disposição do artigo 2039, que prestigia igual posicionamento. Desta forma, tudo o que tenha sido ajustado e pactuado em termos da

participação do casal no acervo patrimonial sob os auspícios da lei superada, continua valendo enquanto perdurar o casamento.

É certo que o antigo Código exigia, em seu artigo 235, o expresse consentimento da mulher para alienação de bens, qualquer que fosse o regime de bens matrimonial. Entretanto, tal previsão não representava, nem representa, qualquer mutação ou interferência no regime de bens.

2.4 - Há Direito Subjetivo Adquirido à Outorga Uxória?

É regra elementar da ciência jurídica que, a todo direito corresponde uma ação. Ou seja: não há direito sem ação que o assegure, que o faça valer, que o torne exigível. Direito sem ação é o mesmo que não direito. É o que dispõe o parágrafo segundo, do artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, verbis: “Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”.

Assim, se um cônjuge vende imóvel do seu patrimônio particular sem a necessária outorga uxória do outro, ou sem o suprimento judicial, nasce para o outro cônjuge o direito de invalidar a alienação - direito de ação -, consectário do direito subjetivo deste, conforme estatua o artigo 252 do Código de 1916.

Porém, não havendo alienação, seria cabível exigir-se o direito subjetivo (direito adquirido) à outorga uxória? Haveria tal possibilidade jurídica?

A elucidação da questão prescinde de abalizados ensinamentos doutrinários, para o que são precisas as lições do Prof. Miguel Reale acerca do tema (in: Lições Preliminares de Direito. 27ª edição ajustada ao novo Código Civil – 3ª tiragem – 2003, Ed. Saraiva, pp. 256-260), o qual, após considerar a teoria formalista - entendendo ser o direito subjetivo o direito expresse na norma (Del Vecchio, Kelsen), e a teoria empírica - declarando que, em face dos

enunciados normativos, o que existem são situações de fato de natureza subjetiva (Léon Duguit), ensina:

“A Teoria Geral do Direito hodierna, partindo dessas e de outras críticas às antigas teses, reelaborou os estudos sobre o direito subjetivo, fixando alguns pontos essenciais. Um deles se refere exatamente ao conceito de situação subjetiva, que, a princípio, passou a ser sinônimo de direito subjetivo para, mais acertadamente, ser vista, depois, como o gênero no qual o direito subjetivo representa uma espécie”.

As duas teses acima contrapostas, a que converte o direito subjetivo em um modo de ser da norma jurídica (Kelsen) e a que o reduz a uma situação fatural juridicamente garantida (Duguit) já apontam para uma solução superadora dessa antítese, desde que se reconheça que esses dois pontos de vista correspondem, na realidade, a dois momentos complementares de um único processo: um acha-se configurado abstratamente no plano normativo, como possibilidade de ser pretendido algo em tais ou quais circunstâncias; e o outro corresponde à realização dessa possibilidade como pretensão efetiva da pessoa que se situa, concretamente, nas circunstâncias genericamente previstas na *regula júrís*.

Direito subjetivo, no sentido específico e próprio deste termo, só existe quando a situação subjetiva implica a possibilidade de uma pretensão, unida à exigibilidade de uma prestação ou de um ato de outrem. O núcleo do conceito de direito subjetivo é a pretensão, a qual pressupõe que sejam cor respectivos aquilo que é pretendido por um sujeito e aquilo que é devido pelo outro (tal como se dá nos contratos) ou que pelo menos entre a pretensão do titular do direito subjetivo e o comportamento exigido de outrem haja certa proporcionalidade compatível com a regra de direito aplicável à espécie.

Desse modo, a pretensão é o elemento conectivo entre o modelo normativo e a experiência concreta, mesmo porque a norma, exatamente por ser um modelo destinado à realidade social, não difere desta a não ser por um grau de abstração, na medida em que ela foi instaurada à vista da realidade mesma, como expressão objetiva do que nela deve ser declarado obrigatório.

Parece-nos essencial essa compreensão do direito subjetivo em seu duplo momento, o normativo, ou da previsibilidade tipológica da pretensão, e o da realizabilidade da

pretensão, em concreto, através da garantia específica. Este segundo momento pontualiza ou verticaliza, por assim dizer, a norma no sentido de um sujeito, que converte a pretensão abstrata, enunciada genericamente na regra de direito, numa pretensão concreta. Sem a idéia de pertinência não há, pois, que falar em direito subjetivo.

Daí, podermos dizer, numa noção destinada a reunir os elementos essenciais do problema, que direito subjetivo é a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio.

Pelas lições do mestre pode-se concluir que sem a pretensão concreta de um dos cônjuges em alienar bem imóvel do seu patrimônio particular não se convola o direito subjetivo do outro cônjuge, que é a possibilidade de exigir-se aquilo que as normas de direito lhe atribuem, a saber: o direito de conferir a outorga uxória.

Desta feita, ausente a pretensão concreta de alienação por um dos cônjuges casado sob o regime da separação de bens, não nasce para o outro o direito subjetivo à outorga uxória, assistindo-lhe tão somente uma expectativa de direito, a qual não está protegida pelo manto constitucional do direito adquirido, porque expectativa de direito não é direito. É pré-requisito ao Direito. Esta é uma forma de pensar de uma corrente de doutrinadores.

2.5 - A Outorga Uxória e a Retroatividade da Norma.

Retroatividade da norma é a aplicação da lei para regular ato ocorrido antes da sua promulgação, conforme ensina o doutrinador Humberto Júnior (2002):

“em princípio, as leis são irretroativas: não retrocedem para levar seus efeitos aos atos pretéritos. Regulam somente os atos que se sucederem à sua promulgação. Pelo princípio da irretroatividade, as leis respeitam os direitos adquiridos, os atos jurídicos perfeitos e as coisas julgadas”.

Assim, para saber se há ou não retroatividade da norma que dispensa a outorga uxória, é essencial identificar: a) o ato que dá ensejo à outorga uxória; b) o tempo da realização desse ato.

Já vimos que a outorga uxória não provém do regime de bens, pois independe do regime de bens; nem tampouco do casamento, senão seria direito subjetivo exigível a qualquer momento, independente de qualquer outro ato, restando patente que o ato que dá ensejo à outorga uxória é a pretensão concreta do cônjuge de alienar bem imóvel pertencente ao seu patrimônio particular.

Quanto ao tempo da realização do ato de alienação, temos a vigência do Código de 1916 e a vigência do Código de 2002.

Se realizado na vigência do Código de 1916, quando exigível a outorga uxória, esta não poderá ser dispensada pelo Código de 2002, o que seria retroatividade da norma, inaplicável na hipótese, em razão da proteção constitucional ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido (artigo 5º, XXXVI).

Nesse caso, havendo a dispensa da outorga uxória, ocorre violação ao direito adquirido do outro cônjuge, podendo este reivindicar o seu direito através de ação própria a ele correspondente, será uma ação reipersecutória?

Porém, se a alienação ocorrer na vigência do Código de 2002, que não mais exige a outorga uxória, não parece razoável socorrer-se da lei revogada para exigir essa outorga, uma vez que, nascendo o direito da lei, e não tendo este nascido antes da revogação daquela que o conferia, considerá-la para conferir direito não contemplado na nova lei seria verdadeira reprivatização?

Esse entendimento, aliás, está amparado pelo disposto no parágrafo primeiro, artigo 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil, que diz: “Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou” .

Ou seja: para que o ato jurídico seja perfeito é necessário que esteja consumado e que o tenha sido segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. Faltando um desses requisitos deixa de ser ato jurídico perfeito.

3. DIREITO INTERTEMPORAL

3.1. Conceito de Direito Intertemporal

Manfré diz que:

"O direito intertemporal, regendo a aplicação da lei no tempo, cuida de eventuais conflitos entre leis consecutivas, a pretérita e a nova versando mesmo tema, objetivando determinar os limites de abrangência de cada qual. Nessa conformação, seu objeto envolve questões relativas às conseqüências da *vacatio legis* e à aplicação da nova lei ou da anterior, por aquela revogada, aos efeitos de relações jurídicas precedentes".

O livro complementar das disposições finais e transitórias é um livro próprio da nova lei que estabelece as regras para a passagem do Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002.

O artigo 2.039 do Código Civil de 2002: "O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do código civil anterior, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido, é uma regra de caráter transitório".

Pela sua natureza esta norma de caráter transitório disciplina as situações jurídicas concretizadas ao tempo da lei anterior, como, por exemplo: regular os atos e o destino dos bens que compõem o patrimônio dos cônjuges casados antes do novo código, determinar quais as regras que seguem com vigência para estes cônjuges, pois é necessário preservar a eficácia dos atos praticados na lei do código anterior e reger as leis entre os cônjuges e terceiros ou, o aval, que agora, necessita de autorização do outro cônjuge; mas se concedido sem a autorização do outro cônjuge na vigência do código anterior, que não exigia a anuência do cônjuge, este ato está resguardado pela norma do artigo 2.039 do Código Civil 02.

É muito distinto o Código Civil de 2002 em relação ao Código Civil anterior quanto à normatização do regime de bens no casamento.

Para o casamento celebrado na vigência do código anterior a regra era a seguinte:

O artigo 230 do Código Civil de 1916: "O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável".

Para o casamento celebrado após o novo código civil regra é:

O artigo 1.639, parágrafo 1º:

“O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento”; e
§ 2º - "É admissível a 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”.

Em face do estabelecido pelo direito intertemporal, surge a indagação quanto a necessidade da anuência ou não do cônjuge na oneração ou alienação de bens imóveis, para os casamentos ocorridos na vigência do código anterior.

A questão, portanto, é avaliada sob o aspecto da aplicabilidade do artigo 2.039 do Código Civil de 2002.

A lei nova tem efeito imediato, no entanto são preservados os efeitos já produzidos ou a situação consumada? O princípio de aplicação imediata da lei é adequado para as relações continuativas, para as normas de ordem pública e para as situações relacionadas ao estado da pessoa?

3.2. Corrente Doutrinária Favorável à Necessidade da Anuência do Cônjuge Casado no Regime de Separação de Bens nos Casamentos Realizados na Exegese do Código Civil/1916.

A corrente doutrinária favorável à necessidade da anuência do cônjuge casado no regime de separação de bens nos casamentos realizados na exegese do Código Civil de 1916, fundamenta a posição com os seguintes argumentos:

- A lei em vigor tem efeito geral e imediato, mas não pode prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, conforme determina o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal e artigo 6º, caput, da Lei de Introdução ao Código Civil.

O jurista Miranda (2000), considera que: "Lei nova estabelecendo outro regime legal, ou que modifica o existente até então, não alcança os casamentos celebrados antes dela, salvo regra explícita em contrário".

O posicionamento do Monteiro (2000) é o seguinte: "As relações de caráter patrimonial, que o casamento origina, regulam-se pela lei do tempo em que se formaram".

O jurista Farrula Júnior (2002), afirma que o casamento se aperfeiçoa com as núpcias e as questões patrimoniais do casamento se regulam pela legislação vigente à época da celebração. E, ainda, completa que a alteração do regime de bens aos casamentos anteriores ao Código Civil 2002 acarretaria a infringência ao ato jurídico perfeito e ao princípio constitucional de irretroatividade das leis.

Afirma, ainda, que a interpretação literal do artigo 2.039, quando menciona é o por ele estabelecido, se refere a todo o ordenamento jurídico referente aos regimes de bens, assim entende que, o código anterior, mesmo revogado, permanecerá eficaz para disciplinar esta matéria.

Diniz (2003) tem a posição de que a lei revogada permanecerá a produzir efeitos "porque outra lei vigente ordena o respeito às situações jurídicas definitivamente constituídas

ou aperfeiçoadas no regime da lei anterior" ou "se deve aplicar a lei em vigor na época em que os fatos aconteceram".

3.3. Corrente Doutrinária que Entende não ser Necessário a Anuência nos Casamentos Realizados na Exegese no Código Civil 1916 afirma o seguinte:

A corrente doutrinária que entende não ser necessário a anuência nos casamentos realizados na exegese no Código Civil 1916 afirmam o seguinte:

Considera que se há a possibilidade de alteração pela nova lei, após a entrada em vigor do novo código nada obsta que se admita a mudança, em relação ao regime escolhido anteriormente.

O artigo 6º, parágrafo 1º, da Lei de introdução do Código Civil de 2002: "Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou"

O artigo 2.035 do Código Civil:

"A validade dos negócios e demais atos jurídicos constituídos antes da entrada em vigor deste código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução".

Ato consumado é aquele cujos efeitos se exauriram sob a vigência da lei antiga. Quando os efeitos do ato se projetam sob a vigência da lei posterior, o ato jurídico se sujeita à nova disciplina, pois não se trata de ato jurídico perfeito e nem ato jurídico consumado.

A regra da imutabilidade do regime não estaria a atender a sua função protetiva, pois além do consenso dos cônjuges e a ressalva de terceiros, se tem a favor o artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal:

"A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada" e o artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil: "A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada".

O artigo 2.039 não proíbe à retroatividade e nem determina serem irrevogáveis os regimes matrimoniais relativos aos casamentos anteriores à vigência do Código Civil 2002, requisitos essenciais para a não-aplicação.

Não pode existir desigualdade de tratamento entre pessoas que se casaram antes e após o Código Civil 2002.

Quanto à aplicação da Súmula 377, há juristas que afirmam que ao deixar o novo Código de reproduzir o artigo 259 do código revogado, a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, originada na interpretação daquela previsão, deixará de ter aplicação.

Mas, no campo do Direito Intertemporal, haverá a eficácia residual do enunciado contido na referida Súmula.

3.4. Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal

A Súmula nº. 377 do Supremo Tribunal Federal tem sua base legal fixada no artigo 259 do Código Civil de 1916. Estabelecia este dispositivo que, embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicabilidade dos adquiridos na constância do casamento. Por este dispositivo, portanto, casando-se duas pessoas sob o regime de separação de bens, mas não estabelecendo o pacto

antenupcial expressamente que não se comunicariam os aqüestos, estariam elas, na verdade, se casando sob o regime de comunhão parcial, já que seriam comuns os bens adquiridos na constância do casamento. O Supremo Tribunal Federal, ao editar a Súmula nº. 377, baseando-se no citado artigo 259 do Código Civil de 1916, enunciou o Supremo Tribunal Federal que, no regime da separação legal de bens, comunicar-se-iam os aqüestos.

A tese esposada na Súmula, entretanto, é objeto de discussão no meio doutrinário. O citado artigo 259 do Código Civil de 1916, referindo-se ao silêncio do contrato, tinha naturalmente, em vista o regime da separação contratual, ou seja, a separação convencional. No regime de separação legal, não havendo contrato, não há que se falar em aplicação do citado dispositivo, como bem lecionava Caio Mário da Silva Pereira que mesmo não ocorre com o regime de separação obrigatória, apesar do parecer de opinados autores, favoráveis à comunicação, neste caso amparados pela jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal (Súmula nº. 377). A nós nos parece que se o Código institui a comunicabilidade no silêncio do contrato, somente teve em vista a situação contratual, pois, se desejasse abranger, no mesmo efeito, a separação compulsória, aludiria à espécie em termos amplos, e não restritivos ao caso, em que o contrato é admitido. Este entendimento é sufragado pela imensa maioria dos doutrinadores.

Ao que parece de absoluta evidência é que a regra do artigo 259, acima transcrita, se aplica exclusivamente ao regime convencional da separação de bens. O artigo 259 não incide se o regime da separação é o obrigatório. Então os bens são adquiridos pelos cônjuges separadamente e há dois patrimônios sem ligação. O legislador ao dispor pela forma que o fez, pressupôs a existência de um contrato antenupcial. E somente quando o contrato silencia, manda que se aplique o dispositivo supra. Donde a conclusão de que, se trata de regime obrigatório da separação de bens, em virtude do que estatui o artigo 258, parágrafo único, não se aplica o dispositivo do artigo 259. Permitir que se comunicassem os bens adquiridos, no caso de ser obrigatório o regime de separação, seria tolerar que a lei fosse burlada, seria, em suma, admitir que os cônjuges fugissem daquele regime que a lei lhes impôs, para caírem no regime da comunhão parcial de bens.

A Súmula 377 em face do novo Código Civil não obstante todos os argumentos anteriormente expendidos, temos o artigo 1.641 do Código Civil de 2002, que trata sobre a questão. Neste sentido é que a edição da obra de Caio Mário Pereira, atualizada com o novo

Código, já diz que com a redação do presente artigo (artigo 1.641), restaurou-se o antigo preceito com toda severidade, porque ele enuncia exatamente o oposto, estabelecendo que no regime de separação legal, por ele estabelecido, não haverá comunhão de aquêstos. Ademais, como não repetiu o novo Código a regra do artigo 259 do antigo Código, que servia de base à Súmula, defende este doutrinador que esta deve ser tida por revogada independentemente da interpretação que se dê ao dispositivo em comento.

A aplicação da Súmula 377, segundo juristas que afirmam que ao deixar o novo Código de reproduzir o artigo 259 do código revogado, a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, originada na interpretação daquela previsão, deixará de ter aplicação.

Argumentam tal entendimento no fato de que a inclusão ou exclusão de bens na comunhão representa tipicamente efeito próprio de determinado regime patrimonial, no caso, de separação obrigatória.

Assim incide o artigo 2.039, Código Civil 2002, que determina aplicar aos casamentos anteriores o regime de bens na amplitude como era então tratado pelo ordenamento.

No Código Civil de 2002, além da fiança, nenhum dos cônjuges pode prestar aval sem a autorização do outro (Código Civil, artigo 1.647, II, exceto no regime da separação de bens).

A exigência representa um efeito jurídico do casamento: assim tem aplicação imediata.

O estado de casado gera esta restrição. E sendo consequência do estado da pessoa, submete-se à nova lei.

Pergunta-se se deve ser de aplicação imediata a nova lei, no que concerne à vênua conjugal para a prestação de aval. E se, o aval, prestado anteriormente ao casamento e ao novo código, por qualquer dos cônjuges, deve ser válido, pelo menos sob esse aspecto.

Na hipótese de uma mulher solteira que, nessa condição, presta fiança em um contrato de locação de imóvel, durante o referido contrato, a fiadora contrai matrimônio, não há a invalidade da fiança pelo não consentimento do seu marido. No máximo, essa fiança (e agora o aval) prestada pela mulher quando ainda no estado de solteira poderá ter reflexos no regime de bens dos cônjuges, de modo a não se comunicar à responsabilidade da obrigação ao marido.

Foram reduzidas pelo novel diploma as restrições estabelecidas no artigo 1.647 do Código Civil 1916, para a prática pelo cônjuge, de determinados atos, tais como alienação de bens imóveis, prestação de garantias, etc., (Código Civil 1916, artigos. 235 e 242), que delas excluiu os casamentos sob o regime da separação de bens.

E é dispensada a autorização para as pessoas casadas, neste regime, sob a lei revogada?

A autorização do cônjuge para o exercício da capacidade civil é efeito jurídico do casamento, de caráter patrimonial e agora, relacionado ao regime de bens.

Assim, quem se casou ao tempo da lei anterior, pelo regime da separação, agora estará dispensado da autorização para dispor de bens imóveis, bem como estará livre para prestar fiança, aval.

Por todos os argumentos anteriormente expendidos, existe discussão em torno de determinar se a Súmula nº. 377 do Supremo Tribunal Federal está revogada, não mais podendo se falar em comunicação de aqüestos no regime de separação legal de bens. Deve-se atentar para o fato de que o regime de separação legal de bens é um típico regime de separação, só se diferenciando do regime de separação convencional pelo fato de ser imposto pela lei. Assim, deverá aplicar ao regime de separação legal todos os princípios do regime de separação convencional. E o principal destes princípios é justamente a não comunicação dos aqüestos, que é, na verdade, a característica mais marcante do regime de separação de bens.

3.5.1. Ato Jurídico Perfeito, Coisa Julgada e Direito Adquirido.

Vejamus a constitucionalidade do art. 2.035 do novo Código Civil, à luz do direito intertemporal e da teoria dos fatos jurídicos. Dispõe o referido dispositivo:

“A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedecem ao disposto nas leis anteriores, referidas no artigo 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução”.

O artigo 2.045, com efeito, assim dispõe: "Revogam-se a Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850”.

Na mera leitura do dispositivo sob exame, o operador do direito já se depara com as dificuldades que suscitam. As expressões validade, negócios e demais ato jurídicos, constituídos, efeitos, forma de execução, ordem pública, contêm significados jurídicos próprios que devem ser utilizados de forma correta.

Em razão disso, achamos indispensável o entendimento sobre a classificação dos fatos jurídicos, identificando o que sejam negócios e demais atos jurídicos, passando pelos planos da existência, validade e eficácia. Analisaremos, ainda, o conceito de ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada.

Como análise sucinta e magistral do nosso tema, citamos Orlando Gomes, que, malgrado antes do novo Código Civil, faz-nos questionar sobre a redundância do art. 2.035, quando já afirmava:

"Os fatos ou atos pretéritos e seus efeitos realizados sob o império do preceito antigo não podem ser atingidos pelo preceito novo sem retroatividade, a qual, salvo disposição expressa em contrário, é sempre proibida. Aplica-se o mesmo princípio aos fatos pendentes e respectivos efeitos. Assim, a parte, destes fatos e efeitos, produzidos sob o domínio da norma anterior é respeitada pela nova norma jurídica, mas a parte que se verifica sob a vigência desta, a esta fica subordinada. As novas normas

relativas aos modos de constituição ou extinção das situações jurídicas não devem atingir a validade ou invalidade dos fatos passados, que se constituíram ou extinguíram, de conformidade com as normas então em vigor. Os efeitos desses fatos, sim, desde que se verifiquem sob a vigência da norma superveniente, por ela são disciplinados, salvo algumas exceções."

3.5.2. Do Efeito Temporal da Lei

Toda lei tem sua força em determinado local e tempo. Em regra, uma norma tem vigência até que outra a revogue. É, pois, neste ponto que surge o direito intertemporal, direito transitório ou conflito de leis no tempo. Seja qual for a denominação da matéria, o inevitável é que neste campo do direito não há uma única trilha seguida. A sucessão de leis no tempo traz diversos problemas para a aplicação do Direito, porquanto a norma anterior incidiu sobre determinadas situações e, por outro lado, a lei revogadora está pronta para incidir.

No conflito intertemporal, com efeito, entram em choque dois dogmas jurídicos: de um lado a segurança das relações constituídas sobre a égide da norma revogada que a *novatio legis* deve tentar preservar; por outro, a nova lei traz, em princípio, a evolução das necessidades sociais, o progresso, a visão moderna. Assim, determinados doutrinadores e a própria jurisprudência ora pendem para um lado, ora primam pelo outro. A solução, contudo, deve ser aristotélica, buscando um meio-termo para que não haja nem o apego retrógrado ao passado, tampouco a desfaçatez do que já foi constituído.

As teorias de direito intertemporal são variadas e, em pouco, convergem. Para as teorias subjetivas, a busca pela solução do conflito intertemporal das leis ocorre em face dos direitos subjetivos individuais, que devem ser protegidos. Já para a teoria objetiva, o que importa é o efeito temporal da norma jurídica. A primeira teoria, trazendo o conceito de direito adquirido e sua restrição para a retroatividade. Pelo outro lado, diferenciou a retroatividade da eficácia imediata da lei. O sistema brasileiro constitui-se pela simbiose destas doutrinas. A Constituição brasileira, ressalte-se, não veda expressamente a retroatividade da lei nova. O que ela faz é proteger o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Assim, a grande celeuma do direito intertemporal reside no próprio sentido jurídico da palavra retroatividade que, muito embora possa ter etimologicamente um sentido, é, diversas vezes, empregado em outro. *Retro* significa "para trás"; logo, retroagir seria o agir no passado. Todavia, embora entendamos que assim seja, a doutrina utiliza-o em outro significado. Para esta corrente, retroagir é, pois, atingir determinados direitos já constituídos pela lei anterior, muito embora a atuação da nova lei se dê a partir de sua entrada em vigor. Retroagir, neste caso, seria o agir da lei nova, seja no passado, no presente ou no futuro, infringindo determinados direitos subjetivos.

Neste passo, há que se ressaltar os dois enfoques da matéria: de um lado, há a projeção temporal da lei nova, que pode ser retroativa ou irretroativa e, ainda, ter eficácia imediata; ao passo que neste agir da lei, determinadas situações jurídicas devem permanecer incólumes. Não se pode, contudo, esquecer que a Constituição Federal não proíbe a aplicação retroativa da lei, preservando, porém, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Portanto, ao conceituar retroatividade alguns autores não levam em consideração o efeito da própria lei, mas sim o aspecto temporal das realidades sobre as quais ela incide. Assim, retroativa não seria a lei que age no passado. Ao passo que outros se atentam para o aspecto temporal da própria norma jurídica, entendendo, pois, conforme a etimologia da palavra.

Retroatividade, deste modo, refere-se ao agir no passado, ocorre, pois, quando a norma legal valorativamente invade e altera o período de tempo anterior ao início de sua própria vigência, seja para descrever na sua hipótese, isoladamente ou não, elemento fático realizado no passado, seja por definir preceito que implique em modificação jurídica de realidade pretérita. Ao passo que, diz-se irretroativa a norma que não age no passado.

Não se pode confundir proteção dos direitos adquiridos, ato jurídico perfeito e coisa julgada com a aplicação temporal da norma. Assim, pensamos uma hipotética norma temporária no novo Código: A partir da vigência deste código, serão considerados inválidos todos os atos contrários a suas normas. O suporte fático da norma será valorado a partir da entrada em vigor da nova lei, não há valoração do passado. O fato de já existir o ato antes do Código é irrelevante, pois não está sendo valorado. Há, portanto, eficácia imediata. É claro, porém, que esta norma não poderia ser aplicada, não por ser retroativa, pois não o é, mas pela flagrante ofensa ao ato jurídico perfeito. Imaginemos outro exemplo: aqueles que casaram no

ano anterior a vigência deste código, terão como regime de bens o da comunhão parcial. Neste caso, a atuação da lei está sendo realizada no passado (um ano antes da vigência), configurando a retroatividade. Efeito imediato, portanto, consiste na aplicação da lei nova a partir da sua entrada em vigor e não pode confundir com a retroatividade.

A ultra-atividade, por sua vez, refere-se à eficácia da lei revogada, embora sem vigência. Quando ocorrer a sobrevivência da lei velha, implicará, normalmente, a exclusão dos efeitos imediatos e futuros da lei em vigor, no que tange particularmente a situações ou relações em curso no momento da alteração legislativa.

Neste âmbito das normas jurídicas, o direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada permanecem incólumes:

Portanto, há que se ter sempre a ressalva de que, muitas vezes, a utilização do termo retroatividade é empregada no sentido de ofensa àqueles três institutos, e não como efeito temporal da lei.

3. 5.3. Negócios e Demais Atos jurídicos

Segundo Reale (2003) fato jurídico é “todo e qualquer fato, de ordem física ou social, inserido em uma estrutura normativa”. Já para Silvio Rodrigues, fatos jurídicos em sentido lato “..englobam todos aqueles eventos, provindos da atividade humana ou decorrentes de fatos naturais, capazes de ter influência na órbita do direito, por criarem, ou transferirem, ou conservarem, ou modificarem, ou extinguirem relações jurídicas”.

Segundo Miranda (2000):

"Fato jurídico é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimanar, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimanar, eficácia jurídica. Não importa se é singular, ou complexo, desde que, conceptualmente, tenha unidade."

Portanto, em síntese, conforme brocardo romano *ex facto oritur jus*, isto é, o direito nasce dos fatos, fato jurídico é espécie do gênero fato, sendo aquele assim qualificado quando este for regulado pelo Direito.

Não há convergência, também, quanto à classificação dos fatos jurídicos. Porém, seja qual for a divisão adotada, o que se deve ter em mente, quanto às diferentes espécies de fatos jurídicos, é que há fatos em conformidade ou não ao Direito, assim como há fatos emanados da vontade humana e outros decorrentes da natureza.

3.5.4. O Ato Jurídico no Plano da Existência, Validade e Eficácia

Entramos agora num ponto delicado do Direito, no qual a doutrina não encontra uma solução unânime. Não obstante, abordaremos suas linhas gerais, tendo em vista que nosso estudo pressupõe o conhecimento perfunctório deste intrincado tema.

Dentro dos três planos em que o ato jurídico lícito, para gerar os efeitos desejados, deve passar, podem ocorrer as seguintes situações: 1 - existe, é válido e é eficaz (casamento de homem e mulher capazes, sem impedimentos dirimentes, realizado perante autoridade competente), 2 - existe, é válido e é ineficaz (testamento de pessoa capaz, feito com observância das formalidades legais, antes da ocorrência da morte do testador), 3 - existe, é inválido e é eficaz (casamento putativo, negócio jurídico anulável, antes da decretação da anulabilidade), 4 - existe, é inválido e é ineficaz (doação feita, pessoalmente, por pessoas absolutamente incapazes).

Sendo que, quaisquer atos jurídicos "somente atingem sua plena realização após passarem, sucessivamente pelo plano da existência, plano da validade e atingirem o plano da eficácia".

Há que se ter cuidado, contudo, com as terminologias utilizadas. Conforme Orlando Gomes, "na sua maior extensão o vocábulo ineficácia emprega-se para designar todos os casos em que o negócio não produz seus efeitos [desejados]. Quando não se produzem por um defeito de construção, dizem-se inválidos. A invalidade dos atos

defeituosos comporta graus". Os graus a que se refere o jurista são a nulidade e anulabilidade do ato jurídico. Assim, conclui o autor, "na acepção lata, a ineficácia abrange a invalidade". Neste sentido, invalidade é a sanção dada pelo legislador ao ato jurídico que não obedeceu às normas pré-estabelecidas. Esta é a chamada ineficácia estrutural do negócio jurídico.

Conforme ressalta Theodoro Júnior (2003), "o negócio in concreto pode não produzir ou deixar de produzir, no todo ou em parte, seus desejados efeitos, sem que se ponha em discussão a sua validade originária". Por isto, "não é correto reunir os vícios dos negócios jurídicos nos limites do binômio nulidade-anulabilidade, como equivocadamente insiste em fazer o novo Código Civil". Para o autor, há vícios que não pressupõe defeito estrutural da relação, mas advém de forma superveniente no decorrer das avenças. Então, acrescenta,

"... o que (...) a moderna concepção do direito civil preconiza é a divisão do fenômeno da ineficácia em vários grupos: a) a nulidade; b) a anulabilidade; c) a ineficácia originária; d) a ineficácia sucessiva. Assim, (...) pode-se afirmar que os vícios de consentimento produzem anulabilidade, mas a lesão conduz à rescisão por ineficácia originária, e o desequilíbrio das prestações correspectivas durante a vigência do contrato conduz à sua resolução por ineficácia sucessiva".

Após estas análises perfunctórias acerca dos planos de projeção do ato jurídico, podemos extrair algumas conclusões pertinentes ao nosso estudo. Em que pese o art. 2.035 refira-se à validade, pode-se interpretar que nos casos de inexistência do ato jurídico constituído durante o Código Beviláqua, serão por este regido. Só se cogita do plano da validade uma vez preenchido os elementos essenciais do ato (plano da existência), por esta razão os elementos exigidos devem reportar-se ao momento em que o ato foi celebrado. No mesmo raciocínio, os casos de ineficácia originária, em que se refere Humberto Theodoro, também devem ser albergados nesta interpretação.

Portanto, separar o que respeita à valoração do ato em si, do estatuto dos efeitos jurídicos que só se produzem após a entrada em vigor da nova lei.

3.5.5. Institutos Básicos do Direito Intertemporal

Como pressuposto da análise do artigo 2.035, é preciso fazer referência aos "institutos básicos do direito intertemporal", isto é, faremos agora uma abordagem sobre o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, bem como seus alcances.

A Lei de Introdução ao Código Civil traz um conceito sucinto do que seja ato jurídico perfeito no §1º, do art. 6º: "Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou".

Conforme Miranda (2000):

"o ato jurídico perfeito é fato jurídico, que tem o seu momento-ponto, no espaço-tempo: entrou em algum sistema jurídico, em dado lugar e data. O conceito é conceito do plano da existência: se ato jurídico começa de existir, aqui e agora, é porque o ato entrou no mundo jurídico aqui e agora, e a sua, juridicidade é a coloração que lhe deu o sistema jurídico, tal como aqui e agora ele é."

Desta forma, o termo consumado deve ser entendido como preenchidos os elementos necessários para o nascimento deste ato, bem como dos requisitos de validade que a norma jurídica, contemporânea a este ato, obriga-lhe.

Neste mesmo sentido, segundo Gomes (1984):

"O ato jurídico perfeito é imunizado contra as exigências que a lei nova possa fazer quanto à forma. Assim, se alguém praticou um ato de doação, respeitando as previsões legais vigentes à época, este ato ganha condições de perdurabilidade no tempo, ainda que as condições para a sua prática já sejam outras à época em que ele for feito valer. Por tanto, é algo que diz muito mais respeito à forma do que à substância ou conteúdo."

Assim, dentro do que já estudamos quanto aos planos de projeção dos atos jurídicos, considera-se já consumado quando, não obstante tenha ou não gerado efeitos, o ato seja válido, pois ele pode ser válido sem que tenha eficácia, neste caso será ato jurídico perfeito. Se o ato é inválido não há que se cogitar de proteção, com mais razão se ele for inexistente. Se for ato anulável e, portanto, possível de ratificação ou decadência, somente depois da realização destas poder-se-á falar em ato jurídico perfeito, pois é a partir daí que o ato se torna válido.

Quanto ao direito adquirido, consoante parágrafo 2º, do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, são: "(...) os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem."

O conceito de direito adquirido constitui uma das grandes celeumas do Direito Intertemporal, bem como da própria Ciência Jurídica. Destarte, segundo Manfré (2003):

"É a conseqüência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo; conseqüência que, tendo passado a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito, não se fez valer antes da vigência de lei nova sobre o mesmo objeto".

Fiúza afirma que (2001):

"O direito adquirido consiste na faculdade de continuar a extraírem-se efeitos de um ato contrário aos previstos pela lei atualmente em vigor, ou, se preferirmos, continuar-se a gozar dos efeitos de uma lei pretérita mesmo depois de ter ela sido revogada. Portanto, o direito adquirido envolve sempre uma dimensão prospectiva, vale dizer, voltada para o futuro".

Por esta razão, fala Pontes de Miranda diz que: "O conceito é conceito do plano de eficácia, porque todo direito é efeito, como são efeitos todo dever, toda pretensão, toda obrigação, todas as ações e todas as exceções".

Pelo conceito legal, artigo 6º parágrafo da Lei de Introdução ao Código Civil: "Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que não caiba recurso".

Nas palavras de Miranda (2000): "A coisa julgada é formal quando não mais se pode discutir no processo o que se decidiu. A coisa julgada material é a que impede discutir-se, noutra processo, o que se decidiu".

Na Constituição e na Lei de Introdução ao Código Civil não há distinção entre as espécies de coisa julgada, razão pela qual a doutrina majoritária entende que além da coisa julgada material, a formal também tem proteção.

Em resumo, portanto, ao se proteger o ato jurídico, é necessário apartar o seu campo de validade do seu plano de eficácia ou de execução. Só é ato jurídico perfeito o ato válido ao tempo em que a lei nova entrou em vigor, não sendo, pois, os seus efeitos que, por consequência, não terão a proteção constitucional. Este entendimento, com efeito, faz a devida ponderação entre os dois dogmas jurídicos que entram em conflito na aplicação da lei no tempo, ou seja, somente desta forma se assegura a segurança jurídica das relações, pois a lei nova não pode extirpar a situação já consolidada, contudo, ao mesmo tempo, o progresso jurídico também fica assegurado ao aplicar a lei nova, presumidamente melhor, atingindo os efeitos do ato jurídico perfeito. É, pois, neste entendimento que iremos esmiuçar o sentido do artigo 2.035 do novo Código Civil.

3.5.6. A Validade dos Atos Jurídicos Constituídos antes do Código Civil 2002.

Já afirmamos que, embora o artigo refira-se à validade dos atos jurídicos, há que se incorporar nele a questão sobre a sua existência ou não.

Conforme Gonçalves (2002):

"Validade é qualificação que se atribui a atos jurídicos, (...) que significa serem esses atos sem defeitos, isto é, são conformes com o direito daquela comunidade, especificamente" Este é o sentido positivo do ato jurídico, que também pode ser visto pelo aspecto negativo, qual seja, pela invalidade. Nas palavras deste último autor, "invalidade constitui uma sanção imposta pelo sistema ao ato jurídico que, embora concretize suporte fático previsto em suas normas, importa, em verdade, violação de seus comandos cogentes".

Estando os agentes do negócio vinculado a um arcabouço de normas jurídicas quando da realização do ato, é nestas disposições que eles devem submeter-se para que o ato jurídico atinja os efeitos desejados. Assim, para se decidir se uma obrigação, em face de sua origem, existe e vale, ou se não existe ou carece de validade, deve-se aplicar-lhe a lei vigente ao tempo em que se reconheça ter ocorrido sua origem.

Neste sentido, Arnaldo Wald (2002): "a lei posterior não invalida as relações de direito anteriores válidas, nem avigora as definitivamente constituídas e inválidas".

Pelas mesmas razões, os efeitos dos atos anteriores ao novo Código, produzidos antes da entrada em vigor deste, não são atingidos pela novel legislação. Ademais, constituem situação jurídica consolidada (direito adquirido).

3.5.7. Os Efeitos Produzidos após a Vigência do Novo Código Civil.

No que tange aos efeitos dos atos jurídicos já constituídos na vigência da lei anterior, produzidos após a vigência do novo estatuto civil, estipula o artigo 2.035, que devem subordinar-se ao exposto neste, salvo se estipulado pelas partes determinada forma de execução, sendo que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar norma de ordem pública.

Segundo Miranda (2000), considera-se retroativa a lei:

"Quando ela toca no passado, quer para apreciar as condições de legalidade de um ato, quer para modificar ou suprimir os efeitos de um direito já realizado". E, acrescenta, "a lei pode modificar os efeitos futuros dos fatos ou dos atos mesmo anteriores, sem ser retroativa".

Para melhor compreensão da segunda e terceira parte do artigo, assim como do parágrafo único da norma, é preciso ter em mente alguns conceitos e conseqüências jurídicas. Em resumo do que iremos especificar, afirma-se, no que tange os efeitos dos atos jurídicos: a) quanto ao ato jurídico *stricto sensu*, ato-fato jurídico e atos ilícitos sendo os efeitos produzidos eminentemente legais, não resta outra situação senão a aplicação imediata da nova disposição; b) no que se refere aos negócios jurídicos, ante a possibilidade de auto-regramento pelas partes, há que se separar as normas de ordem pública das dispositivas, sendo que, no primeiro caso, ocorrerá a aplicação da nova lei civil; por outro lado, se a norma for dispositiva, a aplicação do Novo Código Civil fica condicionada, isto é, se houve estipulação pelas partes, a nova lei deixa de agir, valendo a convenção; se, porém, não houve estipulação aplica-se a *novatio legis*. A parte final do caput do artigo 2.035, portanto, retira a eficácia imediata da nova lei, que resguardará sua aplicação se as partes estipularem determinada forma de execução. Todavia, se esta violar normas de ordem pública, tal estipulação perde os efeitos desejados, aplicando-se a nova lei.

A autonomia da vontade dos contratantes, com efeito, é restringida pelas normas de ordem pública que, em razão da sua força cogente, não pode ser afastada. Assim, somente pode haver forma de execução se a lei afastada for considerada permissiva, supletiva ou dispositiva.

Nas palavras de Madaleno (2001):

"Considera-se permissiva, supletiva ou dispositiva a lei quando os seus preceitos não são impostos de modo absoluto, prevalecem no caso do silêncio das partes, isto é, se estas não determinaram, nem convencionaram procedimento diverso".

Conforme Miranda (2000):

"O *ius dispositivum*" deixa aos interessados possibilidade de pormenores e sutilezas, a que a regra jurídica não poderia descer; e, mais do que isso, a escolha entre os múltiplos regramentos para passadas, presentes e futuras circunstâncias, talvez eventuais".

Da passagem destes dois juristas, conclui-se que muitas vezes a lei pode ser afastada pelas partes, as quais, de acordo com a sua autonomia de vontade, estipulam as regras concernentes ao negócio por elas realizado. Pois bem, o fato da lei ter sido modificada, em tese, não pode interferir nesta relação jurídica, porquanto suas regras legais foram supridas pela convenção das partes. É neste sentido, pois, que se os contratantes estipularam a forma de execução, afastando, assim, a norma legal, esta não pode interferir senão quando for de ordem pública.

Neste sentido Gomes (1984):

"Em matéria contratual, os efeitos são intocáveis pela lei nova, mas os efeitos pendentes e futuros por ela se regem. Não há que falar, quanto a estes, de direitos adquiridos e, portanto, de retroatividade da lei. Se assim não fosse, isto é, se a lei nova não produzisse efeito imediato, os direitos oriundos do contrato seriam inexplicavelmente condição privilegiada."

Este é, pois, o sentido do artigo 2.035 na sua segunda parte, sem que se possa falar em violação ao ato jurídico perfeito. Não há, ainda, de se cogitar em retroatividade, porquanto a aplicação do novo *codex* somente ocorrerá após sua entrada em vigor atingindo os efeitos produzidos após 11 de janeiro de 2003, desde que não haja estipulação pelas partes da forma de execução.

Assim, a validade dos negócios e demais atos jurídicos anteriores ao novo Código Civil são regulados pela lei do tempo em que surgiram, pois neste aspecto é considerado ato jurídico perfeito. Os efeitos dos atos anteriormente constituídos, que se produzirem durante o império da *novatio legis*, são regidos por este, pois não constituem ato jurídico perfeito. Todavia, se as partes afastaram a incidência da lei anterior, determinando a forma de execução, a nova lei retém sua aplicação, salvo se for norma de ordem pública.

Creemos que o artigo 2.035 inaugura uma nova etapa do Direito Intertemporal no Brasil, pois traz a aplicação justa da nova lei aos atos que lhe são anteriores, sem, contudo, ofender a Constituição.

4. A VÊNIA CONJUGAL E O NOVO CÓDIGO CIVIL

A legislação pertinente ao caso e o respeito ao ato jurídico perfeito, que prevê o artigo. 1.647 do Código Civil atual, o qual estabelece que: “Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta”: I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis.

Entretanto, como dito de início, o presente tema é controverso e necessita ser analisado em conjunto com outros dispositivos legais para evitar, interpretações equivocadas capazes de provocar eventuais prejuízos a terceiros.

Incontestável que o novo Código Civil inovou quanto à desnecessidade de outorga conjugal para os casamentos celebrados na sua vigência, desde que os consortes tenham elegido o regime da separação absoluta de bens. A questão é saber se tal regra também é aplicável aos casamentos celebrados antes da vigência da atual legislação civil, ou seja, quando vigorava o Código Civil de 1916.

Para tentar responder a tal indagação é necessário trazer ao debate, o preceito legal indicado no artigo 2.039 das disposições transitórias do Código Civil de 2002. Estabelece tal dispositivo: “O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido”.

Pelo que se denota da leitura do artigo 2.039 do Código Civil de 2002, o legislador fez expressa remissão às disposições legais do Código Civil revogado, quando houver necessidade de se buscar regras relativas a regime de bens para solucionar questões que envolvam pessoas casadas no interregno de tempo entre a vigência do Código Civil de 1916 (1º/01/1917) e a do atual (Lei Federal nº 10.406/2002).

É importante destacar que o entendimento que ora se apresenta não tem o escopo de perpetuar o Código Civil de 1916. Aliás, o Código atual revogou expressamente o anterior (artigo 2.045). O referido artigo 2.039 está contido nas disposições finais e transitórias e, ao que parece, tal fato se deve em razão das conseqüências que a norma sofrerá com o decurso

do tempo. Se o Código atual vigorar pelo mesmo tempo que o anterior ou por igual período, muito provavelmente não haverá situações matrimoniais que se sujeitarão a tal dispositivo legal, haja vista a média de vida do brasileiro.

O artigo 2.039 da Lei Federal nº. 10.406/2002, transcrito acima, expressamente determina que as regras relativas aos regimes de bens estabelecidas no Código Civil de 1916 serão aplicadas aos casamentos celebrados no período em que vigorava esta Codificação, mesmo após a vigência do diploma civil atual.

E, com todo acatamento, não poderia ser diferente em razão do princípio consagrado no ordenamento jurídico pátrio, o de respeito ao ato jurídico perfeito.

O artigo 6º da Lei de Introdução do Código Civil estabelece que:

“A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.” O §1º do citado art. 6º caracteriza o ato jurídico perfeito: “o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.”

O respeito que devem as novas leis ao ato jurídico perfeito está previsto, também e principalmente, no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

Moraes (2002) preleciona que:

“Ato jurídico perfeito é aquele que reuniu todos os seus elementos constitutivos exigidos pela lei. O princípio constitucional do respeito ao ato jurídico perfeito aplica-se a todas as leis e atos normativos, inclusive às leis de ordem pública.” (Constituição do Brasil Interpretada, Atlas, São Paulo, 2002, pág. 299).

A regra é que os efeitos da lei somente alcancem fatos ocorridos posteriormente ao início da vigência desta. É o princípio da irretroatividade das leis. Em nosso Direito, exceção feita à Constituição de 1937, a tradição é a adoção de tal princípio, à medida que se dispõe que a lei nova não retroage para alcançar direitos adquiridos; coisa julgada e ato jurídico perfeito.

Da carta de 1988, o artigo 5º, inciso XXXVI, segue tal tradição, abraçando o que dispõe o artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil: “A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

No dizer da Lei de Introdução do Código Civil, ato jurídico perfeito é aquele já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou; coisa julgada é a ‘decisão judicial de que já não caiba recurso (inclusive extraordinário; ver CPC, artigo 467, coisa julgada material) e direito adquirido é o que seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, ainda que suspenso até o advento do termo (evento futuro e certo) ou condição (evento futuro e incerto; sobre termo e condição, ver Código Civil, artigos. 114 e seguintes). (Direito Civil - Parte Geral, Atlas, São Paulo, 4ª edição, 2002, pág. 22).

Diniz (2003) afirma que:

“A segurança do ato jurídico perfeito é um modo de garantir o direito adquirido pela proteção que se concede ao seu elemento gerador, pois se a nova norma considerasse como inexistente, ou inadequado, ato já consumado sob o amparo da norma precedente, o direito adquirido dele decorrente desapareceria por falta de fundamento. Convém dizer que para gerar direito adquirido, o ato jurídico deverá não só ter acontecido em tempo hábil, ou seja, durante a vigência da lei que contempla aquele direito, mas também ser válido, isto é, conforme preceitos legais que o regem.” (Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro Interpretada, Saraiva, São Paulo, 9ª edição, 2002, pág. 185).

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela necessidade da lei nova respeitar o ato jurídico perfeito e o direito adquirido. Transcrição de uma decisão proferida pelo Egrégio Tribunal Superior:

“Agravamento regimental em agravo de instrumento. Previdenciário. Revisão de benefício. Pensão por morte. Lei mais benéfica. Incidência. Benefícios em manutenção. Possibilidade.

1. "1. No sistema de direito positivo brasileiro, o princípio *tempus regit actum* se subordina ao do efeito imediato da lei nova, salvo quanto ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada (Constituição da República, artigo 5º, inciso XXXVI e Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 6º).

2. A lei nova, vedada a ofensa ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada, tem efeito imediato e geral, alcançando as relações jurídicas que lhes são anteriores, não, nos seus efeitos já realizados, mas, sim, nos efeitos que, por força da natureza continuada da própria relação, seguem se produzindo, a partir da sua vigência.

E sob a ótica do regramento do Código Civil de 1916, o regime de bens entre os cônjuges começava a vigorar desde a data em que celebrado o casamento (artigo 230; correspondência no Código Civil de 2002 - artigo 1639, parágrafo 1º). Este dispositivo legal adotou o princípio da imutabilidade dos regimes de bens, o que o novo Código Civil afastou desde que haja autorização judicial (artigo 1639, § 2º).

Os regimes de bens, tanto no Código Civil de 1916 quanto no atual, são submetidos a regras cogentes, gerais e superiores e que devem ser observadas pelos cônjuges e por terceiros que com eles estabeleçam convenções contratuais. Uma delas é a de necessidade ou não da outorga conjugal para alienação de bens imóveis.

O artigo 235 do Código Civil de 1916 proibia que o marido, qualquer que fosse o regime de bens (inciso I), alienasse bens imóveis sem que houvesse o expresso consentimento da mulher (a mulher estava submetida a idêntica vedação nos termos do artigo 242, inciso I, do referido Código de 1916), apesar de o artigo 2.039 do Código Civil de 2002 referir-se a regime de bens, imperativo a aplicação do mencionado dispositivo sobre vênias conjugais, por se tratar de regra geral e de ordem pública aplicável a todas as espécies de regime de bens.

Se os regimes de bens estavam sujeitos a tal prescrição legal (vênias conjugais), especialmente para os atos de alienação de bens imóveis, ao determinar a observância do Código Civil de 1916, quanto ao regime de bens para os casamentos celebrados na vigência deste diploma legal, indiscutível que os referidos artigos 235 e 242 devem ser também

observados, pois se referem, como dito acima, indistintamente, a todos os tipos de regime de bens.

Neste sentido, o doutrinador Pereira (2004), afirma textualmente que:

“Reporte-se, no entanto, ao art. 2.039 das “Disposições Transitórias” ao determinar que ‘o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido’. Pela leitura literal desta regra legal, se o casamento for anterior ao novo Código, mantém-se, por exemplo, a exigência da outorga uxória para a alienação de bens prevista nos arts. 235 e 242 de 1916, apesar do art. 1.687 de 2002 dispensá-la, expressamente, nos regimes de separação convencional.” (Instituições de Direito Civil, Forense, Rio de Janeiro, 14ª edição, 2004, pág. 192).

O professor Silvio Venosa, ao comentar a disposição do artigo 1.647 do Código Civil de 2002, assevera que o Legislador atual aboliu a necessidade de vênua conjugal quando o regime de bens for o da separação absoluta (Introdução ao Direito Conjugal Patrimonial, in O Novo Código Civil e o Registro de Imóveis, SAFE - Sérgio Antonio Fabris Editor -, Porte Alegre - 2004, páginas 185 e 237). Todavia, parece que o doutrinador refere-se a casamentos celebrados na vigência do atual Estatuto Civil, porquanto, salvo melhor juízo, não o fez tendo presente as normas de transição, in casu, aquela corporificada no mencionado artigo 2039.

A vênua conjugal não tem a finalidade de suprir ou suprimir a capacidade contratual do outro consorte, mas tão somente de legitimar a manifestação de vontade.

O artigo 2.039 determina aplicação de regras que a autonomia contratual das partes deve observar, ou seja, a necessidade de vênua conjugal para alienação ou oneração de bens, independente do regime de bens adotado. Cediço que a autonomia privada das partes contratantes não pode afastar a incidência da norma de ordem pública. Se assim não fosse, por exemplo, poder-se-ia admitir a celebração de contratos cujo objeto fosse a herança de pessoa viva (art. 426 do Código Civil) ou que se alterasse a ordem de vocação hereditária (artigo 1.828 do Código Civil).

Como se sabe, pelas regras do Código Civil de 1916, a separação de bens poderia decorrer de convenção dos cônjuges feita em escritura pública de pacto antenupcial ou de imposição legal nas hipóteses do parágrafo único do artigo 258 (Código Civil de 2002, artigos 1.523 e 1.641). Mesmo para esta última hipótese - regime de separação de bens legal ou obrigatória, em determinadas circunstâncias, era possível, de acordo com as regras do Código Civil de 1916, que os nubentes celebrassem pacto antenupcial para impedir a comunicação dos aqüestos e afastar a aplicação da Súmula nº. 377 do Supremo Tribunal Federal (in verbis: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”). Portanto, o regime da separação de bens poderia ser convencional ou legal. Em ambos os casos, a separação seria absoluta desde que expressamente afastada a comunicação dos aqüestos em contrato pré-nupcial, em razão da regra contida no art. 259 do Código Civil de 1916.

Apenas para reforçar a argumentação, diante do regramento respectivo é possível concluir que há duas espécies de separação convencional de bens, a simples ou limitada e a pura ou completa.

Na separação simples ou limitada são incomunicáveis os bens trazidos pelos contraentes e comunicáveis os adquiridos na constância do casamento, salvo se houve cláusula expressa em contrário. Caracteriza-se a separação pura ou completa “quando os cônjuges estipulam a incomunicabilidade dos bens presentes e futuros, bem como a dos frutos e rendimentos,”. (Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, tomo 8, Bookseller, 1ª edição, 2000, pág. 433).

A separação de bens, portanto, será completa e absoluta e evitará que se comuniquem os bens adquiridos na constância do matrimônio, quando os consortes, além de adotarem tal regime, estabeleçam na escritura pública de pacto antenupcial que não haverá comunicação dos bens presentes e futuros.

Neste sentido, Rodrigues (2002) afirma que:

“embora os nubentes hajam declarado, no pacto antenupcial, que escolhem o regime da separação de bens, na realidade estarão se casando pelo regime da comunhão parcial, a menos que reiterem que também os adquiridos não

se comunicam. Portanto, na escolha do regime da separação absoluta se faz mister duas declarações: que os nubentes escolhem o regime da separação de bens e que os bens aqüestos também não se comunicarão.” (Direito Civil, Saraiva, São Paulo, 2002, 27ª edição, vol. 6, pág. 186).

Perfilha idêntico entendimento, dentre outros, Silvio Venosa, salienta-se, por oportuno, que de acordo com o artigo 259 do Código Civil de 1916, ainda que o regime adotado não seja o da comunhão de bens, serão aplicados os princípios deste regime se não houver disposição contratual na escritura pré-nupcial quanto à comunicabilidade dos bens adquiridos na constância do casamento.

4.1. Tramitação do novo Código Civil – alteração da norma.

A Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 tem sua origem em projeto do ano de 1975, elaborado por uma comissão supervisionada pelo Professor Miguel Reale, que foi constituída em 1969. Desta comissão participaram ilustres juristas, dentre eles o Professor Clóvis do Couto e Silva, que elaborou a parte atinente ao Livro do Direito de Família. O Projeto iniciou sua tramitação na Câmara os Deputados onde recebeu várias emendas, com sua primeira aprovação em 1984, portanto, antes da Constituição Federal de 1988. Então, foi encaminhado ao Senado, onde foi arquivado. Foi constituída Comissão, para reapreciá-lo, com a nomeação do Senador Josaphat Marinho como Relator Geral. Nesta Casa, no Congresso Nacional recebeu outras emendas, sendo 140 delas referentes ao Livro do Direito de Família.

O Código Civil teve sua redação aprovada pelo Senado Federal, publicada no respectivo Diário, em 11.12.97. Em face do longo processo legislativo do Projeto de Código Civil, não obstante o esforço do Senador Josaphat Marinho, em sua redação aprovada pelo Senado Federal restaram modificações a ser feitas na parte referente ao Direito de Família. O Projeto retornou à Câmara dos Deputados, onde foi nomeada Comissão Especial, tendo o Deputado Ricardo Fiúza como Relator Geral para apreciar as emendas feitas no Senado. De acordo com o processo legislativo, já que o Projeto de Código Civil estava aprovado pelas duas Casas do Congresso Nacional, competiria, nesta fase, à Câmara dos Deputados, na qual se iniciou a tramitação, a votação para o exame da admissibilidade e do mérito da proposição

inicial e das emendas aprovadas pelo Senado Federal. No entanto, também caberia a apresentação de emenda substitutiva formal, com vistas, exclusivamente, ao aperfeiçoamento da técnica legislativa, na conformidade do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, então em vigor.

Nessa fase, ainda, seria possível realizar emendas ou subemendas de redação, para sanar vício de linguagem, incorreção de técnica legislativa ou lapso manifesto. Existente, também na conformidade daquele Regimento, o instituto da prejudicialidade, de modo a ser declarada prejudicada matéria pendente de deliberação, por haver perdido a oportunidade. O Deputado Antonio Carlos Biscaia, relator parcial da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, realizou, então, profícuo trabalho, quanto ao Livro do Direito de Família, em que se utilizou dos mencionados expedientes regimentais.

Conforme apontado em seu parecer, a simples aprovação ou rejeição das emendas, realizadas pelo Senado Federal, por parte da Câmara dos Deputados, importaria em grave omissão dessa Casa do Congresso Nacional, sendo indispensável à utilização dos citados instrumentos regimentais da qual deveria utilizar-se o Poder Legislativo, para aprimorar, ainda mais, o Projeto de Código Civil, especialmente na matéria do Direito de Família, que ainda carecia de aperfeiçoamentos.

No entanto, tais aperfeiçoamentos, quando não fossem destinados a corrigir erros evidentes ou inconstitucionalidades, sendo somente fundamentados na legislação ordinária promulgada durante a tramitação do Projeto, não eram possibilitados pelo Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Foi, então, aprovada relevante alteração no Regimento Comum do Congresso Nacional, por meio da Resolução nº 01, de 2000, pela qual foi possibilitada a adequação do Projeto de Código Civil não só às alterações constitucionais, mas também às alterações fundamentadas nas leis ordinárias promulgadas no curso de sua longa tramitação. Essa alteração inserida no Regimento Comum do Congresso Nacional foi de suma importância, eis que possibilitou a adequação do Projeto de Código Civil às alterações legais, e não só constitucionais que estavam em vigor desde sua apresentação. Como afirmou o Deputado Ricardo Fiúza, o texto do Projeto de Código Civil continha, ainda, além de inconstitucionalidades, dispositivos superados pela legislação que entrou em vigor durante sua longa tramitação, sendo que a rigidez regimental anterior dificultava a sua atualização.

Finalmente, o Projeto de Código Civil foi votado pela Câmara dos Deputados e sancionado pelo Presidente da República, em 10 de janeiro de 2002.

Dentre as alterações propostas, o princípio da autonomia da vontade na escolha do regime de bens continuou a vigorar tanto quanto à escolha de um regime de bens tipificado em lei, ou mesmo de um regime misto ou, ainda, de regras especiais, desde que a convenção não contravenha disposição absoluta de lei, como, por exemplo, os direitos conjugais ou paternos. A única exceção a esta autonomia é a imposição legal do regime da separação obrigatória, pelo artigo 1641 do Código Civil.

Uma das alterações relevantes foi quanto ao regime da separação de bens na qual passou a rezar acerca da desnecessidade de outorga uxória para a alienação ou oneração de bens imóveis e a modificação importante na administração de bens pelo casal, que, como regra geral, deve ser realizada em colaboração, em igualdade de condições entre o homem e a mulher, já que segundo a discussão entre juristas e parlamentares não fazia sentido, no regime de separação de bens, em que todos os bens pertencem exclusivamente ao respectivo titular, sem comunicação ao cônjuge, exigir a outorga para a prática de atos de administração e alienação patrimonial, bem como é relevante destacar que com as mudanças substanciais advindas pela nova forma de constituição da família, homem e mulher trabalham e contribuem de forma igualitária para aquisição de bens do casal, praticamente inexistem atualmente famílias nos moldes tradicionais onde a mulher exclusivamente trabalhava em lides domésticas, abrindo mão de uma carreira profissional, portanto, a aspecto protetivo do Estado mesmo para as pessoas casadas no regime de separação de bens, continuar protegendo um dos cônjuges na alienação ou oneração de bens que pudessem vir a ser questionados como em comum pelo casal seria retrógrado e questionável.

Considerações Finais

O artigo 259 do Código Civil de 1916 estabeleceu um celeuma doutrinário e jurisprudencial ao prever que, embora o regime de bens não fosse o da comunhão universal, no silêncio do contrato prevalecem os princípios dela quanto aos bens havidos durante o casamento. Com relação ao regime de separação convencional (mediante pacto antenupcial, contrato) portanto, é pacífica a aplicação do dispositivo em caso de omissão no ajuste preliminar no que diz respeito à questão. Quanto ao regime obrigatório, a resolução se deu mediante a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, que determina a comunicação dos aqüestos no regime da separação legal de bens (obrigatória).

O artigo referido não foi recepcionado pelo Código Civil vigente. Assim, entendemos que o único regime em que não existe possibilidade de comunicação entre os bens é o da separação expressamente convencional mediante pacto antenupcial, o que nos leva a concluir que o legislador a qualifica como absoluta. No que diz respeito à separação obrigatória (legal), entende-se aplicável, ainda, a súmula referida, havendo assim possibilidade de comunicação entre os bens adquiridos durante o casamento, razão pela qual ela se desqualifica como absoluta. O que permite concluir que, em relação ao primeiro problema formulado neste estudo, a outorga uxória ou marital somente é dispensada nos casos arrolados nos incisos do artigo 1.647, quando o regime de bens for o da separação convencional.

Com mais propriedade ainda pode-se ratificar o que já foi dito, baseado no que dispõe o artigo 1.687 do Código Civil, que possibilita a cada um dos cônjuges alienar ou gravar livremente os bens, quando for estipulada a separação de bens.

Quanto ao segundo enfoque deste ensaio, vislumbrado o que preceitua o artigo 2.039 do Código Civil, assombra-nos a seguinte dúvida: a dispensa da outorga é tão-somente aplicável para os casamentos efetuados após a vigência do Código Civil ou também para os anteriores?

O problema fica mais bem posto com a lição histórica contida nos comentários ao novo Código Civil, entabulada sob a coordenação do relator final deputado Ricardo Fiúza, que expressa:

“o texto original do projeto proposto à Câmara dos Deputados consignava a seguinte redação: “O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil de 1916 é o por ele estabelecido, mas se rege pelas disposições do presente código”.

Durante a passagem do projeto pelo Senado Federal emenda do Senador Josaphat Marinho deu ao dispositivo a redação atual. Segundo o senador:

“houve necessidade de se promover a modificação porque, se, como dito na parte inicial do dispositivo, o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil de 1916 é o por este estabelecido, não se rege pelo novo. Dúvida que porventura surja, será apreciada em cada caso”.

Para possibilitar a interpretação que nos parece mais adequada, nada melhor do que a palavra do legislador. Ora, se ele suprimiu a expressão mas rege pelas disposições do presente código, foi exatamente para extirpar qualquer tipo de dúvida; fez permanecer tão-somente o mandamento segundo o qual o regime é o estabelecido pelo Código de 1916, cujas disposições devem ser aplicadas aos casamentos celebrados na sua vigência.

Reforça essa tese a doutrina contida na obra em comento, assinada por Diniz (2002), que expressa:

“Regime de bens de casamento celebrado sob a égide do Código Civil de 1916: As relações econômicas entre os cônjuges regem-se pelas normas vigentes por ocasião das núpcias. Se assim é, o Código Civil de 1916, artigo 256 a 314, por força da CF/88, art. 5o, XXXVI, e da LICC, art. 6o, irradiará seus efeitos, aplicando-se ao regime matrimonial de bens dos casamentos celebrados durante sua vigência, inclusive na vacatio legis, respeitando, dessa forma, as situações jurídicas definitivamente constituídas”.

Nesse sentido, se, ao se casar sob o regime da separação de bens, na vigência do Código anterior, o cônjuge esperava que os efeitos se produzissem conforme a lei ou, mais especificamente, se, no caso de venda ou oneração de imóveis por seu consorte, seria

indispensável sua presença no ato jurídico para expressar sua anuência, esses efeitos devem permanecer mesmo com a vigência de um novo ordenamento.

Reforça essa posição a anotação feita por Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2002), em seu Novo Código Civil e legislação extravagante anotados, quando depõem:

“O sistema do novo Código, quanto ao regime de bens, principia por fixar regra absolutamente distinta da que existe para os casamentos celebrados sob a vigência do CC/1916. Para os casamentos celebrados antes da vigência do novo Código prevalece a regra do CC/1916”.

Neste momento não encontramos vozes discordantes na doutrina em relação ao tema proposto, o que, sem sobra de dúvidas, deverá ocorrer. Como bem disse o senador que alterou o dispositivo, “dúvida que, porventura surja, será apreciada em cada caso”. Como os notários e aplicadores do direito em geral devem zelar pela validade dos negócios jurídicos em que intervêm como agentes da paz social e no sentido da purificação dos mesmos, qualificando-os como “biologicamente normais”, entendemos que deverá ser solicitada a anuência do outro cônjuge nos casos previstos nos incisos do artigo 235 do Código Civil de 1916, notadamente nas alienações e onerações de bens imóveis, em respeito ao que estabelece o artigo 2.039 do Código Civil de 2002; e aplicado o artigo 1647 somente para os casamentos celebrados pelo regime da separação convencional de bens, na vigência do Código de 2002.

Concluindo, é indispensável que seja observada a data do casamento, pelo regime da separação de bens, para definir a necessidade ou não da autorização. As pessoas casadas até 9 de janeiro de 2003, necessitam da autorização do cônjuge para alienação ou oneração de imóveis; as casadas após esta data, podem livremente alienar ou onerar imóveis.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **A Evolução do direito de família – uma análise comparativa do código civil de 1916 e dos movimentos reformistas**. São Paulo: Editora Síntese, 2003.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Comentários à Lei de Registros Públicos: Lei nº. 6.015, de 31 de Dezembro de 1973**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro 2002 - Lei nº. 10.406 de 10 de Janeiro de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro 1916 – Lei nº 3.071**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. **Constituição Federal do Brasil**. 30º ed. Atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva: 2002.

BRASIL . **Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro Interpretada**, São Paulo: editora Saraiva, 9ª edição, 2002, volume 2.

BRASIL. **Lei nº. 6.015 de 31 de Dezembro de 1973 - Lei dos Registros Públicos**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIAS, Maria Berenice; **PEREIRA**, Rodrigo da Cunha, Coordenadores. **Direito de família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. Volume 2.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 18ª ed., São Paulo: Saraiva: 2003. Volume 5º.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – 5º volume - Direito de Família**. 21ª ed. Editora Saraiva, São Paulo-SP, 2006.

FABRIS, Sérgio Antonio. **Introdução ao direito conjugal patrimonial, in o Novo Código Civil e o registro de imóveis**. Porto Alegre: Editora Fabris, 2004, pág. 185 e 237.

FARRULA JÚNIOR, Leônidas Filippone. **Do Regime de bens entre os cônjuges**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

FIUZA, César. **Direito Civil : Curso completo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GOMES, Orlando. **O Novo direito de família**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1984.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Sinopses jurídicas**, Direito de Família. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. Volume 2.

JÚNIOR, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery. **Novo Código Civil e legislação extravagante anotados**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1939.

MALHEIROS, Fernando. **MALHEIROS**, Fernando Filho. **O Direito de família e a mulher**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Volume 766.

MANFRÉ, José Antônio Encinas. **Regime matrimonial de bens no novo Código Civil**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

MADALENO, Rolf. **Regime de bens entre os cônjuges**. Direito de Família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2001.

MIRANDA, F. Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 8, São Paulo: BOOKSELLER, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: Direito de família**. 18^a ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada**, São Paulo: Atlas, 2002, pág. 299.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, Parte geral. São Paulo: Editora Forense, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Novo Código Civil da família anotado**. Porto Alegre: Editora Síntese, 2003.

PEREIRA. Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 11^a ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. São Paulo: Editora Forense, 2^a edição, 2004.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil - Direito de Família**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, vol. 6.

REALE, Miguel. **O Projeto do Novo Código Civil**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27^a, São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. Rio de Janeiro: AIDE, 1994, volume I.

RODRIGUES, Sílvio. Direito civil. 23ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

RODRIGUES, Sílvio. Direito civil. Direito de Família. São Paulo. Editora Saraiva, 2002. Vol. 6

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. IN FIUZA, Ricardo (coord.). **Novo Código Civil Comentado.** São Paulo: Saraiva, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Coisa julgada inconstitucional: a coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle. São Paulo: Editora América, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Comentários ao Novo Código Civil. Coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Volume III – tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil. Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2001, vol. 5

VADE MECUM Acadêmico de Forense. São Paulo: Edições Vértice, 2005. - (Série Legislação Acadêmico - forense)

WALD, Arnaldo. O novo direito de família. 14ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.